Le dialogue entre juridictions et quasi-juridictions internationales de protection des droits de la personne - l'exemple de la prohibition de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants : l'exemple de la prohibition de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

Silviana Iulia Cocan

▶ **To cite this version:**

Silviana Iulia Cocan. Le dialogue entre juridictions et quasi-juridictions internationales de protection des droits de la personne - l'exemple de la prohibition de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants : l'exemple de la prohibition de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Droit. Université de Bordeaux; Université Laval (Québec, Canada), 2019. Français. NNT : 2019BORD0098 . tel-03278821

HAL Id: tel-03278821
https://theses.hal.science/tel-03278821

Submitted on 6 Jul 2021

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.

THÈSE EN COTUTELLE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX
ET DE L'UNIVERSITÉ LAVAL

ÉCOLE DOCTORALE DROIT (ED.41)
SPÉCIALITÉ DROIT PUBLIC

Par Silviana COCAN

Le dialogue entre juridictions et quasi-juridictions internationales de protection des droits de la personne

L'exemple de la prohibition de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

Sous la direction des professeurs Anne-Marie TOURNEPICHE et de Olivier DELAS

Soutenance le 4 juillet 2019

Membres du jury :

M. CRÉPEAU François,
Professeur titulaire, Université McGill, rapporteur, président du jury

M. DECAUX Emmanuel,
Professeur émérite de droit public, Université Paris II, rapporteur

M. DELAS Olivier,
Professeur titulaire, Université Laval, co-directeur de thèse

Mme GROSBON Sophie,
Maître de conférences en droit public, Université Paris Nanterre

Mme TOURNEPICHE Anne-Marie,
Professeure de droit public, Université de Bordeaux, co-directrice de thèse

L’Université de Bordeaux n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses.

Ces opinions devront être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier Madame la professeure Anne-Marie Tournepiche et Monsieur le professeur Olivier Delas, à leur exprimer ma plus profonde reconnaissance pour avoir accepté de diriger mon travail et de m'avoir permis de traiter ce sujet de recherche, pour leur disponibilité et leur bienveillance, pour leur sens critique particulièrement constructif, pour leurs relectures attentives, pour les conseils et leurs encouragements tout au long de ces années ainsi que pour le soutien et la confiance qu'ils m'ont accordée. Je tiens également à les remercier de m'avoir offert l'opportunité d'effectuer cette thèse de doctorat en cotutelle avec l'Université de Bordeaux et l'Université Laval.

Je remercie Monsieur le professeur Loïc Grard pour sa bienveillance, sa confiance, son soutien sans faille et ses encouragements constants, pour lesquels je tiens à témoigner ma plus profonde gratitude et reconnaissance.

Je remercie également Monsieur le professeur François Crépeau qui a accepté d'être le pré-lecteur de ce travail et d'être membre du jury de soutenance. Qu'il trouve ici la marque de ma plus profonde gratitude.

Je suis très reconnaissante et je remercie Monsieur le professeur Emmanuel Decaux ainsi que Madame Sophie Grosbon qui ont accepté d'être membres du jury de soutenance et de prendre le temps de lire et d'évaluer ce travail de recherche.

Je remercie la direction, l'administration, les professeurs, les docteurs et les doctorants du Centre de recherche et de documentation européennes et internationales de l'Université de Bordeaux pour nos échanges, le partage de nos expériences et les conseils qui ont pu m'être adressés.

Je remercie également la direction, le personnel administratif et toutes les personnes qui ont pu me soutenir et que j'ai pu rencontrer à l'Université Laval.

Je remercie vivement Madame la professeure Julia Grignon, Madame la professeure Fannie Lafontaine ainsi que Monsieur Érick Sullivan. Ma participation à la Clinique de droit international pénal et humanitaire de l'Université Laval reste une de mes plus belles expériences dans le cadre de mon parcours doctoral, riche d'enseignements.

Je remercie tout particulièrement Monsieur le président Jean-Paul Costa que j'ai eu la chance de rencontrer grâce au professeur Olivier Delas, qui a accepté de partager sa riche expérience, en m'indiquant chaleureusement et avec bienveillance, quelques pistes de réflexions à l'égard de questions irrésolues à propos du dialogue des juges.

Je remercie également le juge André Potocki qui a accepté de me rencontrer et d'échanger de manière informelle à propos du dialogue des juges en concluant notre rencontre sur une note rêveuse en soulignant que « la réalisation de l'universalité des droits de l'homme est une utopie nécessaire ».

Je tiens enfin à remercier mes proches, ma famille et mes amis en leur témoignant l'expression de ma gratitude et de mon affection pour leurs encouragements constants.

Je tiens tout particulièrement à remercier ma maman, Claudia, pour son amour inconditionnel, son soutien, sa bienveillance, sa patience et ses encouragements, tout au long de ces années.

Je remercie également Claude et Denise pour leur aide précieuse, leur présence, leur bienveillance et leurs encouragements.

Je remercie enfin tout particulièrement Benjamin pour sa présence à mes côtés, pour son soutien décisif, sa tendresse et sa patience, son écoute attentionnée et réconfortante ainsi que pour ses encouragements constants durant les longues heures de rédaction, qui a su ainsi me rendre la vie plus douce et être ma plus belle source d'inspiration.

Liste des abréviations et sigles utilisés

Abréviations

Aff. : Affaire

Art. : Article

Ass. Plén. : Assemblée Plénière

Ch. d'App. : Chambre d'Appel

Ch. de 1ère inst. : Chambre de première instance

Ch. Prélim. : Chambre préliminaire

Déc. : Décision

Dir. : Directeur(s)-trice(s) de publication

Éd. : Éditeur(s)-trice(s)

Et al. : Et autres

Ibid.: *Ibidem*

Infra : Ci-dessous

Notam. : Notamment

N° : Numéro(s)

Op. cit.: *Opus citatum*

P. : Page

Par ex. : Par exemple

Préc. : Précité(e)

Pt. : Point

Pp. : Pages

Spéc. : Spécialement

Supra : Ci-dessus

V. : Voir

Vol. : Volume

§ : Paragraphe

§§ : Paragraphes

Sigles

AGNU : Assemblée générale des Nations Unies

CADH : Convention américaine des droits de l'homme

CADHP : Charte africaine des droits de l'homme et des peuples

CCT : Comité contre la torture

CDH : Comité des droits de l'homme

CDFUE : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

CDI : Commission du droit international

CEDH : Convention européenne des droits de l'homme

CICR : Comité international de la Croix Rouge

CIJ : Cour internationale de justice

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CommADHP : Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

CommIADH : Commission interaméricaine des droits de l'homme

Cour ADHP : Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

Cour EDH : Cour européenne des droits de l'homme

Cour IADH : Cour interaméricaine des droits de l'homme

CPI : Cour pénale internationale

CVDT : Convention de Vienne sur le droit des traités

DIDH : Droit international des droits de l'homme

DIH : Droit international humanitaire

HCR : Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés

OEA : Organisation des États américains

ONU: Organisation des Nations Unies

TPI : Tribunaux pénaux internationaux

TPIR : Tribunal pénal international pour le Rwanda

TPIY : Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

TSSL : Tribunal spécial pour la Sierra Leone

PIDCP : Pacte international relatif aux droits civils et politiques

PIDESC : Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

UA: Union africaine

UE : Union européenne

Sommaire

PARTIE I. LA CONTRIBUTION DU DIALOGUE JURIDICTIONNEL À LA RÉALISATION DE LA CONVERGENCE NORMATIVE DANS LE DOMAINE DE LA PROTECTION DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE LA PERSONNE

TITRE I. LES TECHNIQUES JURIDIQUES DU DIALOGUE: DIALECTIQUE ENTRE MÉTHODE D'INTERPRÉTATION ET SOURCE DU DROIT

Chapitre 1. Les pratiques convergentes du dialogue et la technique comparative : des interprétations extensives ?

Chapitre 2. Les pratiques divergentes du dialogue et la technique comparative : des interprétations restrictives ?

TITRE II. L'INTERDÉPENDANCE MATÉRIELLE DES SYSTÈMES JURIDIQUES DE PROTECTION FACE À LEUR INDÉPENDANCE FORMELLE

Chapitre 1. La perméabilité entre les systèmes juridiques de protection, entre pluralisme et universalisme

Chapitre 2. La convergence jurisprudentielle, reflet de la concrétisation d'une hiérarchisation normative matérielle

PARTIE II. LA CONTRIBUTION DU DIALOGUE JURIDICTIONNEL À LA SYSTÉMATISATION DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE LA PERSONNE PAR LE RENFORCEMENT DU POUVOIR JUDICIAIRE

TITRE I. LES FONCTIONS DU DIALOGUE : DIALECTIQUE ENTRE COLLABORATION ET CONCURRENCE

Chapitre 1. Les fonctions de l'usage du dialogue dans l'interprétation jurisprudentielle

Chapitre 2. Les fonctions de l'usage du dialogue dans la pratique jurisprudentielle

TITRE II. LA TENDANCE À LA CONSTITUTIONNALISATION DE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL À TRAVERS L'INTERPRÉTATION CONVERGENTE DES DROITS

Chapitre 1. La détermination de principes communs de protection découlant de l'interprétation jurisprudentielle

Chapitre 2. Les organes internationaux de protection des droits de la personne : des Cours suprêmes de facto?

Introduction

1. La notion de dialogue juridictionnel est étroitement liée au constat de la multiplication des juridictions dans l'ordre juridique international et s'inscrit dans le cadre de l'utilisation croissante du droit comparé en matière de protection des droits de la personne[1]. En effet, au développement du droit international des droits de la personne correspond l'émergence de sources du droit qui dépassent le strict cadre national avec l'adoption d'instruments internationaux assortis de juridictions ou de quasi-juridictions internationales chargées de veiller à leur respect. Si les organes internationaux de protection des droits de la personne sont régis par le principe de subsidiarité et par le principe de spécialité en raison de l'instrument conventionnel spécifique qu'ils sont en charge de protéger, ces organes font face à une internationalisation croissante du contentieux. L'internationalisation peut se définir comme « la soumission au droit international d'un rapport ou d'une situation juridique auparavant régi par le droit interne […] au moyen essentiellement de conventions internationales […] [dont le résultat] pour les droits nationaux est une harmonisation progressive des concepts juridiques et des réglementations qui s'y rapportent »[2]. L'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, le 10 décembre 1948[3], qui affirme avec force l'universalité des droits proclamés au-delà des particularismes des droits nationaux, marque le début du processus d'internationalisation[4]. Si la garantie des droits fondamentaux et le respect des exigences de l'État de droit relèvent traditionnellement du texte constitutionnel qui fonde l'ordre juridique interne d'un État, la protection internationale des droits de la personne s'inscrit dans une logique d'immixtion dans le domaine réservé des États, dans un contexte de

[1] V. TURGIS, S., *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Paris, Pedone, 2012, 640 p. L'expression « droits de la personne » est tout particulièrement employée au Québec depuis l'adoption de la Charte des droits et libertés de la personne le 26 juin 1975. Dans le cadre de cette étude, les expressions « droits de la personne » et « droits de l'Homme » seront employées alternativement comme étant synonymes. En effet, les deux expressions renvoient à une conception large des normes internationales qui protègent les droits et libertés. Elles permettent de faire référence, de manière générale et par commodité de langage, au droit international des droits de l'Homme *stricto sensu*, au droit international humanitaire et au droit international pénal dans la mesure où d'une part, ces trois corps distincts de normes visent à protéger la personne humaine, de façon préventive ou de façon répressive ; et d'autre part, prohibent unanimement la pratique de la torture et autres formes de mauvais traitements, cette dernière constituant le cadre de notre analyse du dialogue des juges.

[2] TOURARD, H., *L'internationalisation des Constitutions nationales*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 1-2.

[3] La Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 217A (III) du 10 décembre 1948 (ci-après, Déclaration universelle des droits de l'homme). Pour un historique de l'adoption de la Déclaration, v. DECAUX, E., Brève histoire juridique de la Déclaration universelle des droits de l'homme, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 116/2018, pp. 838-853.

[4] VASAK, K., Le droit international des droits l'homme, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 141, 1974, p. 343.

globalisation du droit. Cette dernière notion peut se définir comme « un mouvement général d'ouverture et de compénétration de systèmes qui se manifeste au niveau mondial [et qui reflète] un ensemble de phénomènes 'multi-niveaux' et multidirectionnels »[5].

2. Dans le domaine de la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, cette internationalisation se justifie assez aisément. Cette pratique impliquant traditionnellement un agent de l'État ou l'exercice de prérogatives de puissance publique à l'égard de la victime, aucun État ne justifie les actes de torture sans essayer de les dissimuler ou d'invoquer des circonstances exceptionnelles indépendantes de sa volonté. Ainsi, il apparaît nécessaire de disposer d'organes supranationaux impartiaux et indépendants permettant l'engagement de la responsabilité internationale de l'État, en vue de renforcer l'effectivité de la protection de l'intégrité et de la dignité de la personne, lorsque l'action des juridictions nationales s'avère insuffisante. Compte tenu de ce contexte international, qui transcende les clivages entre les ordres juridiques, la multiplication des juridictions internationales corrélative à l'expansion normative ne doit pas nécessairement être envisagée comme une fragmentation du droit[6]. L'action des différentes juridictions apparaît comme complémentaire en raison non seulement de leurs compétences, mais également en vertu des instruments conventionnels qu'elles sont en charge de protéger et par rapport au cadre dans lequel elles exercent leurs activités[7]. Dès lors, l'articulation entre les droits de l'homme *stricto sensu*, le droit international humanitaire et le droit international pénal peut seule conduire à une condamnation générale et complète avec l'engagement de la responsabilité internationale de l'État et de la responsabilité pénale individuelle. Plutôt que de stigmatiser la fragmentation du droit international ou la multiplication des organes de protection, il s'agit d'envisager ce corpus normatif en expansion comme pouvant être la source d'une nécessaire coopération plutôt que celle d'une inévitable concurrence. Par l'interaction, c'est ainsi l'idée d'une complémentarité qui se manifeste puisqu'il est impossible de parvenir à l'harmonisation sans l'existence préalable d'opinions initialement divergentes.

3. À la pratique judiciaire et à l'interprétation en vue de l'application du droit afin de protéger la personne humaine contre les abus de l'État à travers l'exercice du droit de recours individuel, il est possible d'associer l'idée du développement progressif d'une responsabilité institutionnelle des organes de protection, inhérente à leur mission et à leur fonction. Cela

---

[5] AUBY, J.-B., *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2010, 2ème éd. pp. 15-16.
[6] MARTINEAU, A.-C., *Le débat sur la fragmentation du droit international. Une analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 612 p.
[7] ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., BURGORGUE-LARSEN, L., TOUZE, S. (dir.), *La protection des droits de l'homme par les Cours supranationales*, Paris, Pedone, 2016, 270 p.

renvoie à l'idée d'autodiscipline et d'autorégulation des organes les uns vis-à-vis des autres mais également à l'égard des individus et des États, et plus généralement à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble. La volonté des États demeure au fondement du droit international et de la compétence juridictionnelle des organes internationaux de protection. Toutefois, à travers leurs activités, ces derniers s'émancipent nécessairement par rapport à leurs créateurs en raison des caractéristiques intrinsèques rattachées à l'office juridictionnel, dont le pouvoir d'interprétation en vue de l'application du droit qui ne peut s'exercer sans une véritable marge d'appréciation. Par ailleurs, la plupart des Conventions internationales l'affirment : leur contenu renvoie à des dispositions capables de réaliser un consensus parmi les États, renvoyant à des normes minimales qui ne font pas obstacle à des dispositions de même nature plus larges ou plus protectrices. Le droit international des droits de la personne se développe constamment sous l'influence particulière du concept de standards minimums de protection. À travers les problèmes juridiques communs rencontrés par les organes internationaux de protection, le dialogue juridictionnel prend tout son sens, notamment en vue de la détermination des plus hauts standards de protection dans le domaine de la protection des droits de la personne dans une perspective d'interdépendance.

4. Le concept de standards minimums de protection est au fondement d'un raisonnement juridique évolutif dans le domaine du droit international des droits de la personne. Cette notion est certainement le plus fondamentale quant à la justification des interprétations extensives, qui se positionnent en faveur de la personne humaine. En effet, il est important de rappeler que les Conventions internationales définissent généralement des seuils minimums en dessous desquels il n'est pas possible d'aller sans compromettre les garanties fondamentales visant à la protection de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine. Ces instruments supranationaux n'ont pas vocation à se substituer à des normes qui consacrent des protections plus larges, plus extensives, plus progressistes. Ils ont simplement vocation à donner l'impulsion à un perfectionnement constant du droit et des exigences qui s'imposent aux États dans la protection des droits fondamentaux. Le droit est évolutif en raison de sa nature même. Il s'agit d'un phénomène social, imprécis et qui dépend du contexte dans lequel il s'inscrit[8]. Par exemple, selon l'article 53 de la Convention européenne de sauvegarde des

[8] AMSELEK, P., La teneur indécise du droit, in *Revue du Droit public*, 1991, pp. 1199-1216 : l'auteur soutient que les règles juridiques ne sont jamais complètement objectives ; elles dépendent du contexte dans lequel elles s'insèrent et elles sont par nature incomplètes. Leur application nécessite dès lors l'interprétation par des organes habilités qui jouissent d'une telle autorité pour imposer un sens aux règles, organes qui jouent également le rôle de régulateurs en vue d'atteindre une part d'équilibre dans le domaine du droit.

droits de l'Homme et des libertés fondamentales[9], aucune disposition de la Convention ne saurait être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales reconnus par le droit national d'un État membre ou par une Convention à laquelle cet État est partie. Cet article pose ainsi le principe de complémentarité de la Convention qui vise à instaurer des standards minimums de protection sans préjudice de toute interprétation plus large d'un même droit. Dès lors, le caractère vivant et évolutif du système européen est affirmé de manière générale en ce qui concerne tous les droits de l'homme et libertés fondamentales[10]. Parallèlement, dans le cadre universel et cependant de manière plus spécifique, l'article premier, § 1 de la Convention contre la torture des Nations Unies pose la définition de la torture. Néanmoins, au § 2 du même article, il est affirmé que « cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large »[11]. Ainsi, toute définition plus large et plus protectrice des droits de la personne humaine devrait être privilégiée. Le concept de standard minimum acquiert dès lors une force toute particulière dans la mesure où le seul instrument conventionnel universel à définir la torture affirme qu'il ne fait que déterminer un standard minimum qui est sans préjudice de tout autre instrument international ou législation nationale plus large. Cela fonde nécessairement une démarche qui s'inscrit dans une perspective de progrès constant et croissant en vue de l'élargissement de la protection et de la consolidation de son effectivité. De ce constat, découle le fondement du dialogue et la nécessité d'ouverture des organes de protection aux sources externes lors de l'interprétation de cette prohibition.

[9] Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales, telle qu'amendée par les Protocoles n° 11 et 14, complétée par le Protocole additionnel et les Protocoles n° 4, 6, 7, 12, 13 et 16, signée à Rome le 4 novembre 1950 dans le cadre du Conseil de l'Europe et entrée en vigueur le 3 septembre 1953 (ci-après, CEDH ou Convention européenne).

[10] Article 53 de la 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 ».

[11] Article 1er de la Convention contre la torture des Nations Unies : « 1. Aux fins de la présente Convention, le terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles. 2. Cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large ».

5. L'idéal du droit international des droits de la personne est de parvenir à concilier singularité(s) et universalité. Ces deux notions qui paraissent antagonistes nécessitent, dès lors, la détermination de points de convergence en vue de leur rapprochement. En considérant une convention particulière, les autres conventions similaires mais distinctes peuvent avoir une influence sur la première. L'étude de l'influence mutuelle entre les conventions de protection des droits de la personne soulève des interrogations quant à l'élément fondamental de la convergence, « cet élément étant et devant être, la base de toute étude ayant pour objet les relations des conventions entre elles »[12]. La convergence renvoie également au phénomène de l'intertextualité des droits de l'homme relative aux instruments internationaux et à la jurisprudence des organes de protection[13]. Le concept d'intertextualité recouvre l'idée d'une influence d'autres textes sur un texte donné ainsi que l'étude des relations entre plusieurs textes qui s'inscrivent dans un même cadre préalablement défini. En effet, un texte s'inscrit dans ses interactions avec les autres textes d'une discipline donnée, sa contextualisation au regard de ce croisement ayant un impact sur son sens[14]. L'intertextualité découle de la multitude d'instruments de protection qui partagent des ressemblances et des points de divergence, leurs différences justifiant la méthode comparative dans l'exercice du pouvoir d'interprétation. Si le raisonnement juridique tend à se perfectionner et à évoluer, c'est en raison de l'exigence inhérente de convergence qui découle de l'universalité affirmée des droits de la personne. Précisément, la comparaison traduit l'ouverture à des sources externes, qui engendre le concept de raisonnement juridique évolutif, indépendamment des caractéristiques de chaque système juridique de protection ou du contexte général de l'ordre international. Le dialogue juridictionnel s'est imposé ainsi comme un outil de coordination *de facto* entre systèmes juridiques indépendants, de nature différente et non hiérarchisés. Il convient ainsi de déterminer l'étendue de cette étude en délimitant son objet de recherche (§ 1). Cette délimitation permettra de mettre en exergue les intérêts de la recherche (§ 2), ainsi que de présenter sa méthodologie et d'expliquer sa construction articulée autour de la notion du dialogue juridictionnel (§ 3).

[12] CONFORTI, B., « L'interaction des normes internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg, SFDI, Paris, Pedone, 1998, pp. 121-126.
[13] WACHSMANN, P., « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de la Société française pour le droit international, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 1998, pp. 158-170. Selon *Le Dictionnaire du Larousse*, l'intertextualité se définit comme la « relation établie par le lecteur ou le critique entre un texte littéraire et d'autres textes, et d'où procède le sens du texte ».
[14] Ibid.

§ 1. Objet de la recherche

6. Le dialogue juridictionnel constitue l'objet principal de la recherche ce qui implique d'en délimiter les contours et d'en préciser le sens (A). La pratique du dialogue sera ainsi illustrée avec l'exemple de la prohibition de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (B). De ce choix de recherche, découle la détermination des acteurs du dialogue juridictionnel (C).

A. La notion de dialogue juridictionnel

7. De manière générale, la notion de dialogue renvoie à une conversation entre deux ou plusieurs personnes sur un sujet défini, mais également au contenu de cette conversation, ou encore à un entretien ou à une discussion[15]. Par opposition, le monologue se définit comme le discours de quelqu'un qui se parle tout haut à lui-même ou qui parle seul longuement sans laisser la parole à ses interlocuteurs[16]. Dialogue, discussion, échange, conversation sont des termes synonymes qui s'emploient alternativement. Le dialogue peut également être le reflet d'une discussion entre des personnes, partenaires ou adversaires politiques, idéologiques, sociaux ou économiques en vue d'aboutir à un accord[17]. Selon cette conception, le dialogue est, ainsi, un moyen d'harmonisation de positions initialement différentes. Le dialogue peut ainsi être médiat, actuel et instantané mais également être différé, reflétant ainsi une conversation à deux temps entre l'émetteur et le récepteur, la réponse au message initial n'intervenant qu'après un certain laps de temps. Par opposition au monologue, le dialogue nécessite ainsi deux parties, dans la mesure où il se matérialise par « une parole échangée entre des locuteurs multiples, où chacun prend successivement son tour de parole »[18].

8. Le dialogue des juges n'est pas abordé comme « un sujet de sociologie judiciaire, aussi passionnant soit-il, mais [il peut être appréhendé] véritablement comme une manière de dire le droit, de le découvrir ou de le fabriquer »[19]. Ainsi, il est étroitement lié à la notion d'interprétation du droit. Cette dernière peut se définir comme « l'opération intellectuelle tendant à établir le sens d'un ou de plusieurs termes, ou celui de dispositions d'un instrument

---

[15] V. le *Dictionnaire du Larousse*.
[16] Ibid.
[17] Ibid.
[18] VILLEY, M., « Préface », in *Archives de philosophie du droit*, tome 29 - *Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, 1984, Paris, Sirey, p. 3.
[19] FRYDMAN, B., « Conclusion : Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 149.

juridique, notamment d'un traité ou d'une coutume »[20]. Par ailleurs, le raisonnement interprétatif peut avoir pour objet un fait, une règle ou une opération : objets qui ont pu être préalablement établis et formalisés sous forme de propositions[21]. Parallèlement, si l'interprétation vise l'établissement du sens, celle-ci conserve un degré de généralité et d'abstraction, alors que si l'interprétation vise l'établissement d'une signification, elle impliquera une détermination concrète de la portée du texte interprété, en vue de son application à une situation particulière[22]. L'objet de l'interprétation en droit international est ainsi particulièrement large dans la mesure où « interpréter un texte, un comportement donné des États ou des organes compétents pour agir dans l'ordre international [consiste à] transformer une volonté, une activité, une situation d'origine politique en un comportement juridique »[23]. Ainsi, l' « inflation [des échanges] entre les ensemble juridiques »[24] a débouché sur « une harmonie interprétative assez remarquable »[25] avec l'adoption d'une méthode d'interprétation commune des droits entre les organes internationaux de protection faisant usage de la technique de comparaison[26] et de la référence croissante à des éléments extrasystémiques[27]. La notion de dialogue juridictionnel renvoie à un échange d'idées, d'arguments, de raisonnements et de points de vue, échange qui se matérialise dans les décisions de justice[28]. Le dialogue des juges implique un « échange direct d'arguments entre

[20] SALMON, Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 603.
[21] Ibid.
[22] Ibid.
[23] SUR, S., *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1974, p. 85. V. égal. DE VISSCHER, C., *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p. 9 : « Réduire l'étude de l'interprétation au traité, c'est rétrécir son objet et déformer son rôle […] La mission de l'interprétation est de fixer la signification juridique de tout comportement quelconque des États dans leurs relations mutuelles ».; ALLAND, D., L'interprétation en droit international public, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, vol. 362, 2013, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, p. 79.
[24] DUBOUT, É., TOUZÉ, S., « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in DUBOUT É., TOUZÉ, S. (dir.), *Les droits fondamentaux ; charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 12.
[25] BURGORGUE-LARSEN, L., « Le destin strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 168.
[26] GREWE, C., « Repenser les fondements des rapports de systèmes », in BONNET, B., (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, spéc. pp. 555 à 561.
[27] Sur cette expression, HERVIEU, N., « Les références aux énoncés extra-systémiques dans le discours juridictionnel, instrument de pédagogie au service des droits de l'homme ? », in CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Pédagogie et droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2014, pp. 195-208. V. LECIS COCCO URTU, A.-M., Les référents jurisprudentiels extrasystémiques dans la jurisprudence de la CEDH et de la CIDH : le recours aux « précédents » d'autres organes internationaux au service d'un *corpus juris* des droits de l'homme ?, in *Revue du droit public*, vol. n° 2, pp. 299 et suiv.
[28] ALLARD, J., VAN WAEYENBERGE, A., « De la bouche à l'oreille? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2008/2, vol. 61, Bruxelles, pp. 115-116.

ces derniers au cours de l'exercice de leur fonction juridictionnelle »[29]. Il se déroule non seulement « en dehors des voies institutionnelles et, surtout, indépendamment de la hiérarchie judiciaire [mais il entraîne, par ailleurs,] […] une sorte de 'circularité des jurisprudences' dans la mesure où le dialogue peut être aussi bien horizontal que vertical, institutionnel qu'informel, national qu'international, international que transnational : bref, il est multidimensionnel »[30]. Ce constat est d'autant plus vrai lorsque le dialogue est envisagé dans l'ordre juridique international dans la mesure où, si les organes internationaux de protection des droits de la personne sont régis par le principe de spécialité, en l'absence d'un principe d'organisation hiérarchique à travers l'ouverture à des sources externes à leur propre système, ils « se tutoient par-dessus l'épaule des États qui les ont [créés] »[31]. S'il peut être institutionnalisé et rendu obligatoire comme à l'échelle de l'ordre juridique de l'Union européenne[32], la pratique libre et spontanée du dialogue des juges, à l'initiative propre des magistrats, traduit une « autonomie interprétative croissante » de ces derniers[33]. Ainsi, dans l'ordre juridique international, le dialogue entre les juges concernés exclut le lien de subordination[34].

9. Le dialogue juridictionnel englobe également « les interactions normatives, entendues comme des échanges, des actions réciproques entre les normes qui peuvent prendre des formes opposées – émulation ou rivalité – ou ambivalente – compétition ou concurrence – [et qui] peuvent éventuellement favoriser l'émergence et le développement, par le biais de divers mécanismes, de *corpus* international de protection »[35]. Les termes de « fertilisation croisée », de « fécondation croisée » ou encore de « référence croisée » renvoient à cette même démarche qui tend à consacrer des « solidarités internationales entre les divers normes et

[29] POTVIN-SOLIS, L., « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in LICHÈRE, F., POTVIN-SOLIS, L., RAYNOUARD, A. (dir.), Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2004, p. 26.

[30] Ibid., p. 117. BURGORGUE-LARSEN, L., « De l'internationalisation du dialogue des juges - Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », in *Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, spéc. p. 97.

[31] MARTENS, P., « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelle », in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 9.

[32] V. article 267 du TFUE.

[33] ALLARD, J., VAN WAEYENBERGE, A., *De la bouche à l'oreille? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger*, préc., p. 115.

[34] Contra, v. BRUNET, F., « Pour une doctrine des controverses jurisprudentielles », in MONJAL, P.-Y. et al. (dir.), *La concurrence des juges en Europe – Le dialogue des juges en question(s)*, Paris, Éditions Clément Juglar, 2018, pp. 53-61, spéc. p. 55.

[35] TURGIS, S., *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Paris, Pedone, 2012, p. 19.

systèmes concernés par la protection des droits de la personne »[36]. Parallèlement, puisque le dialogue juridictionnel renvoie à une interaction entre arguments juridiques, interaction qui peut donner lieu à des oppositions, mais aussi à des convergences, le dialogue peut ainsi engendrer une collaboration, mais également une concurrence [37]. Ainsi, par l'échange d'opinions interprétatives à l'égard des faits et du droit applicable, il s'inscrit naturellement dans cette dialectique entre compétition et collaboration. Dans la perspective de la concurrence, en considérant l'existence d' « un marché mondial des services juridiques où se pratique autant le *forum shopping* que le *law shopping* […] les juges représentent des acteurs importants de cette nouvelle 'lutte pour le droit' »[38]. Dans une optique de coopération, « le dialogue des juges s'analyse aussi comme une forme très originale de collaboration à la motivation des décisions par le biais de l'élaboration d'une argumentation juridique résolument transnationale »[39]. Ainsi, ce dialogue informel qui aboutit à l'incorporation dans une décision de justice « des normes, des principes et des valeurs 'venues d'ailleurs' [permet d'ériger] des cas particuliers […] en jugements exemplaires par leur capacité à suggérer le général sous les traits du singulier » [40]. Toutefois, les juridictions sont composées d'individualités qui vont influencer le degré d'ouverture ou de fermeture au droit étranger. Ainsi, les critiques à l'égard du dialogue juridictionnel sont exprimées à travers deux principales catégories d'arguments, épistémologiques et politiques, principalement dans le contexte du droit constitutionnel et en matière de protection des droits fondamentaux[41]. D'une part, parmi les arguments de nature épistémologique, au regard des exigences du positivisme juridique, l'existence d'un véritable dialogue des juges est contestée. L'absence de méthodologie rigoureuse ferait défaut à cette pratique spontanée en raison de la difficulté de

[36] Ibid. V. égal. JAQUEMET, S., The cross-fertilization of international humanitarian law and international refugee law, in *Revue international de la Croix Rouge*, 2001, pp. 651-673 ; COHEN-JONATHAN, G., FLAUSS, J.-F., Cour européenne des droits de l'homme et droit international général, in *Annuaire français de droit international*, 2006, p. 662 ; HENNEBEL, L., *Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme*, in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 31-76.

[37] BURGORGUE-LARSEN, L., « De l'internationalisation du dialogue des juges - Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », *Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, op. cit. pp. 95-130, spéc. p. 97 : « On ne rappellera jamais assez qu'un « dialogue » […] est avant tout un échange de vues, une discussion, un « entretien entre deux ou plusieurs personnes ». Ce faisant, contrairement à une idée reçue, il induit tant l'opposition, la contradiction voire la discorde, que l'accord et la concorde ».

[38] OST, F. *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007, v. Obiter dicta, p. IX. Par ailleurs, l'auteur estime que « [d]ans cette compétition, il faut reconnaître que la common law bénéficie d'une longueur d'avance sur les autres traditions juridiques » en reposant notamment sur « un judge made law » plus affranchi des codes nationaux et des politiques publiques que ne l'est la culture romano-germanique ».

[39] Ibid.

[40] Ibid.

[41] ALLARD, J., VAN DEN EYNDE, L., « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit : arguments entre idéalisation et scepticisme », in HACHEZ, I. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 3, Bruxelles, Anthemis, 2013, pp. 285-315., spéc. p. 300.

faire usage du droit comparé compte tenu des questions relatives à la traduction, à l'accessibilité du droit ou aux obstacles procéduraux[42]. Parallèlement, « les réalités politiques, les considérations normatives et les différences de prestige et de crédibilité restreindraient le flux des idées au point que les caractéristiques d'un dialogue seraient absentes »[43]. D'autre part, un risque de diminution de la qualité et de la légitimité des décisions de justice ainsi que l'accroissement non encadré du pouvoir du juge sont soulignés en raison du choix des éléments extrasystémiques sans encadrement ni transparence et de « l'utilisation du droit comparé parfois lacunaire, voire instrumentale »[44]. Du point de vue des arguments politiques, le dialogue juridictionnel provoquerait un déséquilibre entre les pouvoirs, au profit du pouvoir judiciaire investi d'office de prérogatives nouvelles et au détriment, tout particulièrement, de la souveraineté de l'État à travers les revirements de jurisprudence et les changements substantiels du droit en vigueur[45]. Ce qui est critiqué est une conception large du rôle interprétatif du juge qui outrepasserait ses compétences en poursuivant un objectif de convergence et en recherchant l'existence d'un « droit global » jugé illégitime[46]. Le dialogue juridictionnel pourrait ainsi aboutir à un gouvernement des juges et à une émancipation exagérée par rapport aux textes, par la référence aux décisions étrangères qui ne disposent d'une légitimité que dans leur ordre juridique d'origine, en laissant seulement entrevoir l'émergence de l'idée imparfaite d'une justice universelle[47]. À l'opposé, une approche

[42] Ibid., p. 302
[43] Ibid.
[44] Ibid., p. 303-304. Cette critique a été formulée expressément à propos de l'usage des sources externes par la Cour EDH.
[45] Ibid., p. 305.
[46] Ibid., v. pp. 308-309 : Les arguments de nature politique s'appliquent tout particulièrement à l'égard de l'usage du dialogue par les juges constitutionnels qui incorporent le droit étranger dans les ordres juridiques nationaux. En effet, « Les arguments politiques s'articulent autour (a) de l'idée que l'incorporation de règles étrangères bouleverse l'équilibre interne du système, en particulier celui de la séparation des pouvoirs et (b) de la notion de souveraineté et de la crainte de voir des valeurs étrangères s'imposer. Paradoxalement, le même souci de légitimité, déjà présent dans les approches plus « idéalistes », est lui aussi mis en avant par les sceptiques, qui en proposent une interprétation diamétralement opposée. Là où les partisans du dialogue voient dans les exemples étrangers des outils pour renforcer la cohérence rationnelle de la décision, les auteurs critiques y perçoivent au contraire un risque d'opacité entraînant une perte de lisibilité et donc d'autorité. Là où les partisans du dialogue en font un vecteur d'harmonisation des normes et, dans celle-ci, un facteur de légitimité du droit, les auteurs critiques réaffirment que la légitimité du droit dépend pour l'essentiel du cadre (national, formel, contraignant) dans lequel les normes sont produites et que toute tentative de globalisation du droit, a fortiori quand elle est l'œuvre de juges non élus, menace cette légitimité. Enfin, là où les partisans du dialogue interprètent l'ouverture aux arguments étrangers comme un enrichissement culturel, les auteurs critiques dénoncent l'importation de valeurs qui ne font l'objet d'aucun consensus national ».
[47] ALLARD, J., *Le dialogue des juges dans la mondialisation*, in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, p. 77-91 ; FRYDMAN, B., « Conclusion : Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 147-166. ; V. GROPPI, T., PONTHOREAU, M.-C. (dir.), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, Portland, Hart Publishing, 2013, 431 p. : La prise en compte d'éléments étrangers par les juridictions constitutionnelles nationales s'explique par la volonté d'accroître la portée de la protection des droits

originale et progressiste du dialogue tend à mettre en lumière une typologie globale du dialogue multidimensionnel et à démontrer qu'il existe une communauté globale de Cours (« *a global community of courts* »), la pratique du dialogue ayant ainsi des effets positifs sur l'exercice du pouvoir juridictionnel[48]. Toutefois, si la figure du juge se situe entre « *ordre et désordre* » dans les ordres juridiques nationaux, ce trait est accentué pour le juge international. En effet, compte tenu de la structure de l'ordre juridique international, sa position hiérarchique ne peut être délimitée par les notions de subordination et de suprématie, alors même que les rapports entre les juridictions internationales sont exacerbés par la prépondérance à la fois de l'individualisme que du jeu collectif[49]. Il a été souligné que « le 'dialogue des juges' s'inscrit dans une perspective résolument contemporaine et cosmopolitique ; d'origine spontanée, en dehors de toute mobilisation ou contrainte, il ne connaît ni frontières, ni différences de juridictions […] [Par nature] informel, [il est au fondement] d'une opinion judiciaire mondiale, sorte de vaste 'boîte à idées' qu'on alimente ou consulte à sa guise »[50].

10. Envisagé de manière explicite dans l'ordre juridique international, le dialogue judiciaire se caractérise principalement comme la référence opérée par un juge à une décision étrangère à son propre système juridique mais également comme la référence globale à d'autres systèmes juridiques de protection de droits similaires ainsi qu'à leurs instruments conventionnels. Si les décisions juridictionnelles peuvent être considérées comme instantanées, le dialogue apparaît différé en même temps que l'échange entre les décisions juridictionnelles. Le dialogue, en tant que pratique spontanée, pourra être exclusivement à l'initiative du juge qui, de son propre gré, incorporera des éléments extrasystémiques à sa décision. Mais au-delà de l'initiative du juge, les parties et les tiers-intervenants au procès pourront suggérer le dialogue à travers les arguments avancés. Ces références vont influer sur le pouvoir du juge et plus spécifiquement sur son pouvoir d'interprétation. En *common law*,

---

fondamentaux affirmés par la Constitution tout en voulant démontrer la continuité entre les systèmes juridiques nationaux en mettant en avant les positions communes. Toutefois, Si par exemple la Cour suprême de l'Afrique du Sud est très largement ouverte au droit étranger en vertu de la Constitution elle-même à travers l'article 39, 1), la Cour suprême des États-Unis a toujours été particulièrement fermée à l'égard de l'intégration du droit étranger dans ses décisions. V. BREYER, S., *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, Paris, Editions Odile Jacob, 2015, 284 p.

[48] SLAUGHTER, A.-M., *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004, 368 p. ; du même auteur : A Global Community of Courts, in *Harvard International Law Journal*, 191, 2003 ; Building Global Democracy, *Chicago Journal Of International Law*, 223, 2000 ; Judicial Globalization, *Virginia Journal Of International Law*, 1103, 2000. V. égal. TURGIS, S., *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Paris, Pedone, 2012, 640 p. : l'auteure adopte une approche sociologique afin d'étudier les interactions croisées entre différentes juridictions internationales, à l'égard d'instruments et de décisions protégeant divers droits proclamés au niveau international.

[49] OST, F. Dire le droit, faire justice, Bruxelles, Bruylant, 2007, 206 p., spéc. pp. 61-78.

[50] OST, F. *Dire le droit, faire justice*, op. cit., v. Obiter dicta, p. IX.

selon la règle de la *stare decisis* (*binding precedent*), les tribunaux sont juridiquement liés par les précédents qui émanent d'autres tribunaux de rang supérieur ou égal et même par leurs propres précédents. La locution latine *stare decisis et non quieta movere* signifie précisément « s'en tenir à ce qui a été décidé et ne pas bouleverser ce qui est établi ». Selon cette règle, « les principes de droit posés par une décision judiciaire ont force obligatoire, tant qu'ils n'ont pas été abandonnés par une décision ultérieure, émanant d'une juridiction supérieure ou de même rang »[51]. Ainsi, la doctrine de la *stare decisis* fonde « l'autorité normative générale de la jurisprudence »[52] dans les différents systèmes juridiques de *common law*. En dehors de ces derniers, « le précédent jurisprudentiel n'a qu'une valeur d'exemple, avec l'autorité qui s'attache à la qualité de l'organe selon les conditions dans lesquelles ce précédent a été adopté »[53], tandis que la transposition en droit international de cette règle n'est pas officiellement reconnue. Cette solution n'est pas celle de l'ordre juridique international, plutôt par nécessité que par choix, eu égard l'absence d'un pouvoir judiciaire s'imposant à tous les États et accordant aux précédents une portée juridiquement obligatoire en raison d'un système judiciaire intégrant et établissant une hiérarchie entre les juridictions qui fait défaut[54]. Néanmoins, il est d'usage pour les organes internationaux de se référer aux dispositions de l'instrument juridique qu'ils sont en charge de protéger et à leurs propres décisions antérieures. En effet, chaque organe exerçant des fonctions judiciaires, revendique la constance et la cohérence de sa jurisprudence afin de démontrer l'attachement à la sécurité juridique et à la prééminence du droit, ainsi que pour asseoir sa légitimité. En opérant des références à des éléments extrasystémiques, le juge façonne son pouvoir d'interprétation. Ainsi, le dialogue peut s'apparenter à une autolimitation dans l'interprétation mais également à un autoélargissement. En effet, dans le cadre d'un contentieux, la référence à des décisions étrangères ou à d'autres systèmes juridiques par et entre les organes de protection de ces droits permettra de mettre en lumière l'existence d'une pratique internationale convergente et de démontrer l'existence d'un consensus à l'égard de la définition et de l'étendue de certains droits. Dès lors, le constat de l'existence d'un consensus ou d'une pratique internationale globale convergente peut permettre au juge d'élargir son pouvoir d'interprétation en adoptant, par exemple, une interprétation dynamique et extensive du droit. Le dialogue permettrait ainsi d'aller au-delà de la lettre du texte et de combiner les références extrasystémiques aux

[51] SALMON, Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1051.
[52] Ibid.
[53] Ibid.
[54] Sur la différence entre la tradition civiliste et celle de *common law*, v. notam. ABI-SAAB, G., Cours général de droit international public, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1987, pp. 129 et suiv.

méthodes classiques d'interprétation codifiées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités[55], l'article 31 étant relatif aux règles générales d'interprétation et l'article 32 aux moyens complémentaires d'interprétation. Dès lors, le constat du consensus ou d'une pratique internationale convergente peut également contribuer à une autolimitation du pouvoir du juge qui, spontanément, acceptera d'aller au-delà des seules contraintes de son propre système juridique pour, en quelque sorte, se conformer à de nouvelles exigences dégagées par les références à des décisions étrangères ou à d'autres systèmes qui vont venir encadrer sa marge souveraine d'interprétation. Par ailleurs, l'autolimitation peut également jouer sur le sens et la portée des normes, puisque tout autant la pratique du dialogue que son refus catégorique, peuvent aboutir à des interprétations restrictives, le juge utilisant les éléments exogènes à son système pour s'en détacher et réaffirmer la spécificité de son système juridique. En cela, il existe un risque d'instrumentalisation des éléments extrasystémiques à travers la pratique du dialogue.

11. L' « autorité persuasive » des décisions juridictionnelles s'attache à la qualité de l'argumentation et de la rédaction de la décision interprétée. En effet, cette notion s'est développée à l'égard de la réception du droit étranger dans les ordres juridiques nationaux à la seule initiative du juge, afin d'en faire usage dans la construction de son raisonnement judiciaire en vue de l'adoption d'une solution donnée à l'égard d'un litige[56]. D'une part, la nature argumentative des renvois à des éléments extrasystémiques ne varie pas selon qu'il s'agit d'une référence à une décision ou une disposition propre à un système juridique donné ou d'une référencée empruntée à un autre système[57]. D'autre part, la valeur juridique d'un tel argument est généralement qualifiée d' « autorité persuasive ». Si le poids d'un argument se mesure à sa force de persuasion, l'autorité persuasive ne renvoie pas à l'autorité de la chose jugée, ni au terme d'autorité dans sa signification purement politique qui désigne le pouvoir[58]. Ainsi, « [l]'autorité persuasive est donc une sorte d'hybride entre l'argument d'autorité […] et

[55] Convention de Vienne sur le droit des traités, conclue à Vienne, le 23 mai 1969, dans la cadre des Nations Unies et entrée en vigueur le 27 janvier 1980 (ci-après, CVDT ou Convention de Vienne).

[56] GLENN, H., P., Persuasive Authority, in *McGill Law Journal*, vol. 32, n 2, 1987, pp. 262-298. V. égal. SLAUGHTER, A.-M., A Typology of Transjudicial Communication, in *University of Richmond Law Review*, vol. 29, issue 1, 1994, pp. 99-137, spéc. p. 124: « All the functions listed above, from enhancement of the effectiveness of supranational tribunals and international regimes to intellectual cross-fertilization, assume a judicial interaction based on persuasive rather than coercive authority. Patrick Glenn describes persuasive authority as 'authority which attracts adherence as opposed to obliging it'. As every domestic lawyor knows, persuasive authority remains very important in national legal systems, notwithstanding the existence of a formal hierarchy and instruments of state power at the disposal of the courts. Judges would not otherwise feel compelled to offer reasons for their decisions ».

[57] FRYDMAN, B., « Conclusion : Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 155-157.

[58] Ibid., p. 155.

l'argument probatoire […] [qui] vaut à la fois par son contenu et par la qualité de celui à qui on l'attribue »[59]. Le dialogue judiciaire, en améliorant la clarté et la qualité de l'argumentation et la construction du raisonnement juridique, est susceptible de consolider le potentiel persuasif des décisions pour un plus grand rayonnement et une plus grande effectivité en l'absence d'une réelle autorité coercitive.

12. Par ailleurs, « l'argument comparatif prend […] une valeur tout à fait particulière lorsqu'il prétend montrer la réalité ou l'émergence d'un consensus international : soit entre les différentes juridictions des États européens, soit entre différentes juridictions internationales de niveau régional, soit même d'un consensus mondial »[60] qui sera toutefois le plus difficile à démontrer en pratique. Ce constat engendre « un véritable commerce judiciaire [tout en contribuant] au décloisonnement des ensembles juridiques [reflétant] une perméabilité des systèmes juridiques »[61]. Cette affirmation est d'autant plus vraie à l'égard des droits qui se rattachent à la protection de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine.

B. La prohibition de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

13. Le dialogue entre juridictions et quasi-juridictions internationales de protection des droits de la personne pourrait être illustré à travers une conception large, en envisageant cette pratique dans le contexte de la diversité des droits protégés par les instruments conventionnels. Toutefois, dans le cadre de cette étude, une conception circonscrite sera privilégiée puisque le dialogue juridictionnel sera illustré avec l'exemple de la prohibition de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. La prohibition de la torture, en ses éléments constitutifs, sa définition, sa portée et sa teneur au regard des normes internationales a fait l'objet de nombreuses contributions dans la littérature[62]. Il ne s'agira pas

[59] Ibid., p. 156 : « En ce sens, l'autorité marque la considération particulière que l'on accorde à l'avis de quelqu'un, en raison de sa position, de l'expérience ou de la compétence qui lui est généralement reconnue. Les juristes utilisent cette expression lorsqu'ils invoquent l'autorité d'un précédent. Celle-ci peut être définie comme « la valeur probante particulière qui s'attache à une opinion de droit émise dans un acte authentique officiellement habilité à dire le droit ». En d'autres termes, parler 'd'autorité persuasive', c'est évoquer un argument convaincant, qui a d'autant plus de poids, qu.il est énoncé par la bonne personne, dans un acte officiel. Le juge reconnaît à la décision étrangère une autorité persuasive, lorsqu'il admet à la fois la valeur intrinsèque de l'argumentation soutenue par le juge étranger dans sa motivation et en même temps qu'il accorde assez de crédit à ce juge pour juger bon de se référer explicitement à sa jurisprudence. Il vaut à la fois par son contenu et par la qualité de celui à qui on l'attribue ».

[60] Ibid., p. 157.

[61] DUBOUT, É., TOUZÉ, S., « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in DUBOUT, É., TOUZÉ, S. (dir.), *Les droits fondamentaux ; charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 12.

[62] V. notam., DUFFY, P. J., Article 3 of the European Convention on Human Rights, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1983, Vol.32(2), pp.316-346; CASSESE, A., *Inhuman States - Imprisonment, Detention and Torture in Europe Today*, Cambridge, Polity Press, 1996, 141 p. FOURTEAU, H., *L'application*

dans cette étude de s'attacher à préciser de façon exhaustive les contours de cette interdiction qui protège l'intégrité et la dignité de la personne humaine, ni d'étudier en détail ses éléments constitutifs ou les obligations internationales qui s'imposent aux États en raison de cette prohibition. Il conviendra de traiter des aspects procéduraux ou substantiels relatifs à la prohibition de la torture qui font l'objet d'interprétations convergentes ou divergentes dans la pratique des organes internationaux de protection, alors même que cette prohibition a la particularité d'être affirmée de façon transversale. Tout d'abord, cette pratique est prohibée en droit international des droits de l'homme par des textes à vocation générale[63], mais également par plusieurs textes spécifiques non exhaustifs[64]. Parallèlement, le droit international

---

de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des États membres, Paris, LGDJ, Collection : Thèses, 1996, 376 p. ; SCHABAS, W., A., *The Death Penalty as Cruel Treatment and Torture. Capital Punishment Challenged in the World's Courts*, Boston, Northeastern University Press, 1996, 320 p.; DELAPLACE, E., *La prohibition internationale de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, thèse de doctorat non publiée, droit public, Université de Paris X-Nanterre, 20 décembre 2002, sous la direction d'Emmanuel Decaux; NEVE, A., Extraordinary Rendition, the Canadian Edition: National Security and Challenges to the Global Ban on Torture, in *Societies Without Borders*, 2007, Vol.2(1), pp.117-130; RODLEY, N., POLLARD, M., *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 3rd ed., 697 p.; WOUTERS, C. K., *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Cambridge, Intersentia, 2009, 638 p.; DELAS, O., *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 448 p.; FARRELL, M., *The Prohibition of Torture in Exceptional Circumstances*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 291 p.; RUMNEY, P. N. S., *Torturing Terrorists. Exploring the limits of law, human rights and academic freedom*, London, Routledge, 2014, 1st ed., 224 p.; FEINSTEIN, D., *La CIA et la torture: Le rapport de la commission sénatoriale américaine sur les méthodes de détention et d'interrogatoire de la CIA*, Paris, Éditions Les Arènes, 2015, 582 p.; BARNES, J., *A Genealogy of the Torture Taboo*, London, Routledge, 2017, 203 p.; PORTELLI, S., *La torture*, Paris, Dalloz, 2017, 255 p.; STANLEY, E., *Human Rights and Incarceration: Critical Explorations*, Cham, Springer International Publishing, 2018, 311 p.;

[63] V. l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; l'article 3 de la Convention européenne; l'article 5, 2) de la Convention américaine des droits de l'homme, adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, dans le cadre de l'Organisation des États américains (ci-après, OÉA), à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les Droits de l'Homme et entrée en vigueur le 18 juillet 1978 (ci-après, CADH ou Convention américaine); l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976 (ci-après, le PIDCP); l'article 5 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée à Nairobi, le 27 juin 1981 à la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement dans le cadre de l'Organisation de l'Union africaine (devenue depuis Union africaine), 24-27 juin 1981, entrée en vigueur le 21 octobre 1986 (ci-après, CADHP ou Charte africaine); v. égal. l'article 8 de la Charte arabe des droits de l'homme, adoptée en mai 2004, à Tunis, lors du 16e Sommet de la Ligue des États arabes, entrée en vigueur le 15 mars 2008.

[64] V. par ex. Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 9 décembre 1975, résolution 3452 (XXX) (ci-après, Déclaration des Nations Unies contre la torture); Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984, entrée en vigueur le 26 juin 1987, ratifiée en juin 2018 par 164 États (ci-après, Convention contre la torture); Convention interaméricaine de prévention et de répression de la torture, adoptée à Cartagena de Indias, Colombie, le 9 décembre 1985, lors de la quinzième session ordinaire de l'Assemblée générale de l'OÉA (ci-après, Convention interaméricaine contre la torture) ; Résolution sur les Lignes Directrices et Mesures d'interdiction et de Prévention de la Torture et des Peines ou Traitements Cruels, Inhumains ou Dégradants en Afrique, adoptée par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, réunie en sa 32ème session ordinaire, tenue à Banjul, Gambie, du 17 au 23 octobre 2002 (ci-après, Lignes directrices de Robben Island pour la prévention de la torture).

humanitaire prohibe également la pratique de la torture et autres formes de mauvais traitements dans les conflits armés internationaux ou non internationaux[65]. Enfin, le droit international pénal interdit de tels actes qu'il assimile soit à des crimes contre l'humanité, soit à des crimes de guerre[66].

14. De nombreux instruments internationaux prohibent la pratique de la torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants, faisant de celle-ci une interdiction à la croisée de plusieurs domaines du droit international. De tels actes sont prohibés par des instruments conventionnels auxquels sont rattachés des organes de protection, soit juridictionnels, soit quasi-juridictionnels, chargés de veiller à la mise en œuvre des obligations internationales à la charge des États parties et de sanctionner le non-respect de celles-ci. Ainsi, cette prohibition transversale témoigne d'une perméabilité substantielle entre les systèmes juridiques internationaux de protection puisque les organes internationaux font face à des problématiques communes. Premièrement, cette interdiction absolue fait l'objet de violations récurrentes et persistantes, aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre, à la fois dans les ordres juridiques nationaux régis cependant par les principes de l'État de droit[67]

---

[65] V. les Conventions de Genève du 12 août 1949 (ci-après, Conventions de Genève) et leurs Protocoles additionnels de 1977 : Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977 (ci-après, Protocole additionnel I); Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, 8 juin 1977 (ci-après, Protocole additionnel II). V. notam. l'article 3 commun aux Conventions de Genève; les articles 12 et 50 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949 (ci-après, 1ère Convention de Genève ou CG I); les articles 12 et 51 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949 (ci-après, 2ème Convention de Genève ou CG II); les articles 17, 87, 130 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949 (ci-après, 3ème Convention de Genève ou CG III); les articles 32 et 147 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949 (ci-après, 4ème Convention de Genève ou CG IV); l'article 75, 2), a) et e) du Protocole additionnel I et l'article 4 du Protocole additionnel II.

[66] V. respectivement pour les deux qualifications possibles, les articles 6, b) et 6, c) du Statut du Tribunal de Nuremberg, annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 ; les articles 5, f) et 2, b) du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie adopté le 25 mai 1993 par la résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité des Nations Unies, S/RES/827 (1993) (ci-après, Statut du TPIY) ; les articles 3, f) et 4, a) du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, adopté le 8 novembre 1994, par la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité des Nations Unies, S/RES/955 (1994) (ci-après, Statut du TPIR) ; les articles 5.2, f) et 3, a) du Statut du Tribunal spécial pour le Sierra Leone adopté le 16 janvier 2002 par accord entre les Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais, suite à la résolution 1315 (2000) du 14 août 2000 du Conseil de sécurité; et enfin, les articles 7, 1, f), 8, §2, a), ii) et 8 § 2, c), i) du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, adopté à Rome le 17 juillet 1998 et entré en vigueur le 1er juillet 2002 (ci-après, Statut de Rome).

[67] V. par ex., DREYFUS, F., « La torture devant les Cours », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa. La conscience des droits*, Paris, Dalloz, 2011, p. 233 : « 'Un pays de tradition libérale peut-il voir en quelques années ses institutions, son armée, sa justice, sa presse, corrodées par la pratique de la torture, par le silence et le mensonge observés autour de questions vitales qui mettent en cause la conception même que l'Occident affirme se faire de l'homme?' Cette question posée par Pierre Vidal-Naquet, à propos de la France pendant la guerre d'Algérie, est loin d'avoir perdu toute son actualité. En effet, à des degrés divers, la pratique de la torture est loin d'avoir disparu et peut aujourd'hui encore – comme le montre en particulier l'exemple des États-Unis – être *de facto* institutionnalisée par des États démocratiques, signataires de conventions internationales prohibant ce type d'action ».

que dans les États caractérisés par un déficit démocratique ou des institutions inefficaces en matière de protection des droits fondamentaux. Deuxièmement, l'effectivité d'une telle prohibition nécessite une vigilance constante et une prudence face aux arguments sécuritaires et aux circonstances d'exception ayant pour objectif de justifier l'usage des actes de torture et autres formes de mauvais traitements, sans toutefois nier la force obligatoire des prescriptions normatives qui s'y rattachent[68]. Si la particularité des violations de la prohibition de la torture est d'être à la fois des violations graves des droits de la personne et des crimes internationaux en constituant des infractions pénales, une autre spécificité est celle de la coexistence de l'interdiction unanime de tels actes avec leur pratique qui n'est pas encore éradiquée. Dans le domaine de la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, il s'agit précisément de garantir ce noyau dur fondamental tout en respectant l'idée d'un pluralisme culturel. Si pour les juristes, droit et culture s'opposent, pour les anthropologues, il s'agit de deux concepts étroitement liés. Le dialogue des juges témoigne de la circulation des droits fondamentaux à travers la perméabilité des sources utilisées pour l'interprétation des droits protégés, contribuant donc de manière substantielle à intensifier les interactions entre droit et culture[69]. Dès lors, loin de s'opposer, droit et culture s'enrichissent mutuellement dans l'optique d'un perfectionnement des pratiques juridiques respectueuses des cultures et des traditions. Ces interactions contribuent également à la consolidation des garanties fondamentales tenant au respect de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine, en considérant qu'il doit y avoir des normes *a minima* en dessous desquelles il n'est pas possible d'aller sans porter atteinte au fondement même des droits de la personne. Ainsi, les traditions et les cultures ne devraient pouvoir être opposées en tant qu'exceptions culturelles à l'application des droits de l'Homme que si elles démontrent un apport positif à l'égard de la personne humaine. *A contrario*, si des pratiques ont une valeur négative, celles-ci devraient pouvoir être évincées par une interprétation évolutive des droits protégés[70], d'autant plus si l'on s'attache au contenu du noyau dur des droits fondamentaux. L'évolution générale de l'état du droit dans le sens d'une convergence de l'accroissement des standards minimums de

[68] V. par ex. les documents déclassifiés de la CIA et du département juridique de l'État américain alléguant la légitimité des techniques d'interrogatoire poussées, en affirmant que les actes de torture ne sont que ceux qui causent des dommages irréparables ou le décès ; cités par LEUPRECHT, P., « Résurgence de la bête immonde – retour et banalisation de la torture », in *Les droits de l'homme en évolution - Mélanges en l'honneur du Professeur Petros J. Pararas*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 349-362.

[69] DECAUX, E., « Que manque-t-il aux quasi-juridictions internationales pour dire le droit », in *Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 511.

[70] V. par ex., MARIE, J.-B., « Les traditions culturelles : enjeux pour les droits de l'homme », in ALEN, A., JOOSTEN, V. (dir.), *Liber amicorum Marc Bossuyt*, Mortsel, Intersentia, 2013, pp. 379-386.

protection s'inscrit dans une perspective qui vise à renforcer l'effectivité des droits de la personne[71].

15. Parallèlement, à l'égard de l'interdiction de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la qualification juridique des faits joue un rôle fondamental « dans la mesure où le degré de tolérance à l'égard des pratiques en cause ou, au contraire, leur condamnation par un juge en dépend »[72]. Néanmoins, en la matière, l'appréciation des faits n'est pas strictement objective puisque des considérations extérieures peuvent influencer l'interprète tenant « en particulier à l'équilibre entre les intérêts contradictoires de la société – dont la sécurité doit être protégée – et de l'individu – dont les droits doivent être respectés – suspecté de menacer cette dernière »[73]. Cette appréciation *in concreto* des faits en vue de leur assimilation à des actes de torture est renforcée en droit international dans la mesure où les organes de protection des droits de la personne sont chacun en charge d'interpréter un instrument spécifique dans sa confrontation avec un cas d'espèce. Par ailleurs, le PIDCP, la Convention européenne, la Convention interaméricaine ou encore la Charte africaine prohibent simplement en des termes généraux la pratique de la torture sans préciser ce qu'il faut entendre par un acte de torture et ses différents éléments constitutifs[74]. Aux côtés de ces dispositions générales, la Convention contre la torture adoptée dans le cadre des Nations Unies (1984)[75] et la Convention américaine pour la prévention et la répression de la torture

[71] DELMAS-MARTY, M., « Les droits de l'homme. Processus d'humanisation réciproque », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa. La conscience des droits*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 209-217.
[72] DREYFUS, F., « La torture devant les Cours », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa. La conscience des droits*, Paris, Dalloz, 2011, p. 234.
[73] Ibid.
[74] V. Article 3 de la CEDH : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ; article 5 § 2 de la CADH : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Toute personne privée de sa liberté sera traitée avec le respect dû à la dignité inhérente à la personne humaine » ; article 5 de la CADHP : « Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d'exploitation et d'avilissement de l'homme notamment l'esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels inhumains ou dégradants sont interdites » ; article 7 du PIDCP : « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique ».
[75] Article premier de la Convention contre la torture : « 1. Aux fins de la présente Convention, le terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles. 2. Cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large ».

(1985)[76], sont les deux instruments conventionnels à préciser ce qu'il faut entendre par un acte de torture, sans toutefois définir la catégorie des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

16. Ainsi, en raison de la nécessaire interprétation des dispositions génériques et de celles plus spécifiques, les juridictions et les quasi-juridictions internationales jouent un rôle central dans la précision de la portée, du sens et du contenu de la prohibition de la torture, tant au niveau universel qu'au niveau régional. Lorsque dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation, les organes internationaux parviennent à des interprétations convergentes en dépit de l'indépendance entre les systèmes juridiques de protection, il est possible de parler de convergence interprétative ou jurisprudentielle, voire de convergence normative qui serait la concrétisation de ce processus d'interprétation. Il est vrai que dans l'ordre juridique international, la jurisprudence est une source d'identification et d'interprétation, plutôt que de création du droit, puisqu'elle ne génère pas par elle-même la norme. Elle sert de preuve ou d'éclairage de la substance normative produite par d'autres moyens. Néanmoins, si l'article 38 du Statut de la CIJ envisage les décisions de justice comme « des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit », sans leur reconnaître le statut de source du droit autonome du droit international, l'œuvre jurisprudentielle en matière de protection des droits de la personne dépasse ce strict cadre. En effet, si la convergence interprétative est le procédé par lequel est défini un contenu harmonisé d'une norme, la notion de convergence normative représente le résultat final de ce procédé, à savoir l'éclaircissement du sens de ladite norme[77]. Ainsi, cette dernière serait l'aboutissement de la première dans l'exercice de la marge d'appréciation reconnue aux organes internationaux de protection. La convergence normative est renforcée par la technique du référencement croisé lorsqu'il est question de définir et de préciser la substance des droits de la personne protégés par des dispositions conventionnelles

[76] Article 2 de la Convention américaine pour la prévention et la répression de la torture : « Aux effets de la présente Convention, on entend par torture tout acte par lequel sont infligées intentionnellement à une personne des peines ou souffrances, physiques ou mentales, aux fins d'enquêtes au criminel ou à toute autre fin, à titre de moyen d'intimidation, de châtiment personnel, de mesure préventive ou de peine. On entend également par torture l'application à toute personne de méthodes visant à annuler la personnalité de la victime ou à diminuer sa capacité physique ou mentale même si ces méthodes et procédés ne causent aucune douleur physique ou angoisse psychique ».
Ne sont pas couvertes par le concept de torture les peines ou souffrances, physiques ou mentales, qui sont uniquement la conséquence de mesures légalement ordonnées ou qui leur sont inhérentes, à la condition que les méthodes visées au présent article ne soient pas employées dans l'application de ces mesures ».

[77] V. par ex. SUDRE, F., « La réécriture de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa. La conscience des droits*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 597 et suiv.; WACHSMANN, P., « Réflexions sur l'interprétation globalisante de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa. La conscience des droits*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 667 et suiv : sur la référence à des sources interprétatives puisées en dehors de la Convention européenne.

formulées en des termes analogues [78]. L'existence d' « une indéniable convergence normative » a été soulignée à propos des rapports entre droit international humanitaire, droit international des droits de l'Homme et du droit international des réfugiés dans la mise en œuvre des garanties judiciaires[79], en dépit de très nettes différences relativement à leurs champs d'application respectifs ou au régime des dérogations[80]. D'un point de vue normatif et jurisprudentiel, à propos de l'interdiction absolue de la torture en tant que violation grave du droit international des droits de l'Homme, du droit international humanitaire et du droit international pénal, il a été affirmé qu'« il existe, en la matière, une convergence normative »[81], notamment au regard du caractère de *jus cogens* de cette prohibition[82]. Ainsi, à la convergence normative théorique qui découle des instruments conventionnels qui prohibent la pratique de la torture en des termes similaires, correspond une convergence normative pratique. La détermination jurisprudentielle des règles qui relèvent du *jus cogens* en est un bon exemple[83].

---

[78] SLAUGHTER, A.-M., A Typology of Transjudicial Communication, in *University of Richmond Law Review*, vol. 29, issue 1, 1994, pp. 297-298: « Multiplying the sources of law, however, means multiplying the sources of legal dialogue. Law is less precise but more communal and there are more possibilities of persuasion and adherence to law, and eventually of eliminating it. Decisions are less conclusive, other sources may later prevail, and broader forms of agreement become possible, tolerant of differences now seen as minor and perhaps transient. The use of persuasive authority is thus essential to law itself and uniformity of law comes not through imposition but persuasion, in the daily world of legal practice ».

[79] L'Institut International de Droit Humanitaire, San Remo, Italie, en coopération avec le Comité international de la Croix-Rouge, *XXVIIème table ronde sur les problèmes actuels du droit international humanitaire: « Droit international humanitaire et autres régimes juridiques: interaction dans les situations de violence »*, Novembre 2003, Genève, Suisse, p. 13.

[80] Ibid., p. 10.

[81] Opinion Individuelle De M. Le Juge Cançado Trindade, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422, § 84.

[82] Ibid., § 85 : les instruments conventionnels de lutte contre la torture sont jugés « foncièrement complémentaires *ratione materiae* ». V. §§ 86-87 pour la jurisprudence de la Cour IADH à l'égard de la prohibition de la torture qui l'envisage comme une norme impérative à laquelle aucune dérogation n'est permise; au § 88, sont mentionnées les affaires clefs du TPIY en la matière, le juge Trindade soulignant que la Cour IADH et le TPIY sont « les deux juridictions internationales contemporaines qui, à ce jour, ont le plus contribué à élaborer une jurisprudence relative à l'interdiction absolue de la torture en tant que règle de *jus cogens* ». Les §§ 89-91 détaillent également la jurisprudence du TPIR et de la Cour EDH avant de conclure qu' « il existe une convergence, et non une divergence, du *corpus juris du* droit international des droits de l'homme et du droit pénal international, qui permet aux juridictions internationales de parvenir à une interprétation et à une application appropriées de [la prohibition de la torture ».

[83] W. KUYPER, J. W., The Democratic Potential of Systemic Pluralism, in *Global Constitutionalism*, vol. 3, (2014), pp. 170-199, spéc. p. 174, nous soulignons: « Global constitutionalism As an explanatory tool, global constitutionalism emphasizes the increased institutional density of world politics and the corresponding authority and legalization of those institutions. Although debates on global constitutionalism are relatively embryonic, at least three distinct strands of thought become apparent: legal process, subjectification, and objectification. 20 First, legal processes have begun to constitute a unified global order. This is leading to a hierarchically-structured system of international law in which legal rights and rules have been formally ingrained, and the jurisdiction between subparts are being demarcated. Second, and related to this, different sources of authority are being subsumed within the global constitutional framework to eliminate inconsistencies and secure a sense of mutual obligation. Third, global constitutionalism is itself becoming a source of normative convergence between actors (through *jus cogens* and other widely recognized beliefs). Normatively, global constitutionalism 'carries the promise that there is some system in all the madness, some way in which the whole system hangs together

17. Le rôle joué par les juridictions internationales est d'autant plus crucial dans le domaine de la prohibition de la torture puisque les juges nationaux tendent à être sous pression. En effet, il peut y avoir « attitude de dénégation [qui] paraît naturelle »[84], en raison de la définition classique de la torture en droit international des droits de l'Homme impliquant un acte qui émane d'un agent de l'État ou commis à l'instigation de celui-ci. Ainsi, le juge national peut faire preuve de « [f]rilosité, symptomatique des relations souvent difficiles entre les juridictions et l'institution policière [lorsque les actes de torture ou de mauvais traitements commis en détention par exemple sont présentés par les autorités publiques comme des] incidents [ou [des bavures commis] par des agents subalternes, évitant ainsi de remonter la chaîne hiérarchique permettant de savoir qui donne les ordres »[85]. Les juridictions et quasi-juridictions internationales bénéficient d'une indépendance par rapport aux États et aux opinions publiques nationales[86], dans la mesure où elles interviennent rétrospectivement, témoignant d'une approche plus objective à l'égard des faits et des éléments de preuve. Par ailleurs, elles ont pour vocation la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État, sans incidence sur la responsabilité pénale individuelle dans les ordres juridiques nationaux. Ainsi, l'analyse de la portée du dialogue juridictionnel à travers le prisme de la prohibition de la torture implique de désigner les acteurs clefs de l'ordre juridique international dans le cadre de ce processus complexe.

C. Les acteurs du dialogue juridictionnel

18. Le dialogue juridictionnel à l'égard de la prohibition de la torture découle de la pratique de plusieurs acteurs caractérisés par leur diversité. Il s'agit tout d'abord des organes de protection qui exercent leurs fonctions dans le cadre du Conseil de l'Europe (1). Par ailleurs, les organes de protection institués par le système interaméricain se distinguent par leur particularisme (2). Dans le cadre du système africain, les organes de protection ont été conçus comme complémentaires (3). Enfin, si les organes de protection institués dans le cadre

---

and is not merely the aggregate of isolated and often contradictory movements' ». V. égal. KRISCH, N., Constitutionalism and Pluralism: A Reply to Alec Stone Sweet, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, pp. 502-505, spéc. p. 502: « Institutionally, there is certainly room for such a middle ground-in a decentralized world, there will be variation in the strength of institutional conflict and the density of normative convergence among sub-orders, and some orders will display greater convergence or overlap, others less. Such gradual differences on an institutional level should, however, not conceal the binary contrast that exists between orders with a shared frame of reference-such as a common constitution that serves as a basis of authority-and those without ».

[84] DREYFUS, F., « La torture devant les Cours », préc., p. 235.

[85] Ibid.

[86] Ibid. p. 239.

des Nations Unies ont une vocation universelle (4), les juridictions pénales internationales se caractérisent par leur spécificité (5).

1. Les organes de protection institués dans le cadre du Conseil de l'Europe

19. Dans le cadre européen, la signature de la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales à Rome, le 4 novembre 1950, par les États membres du Conseil de l'Europe, marque l'adoption du premier instrument international à concrétiser et à rendre contraignants plusieurs droits affirmés par la Déclaration universelle des droits de l'homme. Si la Convention est entrée en vigueur le 3 septembre 1953, elle n'a connu une application effective qu'à compter du 5 juillet 1955 avec la mise en place de la Commission européenne des droits de l'homme. Initialement, celle-ci se voit reconnaître une compétence pour examiner les requêtes individuelles relatives à des violations de la Convention[87]. Cette création inédite a été perçue, dès ses débuts, comme un « triomphe [partiel] de l'Humanisme juridique »[88] dans la mesure où de nombreux États devaient encore ratifier la Convention[89]. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a été véritablement instituée qu'au fur et à mesure du développement et de la consolidation du système européen de protection défini par la CEDH[90]. Ainsi, en raison de son ancienneté et de son statut de pionnière, la Cour EDH est une référence incontournable en matière de protection internationale des droits de la personne en étant la pierre angulaire d'un système régional au procédé contentieux particulièrement abouti[91]. Ce constat entraîne un « rayonnement » de la jurisprudence de la Cour à laquelle tant les juridictions internationales que les juridictions nationales n'hésitent plus à se référer de façon constante[92].

[87] Les rapports de la Commission européenne des droits de l'homme statuant sur des plaintes individuelles ne seront intégrés que de façon ponctuelle dans la mesure où celle-ci n'exerce plus ces activités.
[88] DUPUY, R.-J., La Commission européenne des droits de l'homme, in *Annuaire français de droit international*, vol. 3, 1957, pp. 449-477.
[89] Aujourd'hui, le Conseil de l'Europe comporte 47 États membres, parmi lesquels tous les États membres de l'Union européenne.
[90] C'est le Protocole n° 11 à la CEDH, entré en vigueur le 1er novembre 1998, qui a mis en place « la nouvelle Cour » avec la reconnaissance d'un droit de recours individuel direct aux particuliers.
[91] V. par ex. MARGUÉNAUD, J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2016, 7ème éd., 212 p. ; ZUPANCIC, B. M., *Sur la Cour européenne des droits de l'homme. Rétrospective d'un initié (1998-2016)*, Paris, Éditions L'Harmattan, 2018, 452 p.
[92] COHEN-JOHATHAN, G., FLAUSS, J.-F., *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 276 p.; V. égal. COSTA, J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme : des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2017, 2ème éd., 282 p. ; GIANNOPOULOS, C., L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, thèse n° 2, 2018, (résumé).

20. Les relations entre la CJUE et les juges nationaux ne seront pas traitées dans le cadre de cette étude alors même que le mécanisme du renvoi préjudiciel peut être perçu comme un outil du dialogue judiciaire. Dans l'ordre juridique français, l'origine du concept de « dialogue des juges » est attribuée au président de la section du contentieux du Conseil d'État, Bruno Genevois qui, en 1978, à l'occasion des conclusions sur l'affaire *Cohn-Bendit* relative à la portée juridique des directives communautaires, estimait qu'à l'échelle de l'ordre juridique communautaire, entre le juge communautaire et le juge national, « il ne [devait] y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il [devait] y avoir place pour un dialogue des juges »[93]. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne étant l'unique et authentique interprète du droit de l'Union en vue de sauvegarder son unité d'application et son uniformité d'interprétation, l'institution du renvoi préjudiciel en interprétation ou une appréciation de validité rend nécessaire la collaboration des juges nationaux avec le juge communautaire[94]. Toutefois, en raison de la spécificité du renvoi préjudiciel à l'échelle de l'Union européenne[95] permettant à la Cour de justice de sanctionner l'État membre du fait de l'absence de renvoi de la part d'une juridiction statuant en dernier ressort, il semble plus pertinent de ne pas l'assimiler à un véritable dialogue, mais plutôt à une procédure institutionnalisée, de juge à juge[96].

---

[93] Bruno GENEVOIS, conclusions sous, CÉ, Ass., 22 décembre 1978, Ministre de l'Intérieur c. Cohn Bendit, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1979, p. 168. V. par ex. LUKASZEWICZ, B., OBERDORFF, H., *Le juge administratif et l'Europe*, Actes du colloque du 50ème anniversaire des tribunaux administratifs, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2005, 360 p.

[94] V. article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), 26 octobre 2012, C 326/47 (ci-après, TFUE): « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel: a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ».

[95] V. par ex. PELIN RADUCU, I., *Dialogue déférent des juges et protection des droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2014, 570 p. ; DUBOS, O., *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, 1015 p. ; ALLARD, J., HAARSCHER, G., HENNEBEL, L., LEWKOWICZ, G., *Juger les droits de l'homme - Europe et États-Unis face à face*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 248 p. V. égal. COSTA, J.-P., « La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges », LICHERE, F., POTVIN-SOLIS, L., RAYNOUARD, A. (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 153-166, spéc. p. 155 : pour l'auteur, dans le contexte de la relation verticale entre juges européens, « ni la Convention européenne des droits de l'homme, ni la jurisprudence de la Cour n'instituent un véritable dialogue […] L'apparence est celle d'un monologue ». V. égal. ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., Les bienfaits de la « juridictionnalisation » de la protection supranationale des droits de l'Homme, in *Revue française de droit administratif*, n°2, 2009, p. 294.

[96] V. CJUE, 5ème Ch., 4 octobre 2018, *Commission européenne c. République française*, C-416/17. En effet, si le dialogue est « forcé » à travers une procédure obligatoire de renvoi à la charge du juge national faisant peser sur l'État un risque de mise en cause de sa responsabilité, ce n'est plus la notion de dialogue qui est pertinente pour

21. Les rapports entre l'ordre juridique du Conseil de l'Europe et l'ordre juridique de l'Union peuvent également être analysés sous l'angle de l'interdépendance et de leur influence réciproque[97]. Néanmoins, la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas vocation à statuer directement sur le droit international des droits de l'homme puisque ce n'est pas sa mission première dans le cadre du système juridictionnel institué par les traités. En effet, elle n'a pas pour objet de contrôler le respect du droit international des droits de l'Homme par les États membres. Elle veille que les États respectent les droits fondamentaux lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union[98]. Par ailleurs, les interactions entre la Cour EDH et la CJUE ne reflètent pas réellement l'état du phénomène du dialogue des juges tel que défini et envisagé de manière générale entre les organes internationaux de protection des droits de la personne[99]. Dans la mesure où l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union[100] prohibe la pratique de la torture et autres peines ou traitements ou inhumains ou dégradants, la jurisprudence de la Cour de justice sur cette question sera évoquée, notamment dans ses rapports avec la jurisprudence de la Cour EDH en la matière[101].

---

définir ces rapports. Il s'agit d'une procédure strictement encadrée en vue de la résolution du litige dans le cadre national, qui se déroule certes dans le cadre d'un rapport direct de juge à juge, mais l'un est subordonné à la suprématie de l'autre et à la perspective d'une sanction en cas de défaut de coopération ou d'erreur dans l'exercice de la marge d'appréciation reconnue initialement. Il s'agit ainsi d'un véritable outil d'harmonisation voire d'uniformisation des ordres juridiques nationaux au profit de l'ordre juridique supranational de l'Union européenne. Sur cette question, v. GERVASONI, S., CJUE et Cours suprêmes : repenser les termes du dialogue des juges, in *L'Actualité juridique. Droit administratif*, 2019, pp. 150 et suiv.

[97] SIMON, D., Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus »?, in *Revue Pouvoirs*, 2001/1, n°96, pp. 31-49 ; TULKENS, F., CALLEWAERT, J., « La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux », in BRIBOSIA, E., DONY, M. (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2002, p. 177.

[98] V. par ex. article 19 du Traité sur l'Union européenne (version consolidée), 26 octobre 2012, C 326/13 (ci-après, TUE): « 1. La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union. 2. La Cour de justice est composée d'un juge par État membre. Elle est assistée d'avocats généraux. Le Tribunal compte au moins un juge par État membre. Les juges et les avocats généraux de la Cour de justice et les juges du Tribunal sont choisis parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance et réunissant les conditions visées aux articles 253 et 254 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ils sont nommés d'un commun accord par les gouvernements des États membres pour six ans. Les juges et les avocats généraux sortants peuvent être nommés de nouveau. 3. La Cour de justice de l'Union européenne statue conformément aux traités: a) sur les recours formés par un État membre, une institution ou des personnes physiques ou morales; b) à titre préjudiciel, à la demande des juridictions nationales, sur l'interprétation du droit de l'Union ou sur la validité d'actes adoptés par les institutions; c) dans les autres cas prévus par les traités ».

[99] V. pour un ouvrage exclusivement consacré aux relations entre le juge européen des droits de l'homme et le juge de l'Union européenne, DERO-BUGNY, D., *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 232 p.

[100] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée une première fois à Nice le 7 décembre 2000, puis officiellement adoptée dans sa version définitive par les présidents de la Commission européenne, du Parlement européen et du Conseil de l'UE le 12 décembre 2007 à Strasbourg, entrée en vigueur 1er décembre 2009 (ci-après, CDFUE).

[101] V. Infra, Partie I. Titre II. Chapitre 1. Section 2. § 2. Point B).

22. Toutefois, leurs interactions s'inscrivent dans un contexte spécifique de protection des droits fondamentaux[102]. En effet, dans la mesure où tous les États membres de l'Union européenne sont membres du Conseil de l'Europe, elles sont amenées à interpréter les mêmes règles juridiques matérielles[103]. Il s'agit des mesures nationales prises par les États en vue de la mise en œuvre du droit de l'Union qui peuvent rentrer en contradiction avec la CEDH ou avec la CDFUE. Par ailleurs, cette dernière définit elle-même l'obligation de son interprétation conforme au regard de la Convention européenne lorsque sont en cause des droits analogues garantis en des termes semblables par les deux instruments[104]. Or, la particularité des organes internationaux de protection des droits de la personne est d'interpréter, chacun, un instrument conventionnel spécifique. Les autres instruments internationaux relèvent des autres systèmes juridiques de protection et peuvent ainsi être véritablement qualifiés d'éléments extrasystémiques dans le contexte du dialogue juridictionnel pratiqué par un organe donné.

2. Le particularisme affirmé des organes de protection du système interaméricain

23. Avant même la juridictionnalisation du système interaméricain de protection des droits de la personne, l'approche globale a été privilégiée dès le départ avec la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de 1948[105] qui revêt aujourd'hui une valeur coutumière[106]. Les apports de cette Déclaration sont la compréhension des droits de l'homme

[102] CHAMPEIL-DESPLATS, V., « L'influence réciproque de la convention européenne des droits de l'Homme et de l'ordre juridique de l'Union européenne », in BENLOLO-CARABOT, M., CANDAS, U., CUJO, E., *Union européenne et droit international. Mélanges en l'honneur de Patrick Dailler*, Paris, Pedone, 2014, p. 747 ; JACQUÉ, J.-P., Union européenne et Conseil de l'Europe- A propos des droits de l'homme », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 2, 2013, pp. 195-200; GREWE, C., « La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 505-517.

[103] V. par ex. LICHERE, F., POTVIN-SOLIS, L., RAYNOUARD, A. (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 238 p. ; *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98, CEDH 2005-VI: affaire dans laquelle la Cour s'estime compétente pour apprécier le contrôle de la conformité d'un acte national pris en application d'un règlement communautaire au regard de la Convention européenne des droits de l'homme tout en posant la présomption de protection équivalente des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne ; v. égal. *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, CEDH 2011; CJUE, Ass. Plén., avis 2/13, 18 décembre 2014 : l'avis négatif 2/13 de la CJUE, quant à l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, soulève des interrogations quant à l'institution d'un contrôle extérieur des décisions de la Cour, cette dernière estimant que son indépendance est nécessaire en vue de préserver la spécificité de l'ordre juridique communautaire

[104] V. art. 52, § 3 de la CDFUE. V. égal. art. 53.

[105] Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, adoptée à la neuvième Conférence International Américaine dans le cadre de l'OÉA, à Bogota, en Colombie, 1948 (ci-après, Déclaration américaine). La même année fut adoptée la Charte interaméricaine des garanties sociales.

[106] Cour IADH, avis consultatif, *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, 14 juillet 1989, série A, n°10.

en tant que droits inhérents à la personne humaine ; leur conception intégrale englobant tous les droits, qu'ils soient civils, politiques, économiques, sociaux et culturels. Elle établit également la base normative de protection vis-à-vis des États non parties à la Convention américaine ainsi que la corrélation entre les droits et les devoirs[107]. Ainsi, le système interaméricain se caractérise par sa dualité. En ce qui concerne les États membres de l'OÉA mais qui n'ont pas ratifié la Convention américaine, la Commission interaméricaine des droits de l'homme peut être saisie de pétitions sur le fondement de la Déclaration américaine, rendant ses rapports sur ce fondement textuel. Dans le cadre de ce système déclaratoire, la Commission est à la fois un organe principal et exclusif de la Déclaration et l'un des organes de contrôle de la Convention[108]. Dans le cadre du système conventionnel, pour les États membres de l'OÉA et Parties à la Convention en cas de violation alléguée d'un des droits affirmés, la Commission peut éventuellement être saisie. Si la juridiction de la Cour a été reconnue comme obligatoire conformément à l'article 62, la pétition peut être suivie d'une phase contentieuse et judiciaire[109]. Le système interaméricain apparaît comme un système de protection à géométrie variable, à la recherche constante de généralisation sur le continent américain[110] en raison de nombreux États absents en tant que Parties à la Convention[111]. Néanmoins, le système s'est construit en référence au système universel[112]. En effet, selon les travaux préparatoires de la Convention américaine adoptée en 1969, eu égard à l'adoption des Pactes de 1966, fut prise la décision d'instituer un texte régional en vue de tenir compte des spécificités du contexte américain : la Convention apparaissant ainsi comme le relais régional des textes universels, Déclaration universelle des droits de l'homme et PIDCP, démontrant des liens étroits entre les deux ensembles de protection[113]. L'article 62-3 de la Convention

[107] CANÇADO TRINDADE, A. A., Le système interaméricain de protection des droits de l'homme : état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXIème siècle, in *Annuaire français de droit international*, vol. 46, 2000, pp. 549-550.
[108] TIGROUDJA, H., « Le forum shopping dans le cadre du système interaméricain de protection des droits de l'homme », in FLAUSS, J.-F., TOUZÉ, S. (dir.), *Contentieux international des droits de l'homme et choix du forum : les instances internationales de contrôle face au forum shopping*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 73 et p. 77.
[109] Ibid., pp. 78-80.
[110] BURGORGUE-LARSEN, L., Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, in *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones y Internacionales de Vitoria Gasteiz (2008)*, Bilbao, Universidad del Pais Vasco, 2009, p. 151.
[111] L'OEA compte 35 États membres parmi lesquels dix n'ont pas ratifié la Convention américaine : Antigua et Barbuda, Argentine, Bahamas, Belize, Canada, Cuba, États-Unis d'Amérique, Guyana, Saint Kitts et Nevis, Sainte Lucie, Saint Vincent et les Grenadines.
[112] V. par ex. le Préambule de la Convention américaine : « Réitérant que, aux termes de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, l'idéal de l'homme libre, à l'abri de la peur et de la misère, ne peut se réaliser que grâce à la création de conditions qui permettent à chaque personne de jouir de ses droits économiques, sociaux et culturels aussi bien que de ses droits civils et politiques; […] ».
[113] TIGROUDJA, H., « Le forum shopping dans le cadre du système interaméricain de protection des droits de l'homme », préc., pp. 71-91.

interaméricaine[114] définit la Cour IADH comme une juridiction régionale dont la compétence a trait principalement au respect de son traité fondateur, en faisant d'elle une instance chargée de faire respecter un droit spécial dans un cadre régional. Néanmoins, dans l'exercice de ses fonctions, elle ne se limite pas à son rôle d'organe spécialisé appartenant à une organisation régionale[115]. À travers l'interprétation objective de la Convention américaine, l'idée même de spécialité du droit interaméricain est remise en cause en l'ancrant en « *contexte international juridique extrêmement ouvert* »[116] lui permettant d'aboutir aux interprétations évolutives. Très tôt, dans l'exercice de sa compétence consultative, la Cour IADH affirme que la Convention n'est qu'un élément d'un ensemble plus vaste existant au plan universel sur le fondement de la Charte des Nations Unies. Elle souligne qu'il est nécessaire de rejeter une conception régionaliste des droits de la personne puisque la Convention ne fait que reprendre et intégrer les principes de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du PIDCP[117]. Ainsi, dans les arrêts contentieux de la Cour, le recours aux sources externes telles que les traités et jurisprudences universels et régionaux dans l'exercice du pouvoir d'interprétation est fréquent, bien que l'usage en apparaisse plus irrégulier par rapport aux avis consultatifs[118].

3. Une complémentarité souhaitée entre la Commission et la Cour dans le cadre du système africain

24. La Charte africaine, adoptée en 1981, est entrée en vigueur le 21 octobre 1986 avec une mise en application effective avec la création de la Commission africaine en 1987. Dès le départ, la Charte s'est positionnée comme une « traduction concrète de la dialectique entre universalité et spécificité culturelle »[119] suscitant ainsi tant des réactions positives que négatives à l'égard de l'émergence d'une approche spécifiquement africaine des droits de l'homme. En effet, le texte pose la spécificité inhérente aux droits applicables sur le continent africain, tandis que le Préambule de la Charte africaine affirme son attachement à la Charte

[114] L'équivalent pour la Cour EDH est l'article 19 de la Convention européenne.
[115] FRUMER, P., Entre tradition et créativité juridiques : la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, in *Revue belge de droit international*, 1995/2, pp. 514-539.
[116] TIGROUDJA, H., L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : en marge d'arrêts et d'avis consultatifs récents, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, n°49, p. 71.
[117] Cour IADH, avis consultatif, 24 septembre 1982, « Other treaties » subject to the advisory jurisdiction of the Court (Article 64 of the American Convention on Human Rights), série A, n° 1, §§ 40-41.
[118] HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H., *La Convention américaine des droits de l'homme et la protection universelle des droits de l'homme : une filiation retrouvée*, in *L'Observateur des Nations Unies*, 2008-2, vol. 25, pp. 1-28, spéc. p. 17 : pour caractériser le dialogue, les auteurs parlent de la technique du « référencement croisé ».
[119] OLINGA, A. D., Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples aux systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'Homme, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 62/2005, p. 499.

des Nations Unies et à la Déclaration universelle des droits de l'homme en voulant favoriser la coopération internationale en tenant dûment compte de celles-ci. Si la Commission elle-même se réfère au caractère spécifique de la réalité africaine[120], eu égard à la lenteur de démarrage du système des années 1980 aux années 2000, cette idéologie de la spécificité semble avoir engagé la Charte sur la voie de l'ineffectivité. Cette dernière se distingue des autres instruments internationaux de protection des droits de la personne puisqu'elle proclame des droits et des devoirs tant sur le plan individuel que collectif[121].

25. Dès l'origine, la Commission est l'organe principal de contrôle de la Charte investie d'une double mission, la promotion et la protection des droits de l'homme, respectivement en vertu de l'article 45, 1) et 45, 2). Néanmoins, le statut de la Commission est tout à fait particulier dans le domaine des droits de la personne, puisqu'il s'agit d'un « organe de nature administrative de type spécialisé »[122], hiérarchiquement subordonnée et financièrement dépendante à la Conférence des chefs d'État et de gouvernement en ce qui concerne ses moyens matériels, ce qui explique son autonomie relative et ses compétences réduites[123]. Par ailleurs, l'absence de la Cour dans la Charte de 1981 tient au contexte africain qui tend à l'idéalisation des valeurs de la négociation et de la diplomatie avec la volonté de trouver la solution ou la sanction d'une violation avec un règlement amiable des différends sans avoir recours à la voie contentieuse, les États africains étant particulièrement attachés à leur souveraineté et très réticents au règlement judiciaire des différends[124]. Cette tendance s'illustre avec l'article 55 et la procédure de communications individuelles qui se déroule entre la Commission et la Conférence des chefs d'État[125], le système étant ainsi souvent perçu comme non judiciaire et dépourvu de mécanisme juridique obligatoire[126]. En effet, l'article 55 de la Charte habilite la Commission à recevoir des plaintes individuelles, mais aussitôt, les

[120] CommADHP, 27 octobre 2001, *Social and economic rights action, Centre for economic and social rights c. Nigeria*, 155/96, § 48 : tout en rappelant le contexte spécifique du continent africain, la Commission souligne le caractère global des obligations à la charge des États en citant l'article 2 al. 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

[121] DELAS, O., NTAGANDA, E., La création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : mécanisme efficace de protection des droits de l'homme ? », in *Revue québécoise de droit international* vol. 12.2, 1999, pp. 99-124.

[122] Ibid., p. 103.

[123] Ibid.

[124] KOWOUVIH, S., La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : une rectification institutionnelle du concept de « spécificité africaine » en matière de droits de l'homme, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 59/2004, pp. 757-790.

[125] OUGERGOUZ, F., *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité,* Paris, PUF, 1993, p. 387.

[126] TIGROUDJA, H., *The African System of Protection of Human Rights: A Laboratory for Universal Human Rights? Analysis of the External References in the Case-Law of the African Commission on Human and Peoples' Rights* (July 1, 2011), p. 1. [consulté en ligne le 23 mai 2017] : https://ssrn.com/abstract=1968128 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1968128.

articles 58 et 59 limitent la portée des communications individuelles en raison de la part prépondérante de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement qui confère une grande liberté aux États quant à la mise en œuvre des communications[127]. Si les articles 34 et 44 respectivement de la Convention européenne et de la Convention américaine instituent un véritable droit de recours individuel avec une objectivisation du contentieux, l'article 55 de la Charte africaine confère simplement le droit d'informer la Commission d'une violation alléguée d'un des droits affirmés[128].

26. Le Protocole de Ouagadougou dit Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a été adopté par la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Organisation de l'Unité Africaine[129] le 10 juin 1998 et est entré en vigueur le 25 janvier 2004[130]. En vertu du préambule du Protocole et de son article 2, la Cour africaine est instituée pour compléter et renforcer la Commission, et non comme un organe chargé d'assurer une fonction de protection des droits de l'homme au sein du système africain. Elle apparaît ainsi comme un « complément partiel de la Commission »[131], d'autant plus que sa compétence juridictionnelle est subordonnée à l'acceptation préalable des États à la Convention en vertu de l'article 34, 6) du Protocole[132]. Néanmoins, l'article 3 est ambitieux et ne la limite pas dans ses attributions puisqu'il dispose que la Cour peut être saisie d'affaires et différends relatifs à l'interprétation et à l'application de la Charte ainsi que de tout autre instrument pertinent et relatif aux droits de l'homme[133]. En vertu de l'article 5 § 3 du Protocole ont qualité pour saisir la Cour, la Commission, l'État partie ayant saisi la Commission ou celui contre lequel une plainte a été déposée, l'État partie dont le ressortissant a été victime d'une violation des droits de l'homme

[127] Il existe également un mécanisme de pétitions interétatiques codifié à l'article 49 de la Charte.

[128] MATRINGE, J., *Tradition et modernité dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Étude du contenu normatif de la Charte et son apport à la théorie du droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 137 p.

[129] Devenue depuis l'Union africaine.

[130] À ce jour, vingt-neuf États ont ratifié le Protocole : l'Algérie, le Burkina Faso, le Burundi, la Côte d'Ivoire, les Comores, le Congo, le Gabon, la Gambie, Ghana, le Kenya, la Libye, le Lesotho, le Mali, le Malawi, le Mozambique, la Mauritanie, Maurice, le Nigéria, le Niger, le Rwanda, la République arabe sahraouie démocratique, l'Afrique du Sud, le Sénégal, la Tanzanie, le Togo, la Tunisie, l'Ouganda et la République du Cameroun. Voir sur le site internet de la Cour africaine : http://fr.african-court.org/index.php/12-homepage1/1-welcome-to-the-african-court .

[131] KOWOUVIH, S., La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : une rectification institutionnelle du concept de « spécificité africaine » en matière de droits de l'homme, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 59/2004, p. 767. Par ailleurs, le Protocole en lui-même exige une harmonisation des règlements intérieurs de la Commission et de la Cour afin de réaliser la complémentarité.

[132] Seulement six États ont fait une déclaration en ce sens : le Burkina Faso, le Ghana, le Malawi, le Mali, le Rwanda, la Côte d'Ivoire et la Tanzanie.

[133] ATANGANA AMOUGOU, J.-L., Avancées et limites au système africain de protection des droits de l'homme : la naissance de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, in Revue *Droits fondamentaux*, n°3, janvier-décembre 2003, pp. 175-178.

ainsi que les organisations inter-gouvernementales africaines. Parallèlement à sa compétence contentieuse, la Cour dispose d'une compétence consultative selon l'article 4 du Protocole. A la demande d'un État membre de l'Union africaine, de toute organe de l'Union africaine ou d'une organisation africaine reconnue par l'Union africaine, elle peut donner un avis sur toute question juridique à l'égard de la Charte ou tout instrument pertinent relatif aux droits de l'homme, à condition que l'objet de la demande en avis consultatif ne se rapporte pas à une requête pendante devant la Commission. Ainsi, si le mode de saisine de la Cour ainsi que ses compétences apparaissent très larges par rapport aux autres organes de protection[134], cette dernière n'est devenue opérationnelle qu'en 2006, avec une première affaire jugée en 2008 et un premier arrêt sur la recevabilité en 2009, mais le 1er arrêt sur le fond étant intervenu seulement le 14 juin 2013[135]. En dépit de ces difficultés de démarrage[136], son autorité naissante semble déjà remise en cause. En juin 2014, a été adopté le Protocole de Malabo portant amendements au Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme dans le cadre de l'UA[137]. Ce protocole prévoit d'intégrer dans le mandat de la future Cour africaine de justice et des droits de l'homme une compétence en matière pénale. Néanmoins, en avril 2019, seulement 11 États avaient signé le Protocole, aucun ne l'ayant ratifié cependant alors que 15 ratifications sont nécessaires pour que le Protocole entre en vigueur. Par ailleurs, il est important de souligner que le Protocole contient un très contesté article 46, a) bis en vertu duquel « aucune procédure pénale n'est engagée ni poursuivie contre un chef d'État ou de gouvernement de l'UA en fonction, ou toute personne agissant ou habilitée à agir en cette qualité ou tout autre haut Responsable public en raison de ses fonctions ». Or, il est communément admis que si les chefs d'État et de gouvernement ont une immunité pénale devant la juridiction d'un État tiers en vertu du droit international coutumier, cette immunité ne peut jouer en aucun cas devant les tribunaux pénaux internationaux[138]. Si l'effectivité de la Cour est très largement contestée depuis ses débuts, la Commission a parfait les méthodes d'interprétation de la Charte africaine. Sa pratique est la plus aboutie et les techniques interprétatives utilisées témoignent de l'ouverture aux emprunts normatifs.

[134] MUBIALA, M., Vers la création d'une Cour mondiale des droits de l'homme?, in *Revue Trimestrielle Des Droits De L'homme*, 96/2013, pp. 795-810, spéc. p. 800.
[135] Cour ADHP, 14 juin 2013, *Affaire Tanganyika Law Society and The Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher Mtikila v. The United Republic of Tanzania*, 009/2011 - 011/2011.
[136] En mars 2019, la Cour avait reçu un total de 202 requêtes, rendu 52 décisions et a 146 affaires pendantes.
[137] Cette Cour n'a pas encore vu le jour, mais le Protocole prévoit la fusion de l'actuelle Cour africaine des droits de l'homme et des peuples avec cette nouvelle institution.
[138] Cet article semble faire écho aux récentes contestations de la Cour pénale internationale par les États africains avec, par exemple, la dénonciation du Traité de Rome par le Burundi ainsi que par l'Afrique du Sud. Néanmoins, en ce qui concerne cette dernière, la décision de retrait a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour suprême sud-africaine.

4. Les organes de protection à vocation universelle institués dans le cadre des Nations Unies

27. Dans le cadre universel, il est important de prendre en compte la Cour internationale de justice, en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies. Il s'agit de la seule juridiction internationale à compétence générale, à vocation universelle et qui bénéficie d'une certaine prééminence en raison de ce statut[139]. Si la jurisprudence de la Cour est marquée par le formalisme et le positivisme juridiques, sa pratique n'est pas étrangère à une ouverture croissante aux positions jurisprudentielles des autres organes internationaux, juridictionnels ou quasi-juridictionnels. En effet, bien qu'elle traite des différends interétatiques, elle peut être amenée à statuer sur les droits de l'homme de manière incidente, à travers notamment le mécanisme de la protection diplomatique, sa compétence consultative ou l'application et l'interprétation de Conventions spéciales[140].

28. La catégorie des quasi-juridictions renvoie aux organes des traités des Nations Unies qui veillent au respect des obligations des États parties à un instrument conventionnel relevant de la compétence dudit organe. Il s'agit donc d'organes en charge de la protection des droits de la personne dans le cadre universel à travers la technique des rapports périodiques et celle des communications individuelles. Le Comité des droits de l'homme, organe institué par l'article 28 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a une mission d'évaluation des rapports soumis par les États à intervalles réguliers, sur la base desquels il rend ses recommandations sous la forme d'observations finales. Il est également compétent, à l'égard des États qui ont ratifié le premier Protocole facultatif, pour rendre des communications sur des plaintes individuelles. Ces décisions n'ont pas de valeur juridiquement contraignante, mais la Cour européenne évoque elle-même « la jurisprudence

---

[139] SALMON, J., « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye », in VASSART, P. (dir), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 21 et suiv.
V. l'article 94, § 1 de la Charte des Nations Unies, adoptée le 26 juin 1945, à San Francisco, qui affirme que: « Chaque Membre des Nations Unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice dans tout litige auquel il est partie »; PILLEPICH, A., « Article 94 », in COT, J.-P., PELLET, A., FORTEAU, M. (éds.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article, vol. II*, Paris, Economica, 2005, 3ème ed., pp. 1987 et suiv.; v. égal. l'article 94 § 2 du Règlement de la CIJ et l'article 59 de son Statut relatif à l'autorité de chose jugée qui dispose que : « La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ». V. égal. art. 103 de la Charte des Nations Unies : « En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ».

[140] V. par. ex. *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, arrêt, 26 février 2007, Rec. 2007 ; EL BOUDOUHI, S., L'arrêt Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo). La CIJ est-elle devenue une juridiction de protection des droits de l'homme?, in *Annuaire français de droit international*, vol. 56, 2010. pp. 277-299. V. égal. GOY, R., *La Cour internationale de justice et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 222 p.

du Comité des droits de l'homme »[141], le mode de désignation de ses membres s'apparente à celui d'une juridiction[142] et agissant dans le cadre universel, son autorité apparaît ainsi certaine. Le Comité contre la torture, surveille l'application de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, avec un mode de fonctionnement similaire par rapport au Comité des droits de l'homme. Ainsi, les organes des traités jouent un rôle central dans l'interprétation et l'application de la prohibition de la torture à l'échelle universelle. Il semble important de préciser que compte tenu de l'article 3 § 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant adoptée dans le cadre des Nations Unies (1989), qui affirme l'intérêt supérieur de l'enfant comme une « considération primordiale » et des spécificités qui lui sont associées, le Comité des droits de l'enfant et la question de la torture à l'égard des enfants ne sont pas inclus dans cette étude[143].

5. La spécificité des juridictions pénales internationales

29. L'activité des juridictions pénales internationales a également un impact sur la protection des droits de la personne en raison de leur vocation à traiter des violations graves au droit international humanitaire et aux droits de l'Homme qui peuvent être qualifiés de crimes internationaux. Les tribunaux internationaux *ad hoc* institués par le Conseil de Sécurité seront ainsi englobés dans l'étude. En effet, le Tribunal pénal international pour l'ex-

[141] *Affaire Mamatkoulov et Abdurasulovic c. Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99, § 102, 6 février 2003; HENNEBEL, L., *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 584 p. ; Haut Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies, Procédures d'examen des requêtes, Fiche d'information n°7 (Rev. 1), p. 2 : « *Chacun de ces traités* [institués dans le cadre des Nations Unies] *établit un comité quasi juridictionnel qui est chargé d'examiner les requêtes* ».

[142] Voir articles 28 et 29 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966).

[143] V. Résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 19 décembre 2011, A/RES/66/138 relative au Protocole facultatif à la Convention relatives aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications qui est entré en vigueur en avril 2014. Selon l'article 37 de cette Convention, « [l]es États parties veillent à ce que : « a) Nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de dix-huit ans; b) Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible; c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. En particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par les visites, sauf circonstances exceptionnelles; d) Les enfants privés de liberté aient le droit d'avoir rapidement accès à l'assistance juridique ou à toute autre assistance appropriée, ainsi que le droit de contester la légalité de leur privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente, indépendante et impartiale, et à ce qu'une décision rapide soit prise en la matière ». Cet article fait l'objet d'un commentaire détaillé dans le cadre d'un ouvrage, v. SCHABAS, W. A., SAX, H., *Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 37: Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and Deprivation of Liberty*, Leyde, Brill Academic Publishers, 2006, 108 p.

Yougoslavie [144] et le Tribunal pénal international pour le Rwanda [145] ont contribué substantiellement au développement du droit international pénal[146]. Ils ont significativement participé à la définition des éléments constitutifs de la prohibition de la torture et de sa qualification comme crime de guerre ou de crime contre l'humanité, tout en ayant consacré le caractère impératif de cette interdiction avant les organes internationaux de protection des droits de la personne[147]. Le Tribunal spécial pour le Sierra Leone ainsi que les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, sont des juridictions hybrides. Bien qu'institués en coopération avec l'organisation des Nations Unies, ces organes ont vocation à appliquer le droit national aux côtés du droit international, n'étant pas ainsi, *stricto sensu*, des juridictions internationales[148]. Enfin, la Cour pénale internationale, a été instituée par le Statut de Rome signé le 17 juillet 1998 et entré en vigueur le 1er juillet 2002. Il s'agit d'une institution unique et de la première juridiction pénale internationale permanente et à vocation universelle. Régie par le principe de complémentarité, elle vise à la répression des crimes internationaux les plus graves commis par les hauts responsables politiques [149]. Dans la mesure où le Statut de Rome définit la torture comme pouvant être constitutive de crime contre l'humanité ou de crime de guerre[150], la Cour entretient des liens étroits avec l'acquis jurisprudentiel des tribunaux pénaux internationaux[151]. Par ailleurs, au regard de l'article 21 du Statut, ce dernier doit être interprété de manière conforme aux droits de l'homme internationalement reconnus qui constituent une source du droit importante en matière de

[144] Conseil de sécurité des Nations Unies, 25 mai 1993, résolution 827 (1993), S/RES/827 (1993).
[145] Conseil de sécurité des Nations Unies, 8 novembre 1994, résolution n° 955 (1994), S/RES/955 (1994).
[146] SOREL, J.-M., Les tribunaux pénaux internationaux. Ombre et lumière d'une récente grande ambition, in *Revue Tiers Monde*, vol. 205, n° 1, 2011, pp. 29-46; JORDA, C., « Contrepoint : Les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, nouveaux modèles de justice pour la Cour pénale internationale », in MIGNARD, J.-P. et al. (dir.), *Justice pour tous*, Paris, Éditions La Découverte, 2001, pp. 26-33.
[147] ZAKR, N., La responsabilité du supérieur hiérarchique devant les tribunaux pénaux internationaux, in *Revue internationale de droit pénal*, vol. 73, 2002/1, pp. 59-80. TPIY, Ch. de 1ère instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T ; TPIR, Ch. d'App., 1er juin 2001, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-A ; TPIY, Ch. d'App., 8 avril 2003, *Le Procureur c. Zdravko Mucic, Hazim Delic et Esad Landžocij*, IT-96-21-Abis.
[148] DE FROUVILLE, O., « Les juridictions pénales internationales hybrides », RUIZ-FABRI, H., SOREL, J.-M., (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, Pedone, 2010, pp. 157-191.
[149] V. Le premier arrêt sur le fond rendu, CPI, Ch. de 1ère instance, 14 mars 2012, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, n° ICC-01/04-01/06. V. égal. sur les difficultés de la justice internationale en matière pénale, CONDÉ, P.-Y., Causes de la justice internationale, causes judiciaires internationales. Note de recherche sur la remise en question de la Cour internationale de justice, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2008/4 (n°174), pp. 24-33.
[150] V. les articles 7, 1, f), 8, §2, a), ii) et 8 § 2, c), i) du Statut de Rome.
[151] JONES, A., Judicial Cross-Referencing and the Identity of the International Criminal Court, in *North Carolina Journal of International Law*, vol. 43, issue 1, 2018, pp. 72-129.

définition des crimes et de garanties judiciaires, comme la reconnaissance des droits des victimes et les règles du procès équitable[152].

§ 2. Intérêt de la recherche

30. La recherche met en perspective la pratique du dialogue juridictionnel à l'égard de la prohibition de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Si l'intérêt scientifique découle d'une approche globale et transversale du sujet (A), l'intérêt social de la recherche découle des objectifs poursuivis par cette interdiction (B).

A. Intérêt scientifique

31. La recherche vise à étudier, de manière globale, le dialogue entre plusieurs juridictions et quasi-juridictions de l'ordre juridique international. L'originalité de la recherche réside dans le fait que l'étude est transversale, opérée du point de vue des interprètes habilités des droits de la personne qui, spontanément, vont intégrer dans l'exercice de leur pouvoir d'interprétation, des décisions ou instruments de protection qui ne relèvent pas de leur système. Cette étude globale s'attache ainsi à étudier les principaux systèmes juridiques internationaux de protection des droits de la personne. Le sujet s'inscrit dans la thématique des rapports entre systèmes, entre aspirations universalistes et obstacles structurels et récurrents de mise en œuvre des droits de l'homme affirmés par les instruments internationaux de protection qui devraient être effectivement garantis. Le choix d'une interdiction absolue telle que la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, qui fait l'objet de vives controverses, régulièrement transgressée et qui ne reflète pas nécessairement un consensus, soulève des interrogations quant à la capacité des organes de protection d'aboutir à des interprétations communes à travers l'utilisation des éléments extra-systémiques. Il apparaît intéressant de déterminer les rapports entre le pouvoir juridictionnel et l'exercice du pouvoir d'interprétation par la référence aux éléments extra-systémiques, dans un contexte mondialisé, caractérisé par des normes de protection similaires et des problématiques juridiques communes. Il semble également pertinent d'apporter un éclaircissement de cette pratique du dialogue juridictionnel, spontanée et aléatoire, mais qui

[152] CURRAT, P., L'interprétation du Statut de Rome, in *Revue québécoise de droit international*, vol. 20-1, 2007, pp. 137-163. V. égal. PELLET, A. « Nouveau regard sur les sources du droit applicable par la Cour pénale internationale », *in* ACCONCI, P. et al. (dir.), *International Law and the Protection of Humanity – Essays in Honor of Flavia Lattanzi*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoof, 2017, pp. 453-487.

touche de nombreux organes de protection, à un degré différent, selon leur niveau d'ouverture.

32. Il faudra donc interpréter et rationaliser, de manière transversale, les méthodes et l'ampleur du dialogue juridictionnel entre les organes de protection des droits de la personne, limitativement définis, pour pouvoir identifier les points communs notables et les différences persistantes de cette pratique. Il apparaît nécessaire de poser un regard critique sur le dialogue envisagé dans un champ matériel large et global, en vue d'évaluer ses apports et ses insuffisances au droit international des droits de la personne à travers le prisme de la torture et des traitements inhumains et dégradants. L'originalité de la recherche découle également de l'aspiration à proposer une grille de lecture du dialogue globalisé, visant un droit absolu et indérogeable tel que la prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants, dans un effort de systématisation et de la clarification de cette pratique spontanée.

B. Intérêt social

33. La prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, a une portée absolue et relève du droit international coutumier. Pourtant, cette interdiction fait encore l'objet de violations récurrentes et persistantes. Il semblerait que les événements du 11 septembre 2001 aient marqué un point de rupture, un changement de paradigme dans l'ordre juridique international avec un déclin de la place accordée au respect des droits de l'Homme[153]. À travers des justifications relatives à la « guerre contre le terrorisme », la torture a été pratiquée à une large échelle pour des motifs de sécurité nationale et de sauvegarde de l'ordre public, marquant ainsi son renouveau, voire sa banalisation dans ce cadre précis[154]. La pratique des restitutions extraordinaires[155] et les conditions de détention à la prison de Guantanamo en dehors de tout cadre judiciaire pour les « combattants illégaux »

[153] KLEIN, P., Le droit international à l'épreuve du terrorisme, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 321, 2006, pp. 203-484.
[154] LEUPRECHT, P., « Résurgence de la bête immonde – retour et banalisation de la torture », préc., pp. 349-362. V. égal. COMBAZ, É., Sanctions politiques internationales et crimes de torture : entre (il)légitimités et (dé)politisation, effets et paradoxes, in *Revue Raisons politiques*, 2005/1, n° 17, pp. 65-79.
[155] Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, 7 juin 2006, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Allégations de détentions secrètes et de transferts illégaux de détenus concernant des États membres du Conseil de l'Europe*, Rapporteur : M. Dick Marty, AS/JUR(2006) 16 Partie II, 67 p., disponible en ligne (consulté le 15 avril 2019) : http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2006/20060606_Fjdoc162006PartII-FINAL.pdf ; V. égal. Amnesty International, mars 2006, *Au-delà d'Abou Ghraïb : la détention et la torture en Irak*, MDE 14/001/2006 – ÉFAI, 43 p. ; disponible en ligne (consulté le 15 avril 2019) : https://www.amnesty.org/download/Documents/76000/mde140012006fr.pdf

capturés en Afghanistan et Irak, situation qui a été qualifiée de « zone de 'non-droit' »[156], ont remis en cause la prééminence même du droit et le respect des droits fondamentaux les plus basiques[157]. Entre les années 2009 et 2013, Amnesty International soulignait que la pratique d'actes de torture et autres formes de mauvais traitements par des agents de l'État avait été constatés dans 141 États dans le monde. Les statistiques du rapport annuel de 2015 mettaient en lumière une légère amélioration avec le constat de tels actes dans au moins 122 États. Toutefois, il est difficile d'évaluer l'ampleur de la pratique de la torture de façon certaine puisque ces rapports ne sont fondés que sur des faits portés à la connaissance de l'organisation non gouvernementale[158]. L'usage systématique du viol comme arme de guerre[159], le traitement des migrants dans le cadre des conflits armés[160] ou dans les centres de détention en zones de transit[161], sont des exemples qui soulignent la nécessité d'un engagement constant des autorités publiques et des institutions politiques en vue de la prévention et de la répression de tels actes. Dès lors que les actes de torture et les autres formes de mauvais traitements sont plus susceptibles de survenir dans les lieux de privation

[156] MASTOR, W., La prison de Guantanamo : réflexions juridiques sur une zone de « non-droit », in *Annuaire français de droit international*, vol. 54, 2008. pp. 23-44. V. égal. DECAUX, E., Conclusions générales de la journée d'étude « En finir avec la torture », in *Revue Droits fondamentaux*, vol. n° 6, janvier-décembre 2006, 10 p.

[157] Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, 7 juin 2006, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Allégations de détentions secrètes et de transferts illégaux de détenus concernant des États membres du Conseil de l'Europe*, préc., §§ 4-6 : « À Guantanamo Bay, sur l'île de Cuba, quelques centaines de personnes sont détenues sans bénéficier d'aucune des garanties prévues par la procédure pénale d'un État fondé sur le principe de la primauté du droit ou par les Conventions de Genève en matière de droit de la guerre. Ces personnes ont été arrêtées en des circonstances inconnues, remises par des autorités étrangères en dehors de toute procédure d'extradition ou enlevées illégalement par des services spéciaux dans différents pays. Elles sont considérées comme des ennemis combattants, selon une nouvelle définition introduite par l'Administration américaine. […] L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) a vivement condamné cet état des choses : sans voix contraires et avec seulement cinq abstentions, le 26 avril 2005 elle a adopté une résolution (1433/2005) ainsi qu'une recommandation (1699/2005), dans lesquelles elle demande instamment au gouvernement des États-Unis de mettre fin à cette situation et de veiller aux principes de l'état de droit et des droits de l'homme. Elle constate, par ailleurs, que les États-Unis ont fait usage de la pratique illégale de la détention secrète. […] Le Comité contre la Torture de l'ONU s'est également prononcé encore tout récemment pour la fermeture du centre de détention de Guantanamo, déplorant son caractère secret ainsi que le fait qu'il ne soit pas accessible au CICR ».

[158] Amnesty International, Rapport 2015/16, *La situation des droits humains dans le monde*, 483 p., disponible en ligne (consulté le 15 avril 2019) : https://www.amnesty.org/download/Documents/POL1025522016FRENCH.PDF

[159] V. par ex., UN, *Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syria Arab Republic*, A/HRC/39/65, 12 September 2018; UNHCR, october 2017, *Sexual Violence Against Men and Boys in the Syria Crisis*, Researcher and author: CHYNOWETH, S., 82 p.; disponible en ligne (consulté le 15 avril 2019) : https://data2.unhcr.org/es/documents/download/60864

[160] V. par ex. Human Rights Watch, April 17, 2018, *Yemen: Detained African Migrants Tortured, Raped. Grant Access to Asylum Procedures; Hold Abusers Accountable*; disponible en ligne (consulté le 15 avril 2019) : https://www.hrw.org/news/2018/04/17/yemen-detained-african-migrants-tortured-raped

[161] Médecins Sans Frontières, 1er septembre 2017, À l'intérieur des centres de détention de migrants en Libye, disponible en ligne (consulté le 15 avril 2019) : https://www.msf.fr/actualites/a-l-interieur-des-centres-de-detention-de-migrants-en-libye ; V. égal. Amnesty Interntational, Rapport 2016/17, La situation des droits humains dans le monde, 489 p., disponible en ligne (consulté le 15 avril 2019) : https://www.amnesty.org/download/Documents/POL1048002017FRENCH.PDF

de liberté, il semble primordial d'accentuer la prévention en la matière. La ratification du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture adoptée dans le cadre des Nations Unies (1984) doit être encouragée et accélérée. Cet instrument « a pour objectif l'établissement d'un système de visites régulières, effectuées par des organismes internationaux et nationaux indépendants sur les lieux où se trouvent des personnes privées de liberté, afin de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants »[162]. Il met également à la charge des États parties l'obligation d'autoriser de telles visites « dans tout lieu placé sous sa juridiction ou sous son contrôle »[163] ainsi que l'obligation de mettre en place des mécanismes nationaux de prévention[164]. La prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants renvoie à la nécessité de garantir la dignité et l'intégrité de la personne humaine. En effet, « [l]es techniques de tortures sont délibérément pensées, réfléchies et élaborées avec le plus grand soin ; elles ne sont en rien le produit de l'imagination malade de tortionnaires sadiques [car] [l]es points sensibles sont connus et répertoriés, pour déceler la vulnérabilité de chacun [et pour causer des douleurs et souffrances, physiques ou psychologiques] »[165]. Si la pratique de la torture a parfois pour objectif d'obtenir des aveux ou des informations, avec parfois une volonté d'intimidation ou de punition, elle sert également « un but de déculturation, d'isolation de la personne ou de son entourage [en la rendant particulièrement vulnérable et soumise à la volonté de son tortionnaire »[166]. Ainsi, la perpétration et la récurrence des violations de la prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants traduisent une culture de l'impunité pour les violations massives, systématiques et flagrantes des droits de la personne. Les organes internationaux de protection des droits de la personne ont vocation à intervenir en complément des juridictions nationales afin de permettre le redressement effectif de telles violations graves des droits de la personne. Face à ces problèmes juridiques transnationaux, la pratique d'un dialogue multidimensionnel à l'égard de l'interdiction de la torture se justifie en raison de la symétrie existante entre les nombreux instruments qui prohibent cette pratique, en des termes semblables, sinon identiques. L'intérêt social du sujet de recherche apparaît ainsi manifeste au regard de l'actualité et des exigences de respect de l'État de droit en vue de garantir le noyau dur des droits fondamentaux de la personne humaine.

[162] V. article 1er du Protocole facultatif.
[163] Ibid., article 4 § 1.
[164] Ibid., article 3.
[165] CURRAT, P., *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale*, Genève, Schulthess, 2006, p. 326.
[166] Ibid., p. 327.

§ 3. Construction de la recherche

34. Le champ matériel de la recherche préalablement défini ainsi que son intérêt, commandent une approche méthodologique qui fait très largement usage de la méthode comparative (A). De cette dernière, découle la problématique de l'étude (B).

A. Approche méthodologique de l'objet de recherche

35. La recherche vise à mettre en perspective les systèmes juridiques et les instruments de protection qui leur sont associés à travers l'exercice du pouvoir d'interprétation dont sont investies les juridictions et les quasi-juridictions dans l'ordre juridique international. L'objet de la recherche est la pratique du dialogue judiciaire de manière transversale, à l'échelle globale et entre plusieurs organes de protection des droits de la personne, à travers l'étude de leur jurisprudence, à l'égard des aspects procéduraux ou substantiels de la prohibition de la torture, qui intègre des éléments extrasystémiques. Ainsi, l'approche comparative domine tous les aspects du sujet sans toutefois prétendre à l'exhaustivité, ni à l'égard du dialogue ni à l'égard de la jurisprudence en matière de torture, en raison des choix nécessaires de recherche[167].

36. La recherche intègre des aspects *de lege lata*, c'est-à-dire le discours descriptif relatif au droit positif par l'étude des décisions juridictionnelles et des instruments de protection. Ces aspects seront mis en perspective avec une approche *de lege feranda*, c'est-à-dire le discours relatif au droit souhaitable ou tel qu'il pourrait être perfectionné en s'attachant à identifier les enjeux théoriques et philosophiques[168]. *De lege lata*, le point de départ est l'analyse exégétique textuelle et traditionnelle qui consiste à étudier les contributions doctrinales relatives au sujet de recherche, à interpréter le droit positif et à faire l'analyse des sources juridiques fiables[169]. Ces sources sont tout d'abord les instruments conventionnels qui

---

[167] GINGRAS, F.-P., CÔTÉ, C., « La sociologie de la connaissance », in GAUTHIER, B. (éd.), *Recherche sociale: de la problématique à la collecte des données*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, 5e éd., p. 19-50.

[168] CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, p. 28, p 272 et p. 279 : Catégoriser les discours juridiques permet « d'un côté, de ne pas confondre *a priori* les types de méthodes et de méthodologies à l'œuvre à chacun de ces niveaux, tout en intégrant, d'un autre côté, la diversité des conceptions possibles de leurs relations […] [L]es énoncés descriptifs sont relatifs à des faits […]. Ils peuvent être qualifiés d'empiriques dans la mesure où ils cherchent à décrire (et portent sur) des choses, des faits, des phénomènes ou encore des comportements observables dans la réalité. […] [l]es énoncés prescriptifs (dits aussi normatifs) expriment un devoir être [et ont] souvent pour préalable des énoncés évaluatifs, c'est-à-dire émettant un jugement sur une norme ou un ensemble de normes juridiques ».

[169] V. par ex. Rapport au conseil de recherches en sciences humaines du Canada par le Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit (Rapport Arthurs), in *Le droit et le savoir*, Ottawa, Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, 1983, Chapitre 5. Ce rapport a répertorié quatre types de recherche au Canada:

prohibent la pratique de la torture et autres formes de mauvais traitements. Viennent ensuite les décisions des organes de protection des droits de la personne relatives à la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants qui intègrent des éléments extrasystémiques, c'est-à-dire se référant à des instruments de protection ou des décisions de justice qui ne relèvent pas du système juridique d'origine de l'interprète. D'autres instruments jugés pertinents seront analysés comme les opinions individuelles dissidentes des juges parties aux affaires contentieuses, les avis consultatifs des juridictions, les rapports et autres documents pertinents émanant des Nations Unies ou de ses organes, d'autres organisations internationales ainsi que des organisations non gouvernementales. Les rapports de ces dernières peuvent être utiles dans un cas d'espèce en vue d'établir les faits, d'appuyer le raisonnement et l'argumentation des parties au procès ou d'apporter un éclaircissement quant aux circonstances des affaires. Toutefois, le fil conducteur de l'aspect relatif au droit positif sera la jurisprudence interprétée en matière de prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants par le recours de l'interprète considéré à des éléments extérieurs à son système.

37. Parallèlement, *de lege feranda*, la recherche implique nécessairement des aspects de théorie du droit et de recherche fondamentale. De manière générale, la recherche juridique, en ses aspects de théorie du droit, vise à présenter une théorie ou perspective unificatrice permettant de mieux comprendre le droit positif et d'évaluer et de contrôler son application dans des cas particuliers. La recherche n'ambitionne pas de proposer une théorie générale du dialogue juridictionnel dans la mesure où il s'agit d'une pratique spontanée et relativement aléatoire. Les théories de l'interprétation donnent un cadre général d'approche du sujet[170]. Ce dernier s'attache à identifier les caractéristiques de l'interprétation dans l'ordre juridique international lorsque l'interprète a recours aux éléments extérieurs à son système en vue de déterminer le sens, le contenu et la portée de la disposition en vue de son application aux faits de l'espèce dans le domaine du droit international des droits de la personne. La recherche juridique fondamentale est la recherche qui vise à assurer une connaissance plus approfondie du droit en tant que phénomène social, y compris la recherche sur les implications historiques, philosophiques, linguistiques, économiques, sociales ou politiques du droit. La recherche

---

l'analyse exégétique traditionnelle, la théorie du droit, les propositions de réforme du droit et la recherche fondamentale (p. 74); ainsi que sept méthodes de recherche parmi lesquelles la production de recherche juridique canadienne, la méthode exégétique, la méthode historique, la méthode théorique, la méthode comparative au Canada ou transnationale, la méthode empirique interdisciplinaire et la méthode interdisciplinaire non empirique (p. 84).

[170] V par. ex. CUMYN, M., SAMSON, M., La méthodologie juridique en quête d'identité, in *Revue internationale d'études juridiques*, vol. 71, 2013, 42 p.

ambitionne d'avoir une approche transversale à l'intérieur de la discipline juridique et de confronter les droits de la personne avec le droit international humanitaire et le droit international pénal, tout en identifiant les enjeux philosophiques et théoriques, inhérents au sujet relatif à une interdiction absolue qui protège la dignité et l'intégrité de la personne humaine. Cette étude aspire également à apporter un éclairage aux implications substantielles des techniques d'interprétation des droits de la personne à travers la pratique du dialogue. Elle s'attache également à comprendre comment s'exerce le pouvoir juridictionnel dans l'ordre juridique international. Par ailleurs, il s'agit de voir comment juridiquement il est possible de composer avec les différences et l'absence de consensus à l'égard de droits fondamentaux[171].

38. La prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants sera le fil conducteur de la recherche à travers l'étude des décisions de justice et des instruments internationaux de protection qui s'y rattachent. Cette approche permet de garder une certaine souplesse dans l'analyse puisque l'objet de recherche principal demeure le dialogue juridictionnel. Elle permet également la mise en lumière d'une perspective de généralisation des implications théoriques et substantielles du dialogue. Si ce dernier est illustré à travers le prisme de cette interdiction absolue qui s'attache au noyau dur des droits fondamentaux, les conclusions et réflexions qui en découlent pourraient être transposables à d'autres droits.

B. La problématique de l'étude

39. La juridictionnalisation progressive du droit international, a eu un impact considérable sur la structure de cet ordre juridique initialement interétatique. En effet, au-delà des sujets primaires que sont les États et des sujets dérivés que sont les organisations internationales, la place de l'individu n'a cessé de croître à travers le développement de la justice internationale. Celle-ci s'est considérablement accrue avec le développement du droit international des droits de la personne, offrant la possibilité d'exercer un recours individuel auprès des organes internationaux de protection. L'exercice d'un tel droit de recours devant un organe supranational va bien au-delà du mécanisme de la protection diplomatique. Dans le cadre spécifique du droit international pénal, les particuliers engagent leur responsabilité pénale individuelle du fait des crimes internationaux. Ainsi, dans le cadre de cette étude, l'individu est envisagé comme un sujet du droit international, titulaire de droits et d'obligations,

[171] Il est possible de mentionner par le droit à la vie qui se heurte à la persistance de la pratique de la peine de mort dans plusieurs États, le droit de ne pas faire l'objet de détentions arbitraires malmené par les disparitions forcées ou encore les transferts exceptionnels de détenus, en dehors de tout cadre judiciaire.

disposant d'une capacité juridique à travers l'exercice d'un recours direct devant les organes internationaux et pouvant être responsable pénalement devant les juridictions pénales internationales. Il n'existe plus seulement derrière l'écran interétatique à travers le mécanisme de la protection diplomatique bien que le consentement initial de l'État de nationalité à être lié par un instrument conventionnel soit le fondement de sa personnalité juridique internationale[172].

40. Néanmoins, le droit international des droits de la personne est symptomatique de l'inflation normative et de la prolifération juridictionnelle. Les organes institués dans ce cadre sont en charge de veiller au respect de nombreux instruments internationaux par les principaux destinataires, les États. Le dialogue des juges s'inscrit dans cette dynamique de la mondialisation qui tend à l'affaiblissement du rôle de l'État, l'effacement des frontières et des phénomènes d'interconnexions et d'interdépendances. Si la juridictionnalisation du droit international a été fragmentée, dès son origine, en une multitude de systèmes juridiques, spécialisés et indépendants les uns des autres, la multiplication des juridictions internationales est parfois perçue comme une « montée en puissance des juges »[173]. En effet, ce contexte entraîne un questionnement à l'égard d'une nécessaire coordination et cohérence entre les instruments de protection universels et régionaux qui protègent les mêmes droits, dans des contextes juridiques distincts, alors même que les violations des droits de l'homme apparaissent constantes au vu de l'activité croissante des organes de protection. Cela interroge le rôle des organes de protection dans l'ordre juridique international et l'éventuel exercice d'une fonction juridictionnelle effective face à la souveraineté et au pouvoir discrétionnaire des États. Également, émerge la question de l'existence d'éventuels principes communs qui régissent le pouvoir juridictionnel dans le cadre de l'application et de l'interprétation des normes issues du droit international des droits de la personne. En effet, le dialogue juridictionnel étant illustré avec la jurisprudence en matière de prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, il apparaît qu'il n'existe pas une définition unique de cette prohibition, son régime étant fragmenté à travers plusieurs instruments alors même que le droit de ne pas subir de tels actes est revendiqué comme étant un droit absolu, indérogeable et appartenant au noyau dur des droits fondamentaux. Par ailleurs, dans un contexte

[172] Dans le même sens, v. CASSIN, R., « L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle », in *La technique et les principes du droit public - Études en l'honneur de George Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, tome 1, pp. 67-91.

[173] DELMAS-MARTY, M., « Mondialisation et montée en puissance des juges », in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 95-114.

mondialisé, les problématiques juridiques sont semblables, les situations inédites transcendent les frontières.

41. Dès lors, les fondements du dialogue juridictionnel dans le domaine du droit international des droits de la personne résultent de ces problèmes communs, des faits similaires auxquels sont confrontés les organes de protection, de la symétrie partielle entre les droits proclamés et leur caractère universel. L'utilisation croissante des éléments extra-systémiques, aux fins d'interprétation du droit international des droits de la personne suscite des interrogations quant à ses méthodes, son ampleur et sa portée, en évaluant cette pratique à l'aune de la prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cette pratique judiciaire, à l'initiative des interprètes, s'est imposée spontanément et progressivement, en l'absence de passerelles formelles entre les différents systèmes de protection, le phénomène du « dialogue des juges » s'étant ainsi concrétisé. Cela interroge les fonctions attachées au phénomène du dialogue des juges et son aptitude à pallier l'absence d'un système juridique unique de protection et d'un droit global universel par une opérationnalisation juridictionnelle du droit international des droits de la personne. En effet, puisque les juges sont confrontés à des droits qui aspirent à l'universalité, en recherchant l'existence d'un consensus à intégrer dans leur interprétation, il s'agit de déterminer si cette recherche peut permettre de mieux préciser le sens et la portée des droits protégés et d'en améliorer la protection. Le dialogue permettrait ainsi la détermination de standards communs de protection à travers l'utilisation d'éléments extra-systémiques, reflétant une position internationale commune, en vue d'une harmonisation progressive de certains aspects fondamentaux attachés à la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants et inhérents à la dignité et à l'intégrité de la personne humaine.

42. L'exercice du pouvoir juridictionnel et la pratique du dialogue permettraient ainsi d'aboutir à une articulation entre les systèmes juridiques internationaux de protection des droits de la personne. Si le juge façonne son pouvoir d'interprétation en ayant recours aux éléments extra-systémiques, aux côtés des méthodes classiques d'interprétation, le dialogue semble s'apparenter à une méthode d'interprétation des droits de la personne, méthode souple et évolutive fondée sur l'approche comparative. Si le dialogue a des conséquences sur la technique juridique, il devrait heurter également la teneur substantielle du droit international des droits de la personne. En effet, bien que les systèmes de protection aient été conçus formellement indépendants, régis par la coexistence dans un ordre dénué de hiérarchie, ils sont soumis nécessairement aux principes généraux qui régissent le droit international. Même si le dialogue ne peut pas être systématisé et n'obéit à aucun principe strict, par la mise en

interaction des normes de protection d'un droit absolu de la personne humaine, tel que la protection de la dignité et de l'intégrité à travers la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, recevant la même interprétation par les organes de protection, l'interdépendance matérielle entre ces systèmes juridiques serait manifeste.

43. Si le dialogue juridictionnel contribue au renforcement du raisonnement et du contrôle mis en œuvre par les organes internationaux de protection, il sera pertinent d'appréhender le dialogue en tant que technique juridique interprétative. En effet, cette pratique spontanée, laissée à l'initiative du juge, s'apparente tant à une méthode d'interprétation lorsque le juge va fonder sa décision sur des éléments extérieurs à son système juridique, qu'à une source du droit matérielle dans la mesure où le juge peut puiser son inspiration dans les autres systèmes. Ainsi, il s'agira de montrer de quelle manière le dialogue s'intègre aux décisions juridictionnelles dans l'exercice de la marge d'appréciation des organes internationaux de protection en vue d'adopter des interprétations extensives ou des interprétations restrictives de la prohibition de la torture. Par ailleurs, la pratique du dialogue juridictionnel témoigne également de la perméabilité entre les systèmes juridiques de protection (Partie I). Parallèlement, si le dialogue juridictionnel est un outil de renforcement du pouvoir judiciaire dans l'ordre juridique international, il sera intéressant de montrer son rôle dans la systématisation du droit international des droits de la personne. Dans la mesure où ce dernier est fragmenté en une multitude de systèmes juridiques distincts, spécialisés et dès lors, indépendants, la pratique du dialogue peut être perçue comme un moyen de réalisation de la convergence qui peut être qualifiée de normative. En effet, le dialogue semble avoir un impact au-delà des seules techniques interprétatives en permettant de dégager des standards procéduraux et substantiels communs, susceptibles d'aboutir d'une part, à un renforcement du régime international de protection des droits de la personne; d'autre part, à la mise en lumière de ses limites (Partie II).

Partie I. La contribution du dialogue juridictionnel à la réalisation de la convergence normative dans le domaine de la protection du droit international des droits de la personne

44. Les systèmes juridiques spécialisés et le système international pris dans sa globalité sont dans une constante évolution dans le sens d'une garantie plus effective et plus généralisée dans le domaine des droits de la personne. En témoignent le mouvement d'internationalisation qui est en constante amplification et le fondement de l'obligation de respecter les droits de l'Homme ayant acquis un caractère de coutume générale[174] dans la jurisprudence internationale [175] . Le dialogue juridictionnel renvoie à une méthode d'interprétation souple et évolutive des droits de la personne, consolidant l'interdépendance entre les systèmes juridiques de protection à travers le raisonnement judiciaire et l'exercice du pouvoir d'interprétation. Le concept de dialogue présente un intérêt certain en raison de son caractère complexe qui renvoie à plusieurs réalités juridiques qu'on ne peut classer en des catégories distinctes, strictement définies. Le dialogue a ainsi un statut double, entre source du droit et méthode d'interprétation. En effet, les éléments extra-systémiques, décisions de justice ou instruments de protection, sont des sources du droit facultatives lorsqu'il s'agit d'interpréter des sources primaires dans le domaine du droit international des droits de la personne, à savoir traités et coutumes puisque précisément pour interpréter un article ou un aspect de la convention, un dialogue des sources du droit sera matérialisé dans la décision. Dès lors, la référence à ces éléments extra-systémiques en tant que sources du droit subsidiaires, serait justement une méthode spécifiquement adaptée au droit international des droits de la personne. Ces droits aspirent à l'universalité, *a fortiori* en ce qui concerne le noyau dur des droits fondamentaux qui protègent l'intégrité et la dignité de la personne humaine, illustré dans cette étude par la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements

45. À travers la globalisation de la technique du dialogue et de l'usage des sources externes dans le domaine de la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou

[174] Dans le même sens, voir COHEN-JONATHAN, G., « Rapport introductif général », in COHEN-JONATHAN, G., FLAUSS, J.-F., *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 12.

[175] *Activités militaires et parumilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14; le caractère coutumier du fondement de l'obligation de respecter les droits de l'Homme a été systématisée par l'Institut de droit international dans sa résolution du 13 septembre 1989 visant à assouplir le principe de non-intervention dans les affaires intérieures ainsi que celui d'une souveraineté étatique trop rigide : Institut de droit international, *La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures de l'État*, Session de Saint-Jacques de Compostelle, 13 septembre 1989.

dégradants, il semblerait que les méthodes d'interprétation de ces organes de nature différente convergent vers des points communs. Ainsi, il s'agit d'envisager le dialogue comme une méthode d'interprétation globale par contextualisation normative et systémique. Cette notion d'interprétation globale est envisagée par rapport aux méthodes classiques d'interprétation complétées par des méthodes complémentaires. Ces méthodes complémentaires sont particulièrement pertinentes dans le domaine des droits de la personne car elles visent à la mise en contexte de l'instrument spécifique à interpréter par rapport aux normes ayant des caractères similaires et par rapport aux principes généraux qui régissent les autres systèmes. La logique globale de l'interprétation est de confronter des normes à d'autres normes ainsi qu'à la logique globale du système étranger selon les principes, règles et méthodes communément admis dans celui-ci et l'objectif poursuivi, selon les critères de la nécessité et de la proportionnalité dans le cadre du pouvoir de création du droit de l'interprète ou de sa limitation dans le système juridique d'origine [176]. Pour autant, l'usage du dialogue juridictionnel peut aboutir tant à des interprétations extensives et convergentes qu'à des interprétations restrictives et divergentes (Titre I). Parallèlement, le dialogue juridictionnel, à travers la mise en interaction des systèmes juridiques de protection des droits de la personne, renforce le raisonnement judiciaire et l'argumentation des décisions de justice au regard des éléments extrasystémiques. Il contribue également à apporter une cohérence à cette pluralité d'instruments internationaux de protection à travers la coordination spontanée entre les interprètes des droits de la personne qui adoptent des méthodes communes d'interprétation. Le domaine des droits de la personne est particulièrement propice aux références croisées et aux emprunts normatifs entre systèmes conçus comme étant formellement indépendants. En effet, si ces systèmes co-existent les uns avec les autres dans l'ordre juridique international, ils sont régis tout d'abord par des principes communs issus du droit international général. Parallèlement, leur objet et leur but sont communs dans la mesure où ils garantissent des droits et libertés aux individus. Ainsi, si la pratique du dialogue judiciaire est possible, c'est en raison de similitudes entre les normes matérielles de protection des droits de la personne. Par ailleurs, si la volonté des États demeure au fondement du droit international et des systèmes juridiques de protection, les droits de la personne présentent des spécificités par rapport aux autres domaines réglementés par des règles internationales. Tout particulièrement, la jurisprudence des organes internationaux tend à élargir l'espace juridique de protection

[176] La notion d'interprétation globale par contextualisation normative et systémique constitue notre approche que nous allons préciser et détailler dans le cadre des développements ci-après, voir Partie I. Chapitre 1. Section 2. § 2.

offert aux individus en mettant en lumière une interdépendance matérielle des systèmes, a fortiori lorsqu'il est question de la confrontation du droit international des droits de l'Homme *stricto sensu*, du droit international humanitaire et du droit international pénal qui s'affirment ainsi comme étant complémentaires. Si les systèmes juridiques de protection des droits de la personne ont été conçus formellement indépendants, la circulation des décisions de justice et des instruments conventionnels permet de faire le constat d'une interdépendance consolidée à travers le raisonnement judiciaire et l'exercice du pouvoir d'interprétation dont font usage les organes de protection (Titre II).

Titre I. Les techniques juridiques du dialogue: dialectique entre méthode d'interprétation et source du droit

46. Les qualités premières et essentielles du dialogue judiciaire sont d'être un procédé multiforme, spontané et informel malgré les références explicites, mais aussi parfois imprévisible en raison des influences implicites résultant de la pratique des organes internationaux de protection. Il semble assez difficile d'envisager cette pratique tant d'un point de vue seulement positif que d'un point de vue strictement négatif. En étudiant la jurisprudence jugée pertinente dans le domaine de la prohibition de la torture en vue de mettre l'accent sur les aspects qui paraissent être les plus fondamentaux, le dialogue judiciaire par recours aux sources externes est utilisé par la quasi-totalité des organes étudiés. Néanmoins, s'il est possible d'identifier des points communs, les différences ressurgissent aussitôt. En effet, par la technique comparative, les interprètes ont pu aboutir à des interprétations extensives de cette prohibition qui se positionnent en faveur d'un élargissement de la protection de l'intégrité et de la dignité de la personne, se situant ainsi dans une logique d'expansion de la portée et de la teneur des obligations internationales à la charge des États (Chapitre 1). Toute autre approche à l'égard d'une interdiction absolue qui appartient au noyau dur des droits fondamentaux semble nuisible à son objet et son but. Pourtant, le principe de spécialité et le principe de subsidiarité qui régissent les organes de protection des droits de la personne *stricto sensu*, le caractère universel des organes des traités ou de la Cour internationale de justice ou encore la spécificité des juridictions pénales internationales conduisent à des positions divergentes (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les pratiques convergentes du dialogue et la technique comparative : des interprétations extensives ?

47. Dans l'exercice du pouvoir d'interprétation, la référence à des décisions ou instruments étrangers aura pour conséquence de moduler l'étendue de la marge d'appréciation de l'interprète. Ainsi, dans la dialectique entre autolimitation et autoélargissement, par l'identification de positions internationales communes à l'égard du contenu et du sens d'aspects particuliers de la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, le dialogue pourra jouer le rôle de catalyseur de revirements jurisprudentiels (Section 1). En effet, par la référence à d'autres systèmes juridiques de protection, l'interprète pourra ainsi adopter des interprétations évolutives, voire extensives et aller au-delà de la lettre du texte conventionnel qu'il a à protéger. Par ailleurs, au-delà des revirements jurisprudentiels, par l'adoption progressive d'interprétations communes à l'égard d'un même aspect relatif à la prohibition ou aux droits corrélatifs, qu'ils soient procéduraux ou substantiels, le dialogue pourra également être à l'origine d'harmonisations jurisprudentielles globales et transcendant le cloisonnement des systèmes, traduisant un mouvement de cosmopolitisation juridique (Section 2).

Section 1. Le dialogue comme facteur de revirement jurisprudentiel

48. Si le recours à des décisions ou instruments étrangers de protection peut être au fondement d'un revirement jurisprudentiel, il s'agit de déterminer de quelle manière. En effet, l'impartialité et l'indépendance des organes de protection constituent les conditions *sine qua none* de l'exercice de leur pouvoir d'appréciation et d'interprétation, bien que ce dernier soit institué par le consentement initial des États à l'origine de l'institution du système de protection. L'acte constitutif d'un système particulier, le texte spécial que l'organe de protection est en charge de protéger ou encore le statut ou règlement définissant l'étendue de ses compétences, précisent la manière dont s'exerce son mandat. Par conséquent, le raisonnement juridique de l'interprète sera parfois influencé par les caractères spécifiques de l'ordre juridique international et par les textes en vigueur dans son système juridique, ce dernier créant ainsi lui-même les conditions d'un raisonnement juridique évolutif. Parfois, l'usage du dialogue juridictionnel sera un outil au service de l'interprète qui poura ainsi opérer des revirements de jurisprudence (§1). Par ailleurs, si les fondements d'un raisonnement juridique évolutif sont affirmés par le droit positif qui habilite l'organe de

protection à avoir recours à des éléments extra-systémiques et par les principes généraux du droit international relatifs à l'interprétation, sa mise en œuvre dépendra nécessairement de la pratique jurisprudentielle et du degré d'ouverture de chaque interprète (§2).

§ 1. L'usage du dialogue en vue de la mise en œuvre d'un raisonnement juridique évolutif

49. La mise en œuvre d'un raisonnement juridique évolutif en faisant usage du dialogue juridictionnel est particulièrement intéressante à illustrer avec l'exemple des mesures provisoires prononcées dans le contentieux international relatif aux droits de la personne. Ces mesures provisoires sont une institution procédurale commune aux systèmes juridiques, qu'il s'agisse des systèmes nationaux ou internationaux. Néanmoins, leur caractère obligatoire ou simplement facultatif dans le cadre du processus judiciaire a fait l'objet de vastes débats doctrinaux en raison des inégalités inhérentes aux systèmes juridiques de protection. Si elles sont une institution procédurale commune aux systèmes de protection, les mesures provisoires ne sont pas pour autant uniformes dans l'ordre juridique international. La compétence des organes de protection d'adopter de telles mesures n'est pas formulée dans les mêmes termes et témoigne d'une diversité de leurs fondements. Cependant, cette diversité est tempérée par l'unité des fonctions attachées aux mesures provisoires qui interviennent dans un contexte d'urgence en vue de prévenir un dommage irréparable (A). Par ailleurs, le système interaméricain a toujours accordé une importance primordiale à l'aspect préventif des violations des droits de la personne avec une portée obligatoire des mesures provisoires ordonnées par les organes interaméricains affirmée conventionnellement (B). Parallèlement, eu égard à la diversité des dispositions relatives à ces mesures, initialement, il existait une convergence partielle quant à leur caractère contraignant. Ainsi, la technique comparative du dialogue a été utilisée pour trouver des principes communs de nature à consacrer l'unanimité de leur portée contraignante, un raisonnement juridique évolutif ayant permis le dépassement des contradictions en offrant aux organes de protection la possibilité d'aller au-delà de la lettre du texte régissant leur compétence (C).

A. Unité des fonctions et diversité des fondements des mesures provisoires

50. Tous les systèmes juridiques connaissent une procédure visant à l'adoption de mesures conservatoires dans le cadre d'une procédure judiciaire. En tant qu'institution procédurale commune aux ordres juridiques interne et international, elles apparaissent comme inhérentes

au pouvoir juridictionnel[177]. Dans l'ordre international, qu'il s'agisse des systèmes régionaux de protection européen[178], américain[179] ou africain[180] ou du cadre universel, avec les organes des traités des Nations Unies tels que le Comité des droits de l'Homme[181] et le Comité contre la torture[182] et la Cour internationale de justice[183] en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies[184], les mesures provisoires font l'objet de dispositions tantôt réglementaires, tantôt conventionnelles[185] et font partie intégrante de l'office des organes de protection. Néanmoins, leur portée contraignante a fait l'objet de longs débats qui n'ont été résolus qu'avec l'émergence de positions internationales communes forgées par un raisonnement juridique téléologique[186].

51. De manière générale, les mesures provisoires interviennent face à des situations d'urgence, en vue de ne pas rendre une éventuelle décision finale du tribunal sans objet et dans la mesure où il existe un risque de dommage irréparable pour les requérants[187]. Dans l'ordre juridique international, se pose la question des rapports entre droits internes et droit international puisque toute demande de mesures provisoires doit recevoir une exécution pleine et entière dans l'ordre juridique de l'État partie au différend alors même que les tribunaux internationaux n'ont pas un véritable pouvoir de coercition[188]. Par ailleurs, au-delà de l'exigence de coopération de la part des États, avec les mesures provisoires, le domaine des juridictions internationales est en extension parallèlement à la réduction du domaine des compétences nationales exclusives et réservées à l'État en vertu de sa souveraineté[189]. Cette

[177] TIGROUDJA, H., « L'(in)efficacité des mesures provisoires internationales en matière de prévention des violations des droits de l'homme », in DECAUX, É., TOUZÉ, S. (dir.), *La prévention des violations des droits de l'homme*, Actes du colloque des 14 et 14 juin 2013, Paris, Pedone, 2015, p. 142.
[178] Article 39, 1) du Règlement de la Cour européenne.
[179] Article 63, 2) de la Convention américaine et article 24, 1) du Règlement de la Cour interaméricaine du 24 novembre 2000 ; article 24, 1) du Règlement de la Commission interaméricaine du 2 septembre 2011.
[180] Article 98 du Règlement de la Commission africaine du 12 mai 2010 ; article 27, 2) du Protocole relatif à la Charte africaine portant création d'une Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples.
[181] Article 92 du Règlement intérieur.
[182] Article 114, 1) du Règlement intérieur.
[183] Article 41, 1) du Statut de la Cour.
[184] Article 92 de la Charte des Nations Unies.
[185] Seules les Cours américaine et africaine disposent d'une compétence conventionnelle quant à l'adoption de mesures provisoires.
[186] LE FLOCH, G., *L'urgence devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008, pp. 175-180 : l'interprétation téléologique a trait à l'effet utile des engagements conventionnels qui doivent se réaliser en accord avec leur objet et but, conformément à l'article 31 de la CVDT. V. égal. KOLB, R., Note on New International Case-law Concerning the Binding Character of Provisional Measures, in *Nordic Journal of International Law*, 2005, n° 74, p. 129.
[187] TZANAKOPOULOS, A., Provisional measures indicated by international courts: emergence of a general principle of international law, in *Revue hellénique de droit international*, 2004, n° 57 (1), p. 53.
[188] V. par. ex. VIRALLY, M., « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, pp. 488-505.
[189] CANÇADO TRINDADE, A.A., *Evolution du droit international au droit des gens. L'accès des individus à la Justice Internationale. Le regard d'un juge.*, Paris, Pedone, 2008, pp. 63-64.

extension se heurte à la traditionnelle marge nationale d'appréciation des États dans la mise en œuvre des actes dans leur ordre juridique interne[190].

52. Le critère de l'urgence doit être satisfait dans l'indication de mesures provisoires, l'urgence étant caractérisée par l'existence d'un risque de préjudice irréparable à l'égard de la victime[191]. Dans le domaine spécifique du droit international des droits de la personne, la grande majorité des mesures provisoires adoptées par les organes de protection interviennent à l'égard des droits indérogéables, tels que le droit à la vie ou le droit de ne pas subir des actes de torture ou autres formes de mauvais traitements ou en cas de danger pour les requérants dans les cas d'expulsion ou d'extradition dans les affaires relatives au contentieux de l'éloignement du territoire[192]. Ainsi, si dans le cadre des différends interétatiques, les procédures d'urgence s'apparentent à des manœuvres dilatoires et relèvent de la stratégie judiciaire en vue d'influencer l'issue du procès, dans le domaine des droits de la personne, elles sont la marque de la juridictionnalisation de l'ordre international[193] avec une véritable vocation de prévention des violations des droits affirmés par l'instrument conventionnel.

53. Néanmoins, la notion de prévention dans le domaine des droits de l'Homme fait débat. En effet, en raison de règle de l'épuisement des voies de recours internes et du rôle subsidiaire joué par les juridictions internationales, bien souvent, des violations graves ont déjà eu lieu avant que l'organe international de protection puisse se prononcer sur l'existence d'un cas d'urgence et sur l'opportunité d'adopter des mesures provisoires[194]. Ces dernières tendent à jouer un rôle qui est certes marginal et subsidiaire[195], mais leur respect nécessaire vise à prévenir la survenance de violations des droits de la personne irréversibles, telles que les exécutions d'une peine capitale ou les cas d'expulsions ou d'extraditions. Parallèlement, la prépondérance des mesures provisoires à l'égard de certains droits en particulier fait l'objet de critiques. Elle traduirait une forme de hiérarchisation des droits de l'Homme qui se veulent

[190] WATTHÉE, S., *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'Homme. La protection préventive des droits conventionnels en puissance?*, Bruxelles, Anthemis, 2014, pp. 258-259.
[191] FLAUSS, J.-F., « Notule sur les mesures provisoires devant la Commission aficaine des droits de l'homme et des peuples », in COHEN-JONATHAN, G., FLAUSS, J.-F. (dir.), *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 234.
[192] DELAS, O., *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme. De la consécration à la contestation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 344.
[193] SOREL, J.-M., « Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions interétatiques (C.I.J. et T.I.D.M) », in RUIZ-FABRI, H., SOREL, J.-M. (dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, Paris, Pedone, 2001, pp. 45-53.
[194] V. par. ex. STROHAL, C., « La prévention : orpheline du système international ? L'exemple des droits de l'homme », in DECAUX, E., TOUZE, S. (dir.), *La prévention des violations des droits de l'homme*, Actes du colloque des 13 et 14 juin 2013, Paris, Pedone, 2015, pp. 221-228.
[195] TIGROUDJA, H., « L'(in)efficacité des mesures provisoires internationales en matière de prévention des violations des droits de l'homme », in DECAUX, E., TOUZE, S. (dir.), *La prévention des violations des droits de l'homme*, Actes du colloque des 14 et 14 juin 2013, Paris, Pedone, 2015, pp. 141-157.

pourtant interdépendants et indivisibles, en considérant que certains d'entre eux méritent d'être sauvegardés immédiatement alors que d'autres peuvent se satisfaire d'une violation compensée par équivalent pour la réparation du préjudice, sans exiger la *restitutio in integrum*[196].

54. Dans le domaine du droit international des droits de la personne, pour les besoins de notre propos, une mesure provisoire est envisagée comme étant une garantie procédurale judiciaire visant à l'adoption ou à la suspension d'actes ou mesures lorsque les circonstances de l'espèce sont susceptibles de causer un dommage irréparable au requérant et de porter atteinte aux droits garantis par un instrument conventionnel de protection des droits de la personne. Le non-respect des mesures provisoires risque d'aggraver ainsi l'issue du différend voire rendre sans objet une décision finale d'un tribunal rendue en application du droit. Cependant, le système interaméricain va plus loin encore puisque les mesures provisoires sont une véritable technique judiciaire de prévention des violations des droits de la personne et ont toujours eu un caractère obligatoire.

B. Une technique judiciaire de prévention des violations des droits de l'Homme dans le système interaméricain

55. Si, initialement, la portée obligatoire des mesures provisoires dans l'ordre juridique international ne faisait pas l'objet d'une position unanime[197], dans le cadre interaméricain, cette caractéristique ne laissait pas de doutes subsister en raison de solides bases conventionnelles. En effet, la compétence de la Cour interaméricaine d'édicter des mesures provisoires découle directement du texte de la Convention. Selon l'article 63, 2)[198], la Cour peut « ordonner » les mesures qu'elle juge pertinentes dans les cas d'extrême gravité qui exigent la plus grande célérité dans l'action et lorsqu'il apparaît nécessaire d'éviter des dommages irréparables. Si la Cour n'a pas encore été saisie d'une affaire, elle peut prendre ce

[196] WATTHÉE, S., *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme. La protection préventive des droits conventionnels en puissance?* Bruxelles, Anthemis, 2014, p. 248 ; v. l'article 37 du projet de la CDI sur la responsabilité internationale d'un État à raison d'un fait internationalement illicite : « 1. L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de donner satisfaction pour le préjudice causé par ce fait dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation. 2. La satisfaction peut consister en une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée ».

[197] V. Infra. Point C).

[198] Cet article fait partie de la section 2, du chapitre VIII de la Convention américaine qui s'intitule « Compétences et Fonctions de la Cour ». Ainsi, la compétence d'adopter des mesures provisoires fait partie de l'office juridictionnel de la Cour défini précisément par le traité, au même titre que la fonction contentieuse et la fonction consultative.

type de mesures sur requête de la Commission. L'article 25, 1) du nouveau Règlement de la Cour du 24 novembre 2000, entré en vigueur le 1er juin 2001 complète le fondement conventionnel en reprenant les critères relatifs à l'extrême gravité, l'urgence et la prévention de dommages irréparables. Cette disposition élargit la compétence de la Cour en lui donnant la faculté d'ordonner des mesures provisoires en de telles circonstances, mais également *ex-officio* ou à la demande d'une partie, à tout moment de la procédure. En effet, selon la Convention, la Cour peut ordonner ce type de mesure, cette formulation faisant directement référence à une injonction contraignante à l'égard des États destinataires. Néanmoins, la Cour a affirmé clairement la portée obligatoire des mesures provisoires[199] en s'appuyant sur le caractère inhérent de son droit d'ordonner des mesures provisoires découlant de son statut d'organe judiciaire[200] ainsi que sur le principe de droit international *pacta sunt servanda* dans la mesure où cette compétence découle de l'engagement conventionnel des États parties[201]. La Commission interaméricaine dispose également d'une compétence en la matière en vertu de l'article 25, 1) de son Règlement intérieur du 2 septembre 2011 et entré en vigueur le 1er août 2013. De sa propre initiative ou à la demande d'une des parties, elle peut demander à l'État d'adopter des mesures conservatoires en vue de prévenir la survenue de dommages irréparables dans des cas graves et urgents et si la mesure est jugée nécessaire en fonction des informations disponibles.

56. Ainsi, dans le cadre interaméricain, la pratique est tout à fait particulière puisque la Cour fait un large usage des mesures provisoires, la quasi-unanimité ayant été cependant adoptées à la demande de la Commission. Si dans le contentieux classique interétatique qui se déroule devant les tribunaux arbitraux ou devant la Cour internationale de justice, ces mesures sont la marque de la volonté de sauvegarder les droits des parties au procès et de ne pas porter atteinte à l'issue du différend avant la décision finale, dans le contexte américain, prévaut l'idée de sauvegarde de l'ordre public international en vue de protéger les droits de la personne affirmés par la Convention[202]. Il s'agit dès lors d'une « véritable garantie

[199] Cour IADH, arrêt, *Case of the Constitutional Court v. Peru* (merits, reparations and costs), January 31, 2001, Series C, n° 71, § 130.
[200] V. par ex. Cour IADH, arrêt, Case of Velásquez-Rodriguez v. Honduras (merits), July 29, 1988, Series C, n° 04, §§ 39-45.
[201] V. en ce sens BUERGENTHAL, T., « Interim measures in the Inter-American Court of Human Rights », in BERNHARDT, R. (dir.), *Interim measures indicated by International Courts*, Berlin, Springer VG, 1994, p. 83; PASQUALUCCI, J., *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 298.
[202] V. CANÇADO, TRINDADE, A.A., Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, in *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 4, 2003, pp. 13-25, spéc. p. 14.

juridictionnelle préventive »[203] qui apparaît particulièrement indispensable dans le domaine des droits de la personne. Par ailleurs, à la différence du contexte européen ou du contentieux devant les organes des traités des Nations Unies, le contentieux interaméricain des mesures provisoires a un champ d'application matériel plus large dépassant le strict cadre des affaires d'expulsion ou d'extradition des personnes. La plupart des demandes de mesures provisoires de la part de la Cour ou de la Commission sont intervenues dans des cas caractérisés par une menace imminente pour la vie ou l'intégrité personnelle des individus, ces mesures protégeant effectivement des droits fondamentaux tels que le droit à la vie et le droit à l'intégrité personnelle, tant physique que psychique et morale[204]. Cependant, les droits de l'Homme étant indivisibles et indissociables, dès lors que sont réunis les critères de l'extrême gravité, de l'urgence et du risque de préjudices irréparables aux victimes, rien n'empêche l'adoption de telles mesures à l'égard d'autres droits[205]. Néanmoins, si la portée obligatoire des mesures provisoires a un fondement conventionnel dans le cadre du système interaméricain, dans le contexte des autres systèmes juridiques de protection, la consécration d'une telle portée contraignante a été l'œuvre de la jurisprudence.

C. Une convergence initiale partielle quant à la portée obligatoire des mesures provisoires

57. Dans le cadre universel, l'apport des quasi-juridictions telles que le Comité des droits de l'Homme et le Comité contre la torture a été considérable. En effet, bien que leurs communications individuelles soient dénuées de toute portée juridiquement obligatoire, à l'égard des mesures provisoires, les Comités onusiens ont adopté une position très ferme, en condamnant le refus des États de se conformer à de telles mesures jugées contraignantes (1). Dans le cadre régional africain, la Commission africaine a été particulièrement active dans le domaine des mesures provisoires qui statutairement, n'avaient pas de portée contraignante. Elle les a ainsi rattachées à l'obligation générale de respecter et de garantir les droits de la personne qui s'imposait aux États au titre de leur engagement conventionnel, afin de les identifier comme des mesures obligatoires (2).

[203] CANÇADO TRINDADE, A. A., *Evolution du droit international au droit des gens. L'accès des individus à la Justice Internationale. Le regard d'un juge.*, préc., p. 63.
[204] CANÇADO, TRINDADE, A.A., Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, préc., 2003, p. 16.
[205] Ibid.

1. Les organes des traités des Nations Unies

58. Le Comité des droits de l'Homme a la possibilité d'édicter des mesures provisoires en vertu de l'article 92 de son Règlement intérieur. Ainsi, le Comité « peut informer » l'État concerné « de ses vues sur l'opportunité de prendre des mesures provisoires pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à la victime de la violation alléguée ». Bien que cette formulation ne renvoie pas à une portée juridiquement contraignante, le Comité a établi la portée obligatoire des mesures provisoires dans l'affaire *Piandiong vs. Philippines*[206]. Dans cette affaire, il a demandé à l'État partie de suspendre l'exécution de la peine de mort à laquelle étaient condamnés les requérants en raison d'un acte de vol avec homicide « while their case was under consideration by the Committee »[207]. L'État a fait savoir au Comité que les sentences allaient être exécutées puisque les requérants avaient été condamnés au terme d'un procès équitable[208] et qu'il n'allait pas faire droit à la demande de mesures provisoires. Selon le préambule et l'article 1er du Protocole additionnel du 16 décembre 1966, en y adhérant, l'État partie au Pacte reconnaît la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications individuelles émanant de particuliers qui se prétendent victimes de violations aux droits consacrés dans le Pacte. Par ailleurs, en vertu de l'article 5 de ce dernier, par l'adhésion au Protocole, l'État consent implicitement à coopérer de bonne foi avec le Comité afin de permettre l'examen des communications individuelles en vue de faire part de ses observations finales tant à l'État partie qu'à l'individu requérant[209]. Dès lors, pour le Comité, « it is incompatible with these obligations for a State party to take any action that would prevent or frustrate the Committee in its consideration and examination of the communication, and in the expression of its Views »[210].

59. Le Comité des droits de l'Homme est compétent pour examiner des communications individuelles en vertu du Pacte additionnel au PIDCP. Dès lors, il existe implicitement un devoir de coopération de bonne foi à la charge des États pour permettre et donner les moyens au Comité d'examiner les communications émanant de particuliers et après examen, de faire part de ses constatations finales à l'État partie et au particulier[211]. Dès lors, il est incompatible avec leurs obligations de prendre toute action, quelle qu'elle soit, qui risque d'entraver

[206] CDH, *Piandiong et al. v. The Philippines*, communication n° 869/1999, 19 octobre 2000.
[207] Ibid., point 1.2.
[208] Ibid.
[209] V. égal. l'article 4 du PIDCP relatif aux hypothèses de dérogation aux droits protégés par le Pacte.
[210] *Piandiong et al. v. The Philippines*, préc., point 5.1.
[211] Ibid., point 5.1 : Le Comité renvoie à l'article 5, 1) et 4) du PIDCP.

l'examen de la communication individuelle[212]. Ainsi, indépendamment de la violation du Pacte, l'État contrevient gravement aux obligations du Protocole facultatif s'il adopte une mesure empêchant le Comité de mener à bonne fin l'examen d'une communication, rendant l'action du Comité sans objet et l'expression de ses constatations sans valeur et de nul effet[213]. Dans l'affaire *Piandiong vs. Philippines*, le CDH interprète comme un « manquement grave » et « particulièrement inexcusable » la décision de l'État d'exécuter le requérant condamné à la peine capitale alors même que le Comité avait formulé une demande de mesures provisoires en vertu de l'article 86 de son Règlement en vue d'éviter un préjudice irréparable[214].

60. Par ailleurs, en vertu de l'article 2, 3), a) du PIDCP, les États parties s'engagent notamment à garantir à toute personne le droit à un recours utile[215]. Dans son Observation générale n° 31, le Comité considère que « le droit à un recours utile peut dans certaines circonstances obliger l'État partie à prévoir et à appliquer des mesures provisoires ou conservatoires pour éviter la poursuite des violations et tenter de réparer au plus vite tout préjudice susceptible d'avoir été causé par de telles violations »[216]. Ainsi, l'adoption de mesures provisoires à la demande du Comité fait partie intégrante du droit à un recours utile[217]. Ce dernier oblige l'État à prévoir et appliquer des mesures provisoires dans son ordre juridique interne à la demande du Comité, ce dernier leur conférant un caractère juridictionnel[218]. Si les recommandations rendues au titre des communications individuelles

[212] Ibid.
[213] Ibid., point 5.2.
[214] Ibid., point 5.4. Le Comité ajoute : « 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 ».
[215] L'article 2 du PIDCP est libellé comme suit : « 1. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. 2. Les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur. 3. Les États parties au présent Pacte s'engagent à: a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles; b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'État, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel; c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié ».
[216] CDH, Observation générale n° 31, *La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte* (Quatre-vingtième session), HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), § 19.
[217] Comme il sera détaillé ci-après, la Cour EDH s'inspire très largement de la position du CDH dans l'affaire Mamatkoulov.
[218] QUIRICO, O., « Droit 'flou', droit 'doux' ou droit 'mou' ? Brèves réflexions sur la 'texture' des mesures conservatoires et des constatations dans les procédures individuelles devant le Comité des droits de l'homme »,

n'ont pas formellement une portée obligatoire, il en est autrement pour les mesures provisoires demandées par le Comité. En effet, il est nécessaire de distinguer la portée contraignante attachée à de telles mesures, telle que définie par le Comité et le pouvoir de coercition ou de contrainte que ce dernier peut exercer sur les États. Précisément, en raison du principe de la bonne foi et de la coopération nécessaire des États parties ayant accepté la compétence du Comité pour les requêtes individuelles, les mesures provisoires devraient être exécutées spontanément, en manifestant par l'action de leur exécution une *opinio juris* de devoir s'y conformer. La portée contraignante de ces mesures qui visent à éviter un préjudice irréparable au requérant, se détache de la possibilité d'une exécution forcée, absente du domaine du droit international.

61. Le Comité contre la torture adopte une approche similaire à celle du Comité des droits de l'Homme[219]. Il a également la possibilité de demander à l'État d'adopter des mesures provisoires en vertu de l'article 114, 1) de son Règlement intérieur selon lequel il peut adresser à l'État partie « une demande pressante afin qu'il prenne les mesures provisoires que le Comité juge nécessaires pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à la victime ou aux victimes de la violation alléguée ». Le Comité contre la torture a établi le caractère obligatoire des mesures provisoires en vertu de son Règlement dans l'affaire *T.P.S. v. Canada*[220]. Le requérant était un citoyen indien qui demandait l'asile au Canada au moment de l'enregistrement de la communication. Il alléguait que le retour forcé en Inde constituerait une violation par le Canada de l'article 3 de la Convention contre la torture[221]. Le Comité a adressé une demande à l'État visant à la suspension de la mesure d'expulsion vers l'Inde tant que sa communication était examinée. Le Canada ne s'est pas conformé à cette demande au motif « qu'il [était] certes possible de recommander à un État de prendre des mesures provisoires mais pas de le lui ordonner »[222] en citant à l'appui de cette affirmation le terme « demande » qui figurait à l'ancien article 108 § 9 ainsi que la décision *Cruz Varas* de la Cour

---

in ALLAND, D., CHETAIL, V., DE FROUVILLE, O., VINUALES, J. E. (dir.), *Unité et diversité du droit international. Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie DUPUY*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2014, pp. 884-886.

[219] V. notam. DELAS, O., *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme. De la consécration à la contestation*, op. cit., pp. 349-351 ; MALINVERNI, G., « La pratique des comités conventionnels des Nations Unies en matière de mesures conservatoires », in COHEN-JONATHAN, G. FLAUSS, J.-F.(dir.), *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 311 p. ; pp. 63-75.

[220] CCT, *T.P.S. v. Canada*, communication n° 99/1997, 16 mai 2000.

[221] Ibid., point 1.

[222] Ibid., point 8.1.

européenne des droits de l'Homme[223], où, à propos de la valeur juridique des mesures provisoires la Cour avait affirmé :

> « Il échet de relever d'emblée que ledit article 36 a le rang d'une simple norme de procédure établie par la Commission en vertu de l'article 36 de la Convention [concernant les mesures provisoires]. ... 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 »[224].

62. Il est particulièrement intéressant de mettre en lumière les arguments de l'État et la manière dont il souhaitait voir les mesures provisoires identifiées comme ayant la simple valeur d'une recommandation et non comme constituant une véritable obligation juridique internationale. Si dans cette affaire, le Canada se prévaut de la position jurisprudentielle de la Cour EDH, il est possible de considérer que la Cour jouit d'une autorité certaine dans le domaine des droits de la personne, même à l'égard d'un État tiers à la Convention européenne. En effet, l'État semble avoir une préférence pour la jurisprudence européenne en termes d'arguments juridiques plutôt que pour les solutions définies dans le cadre du système interaméricain, bien que le Canada n'ait ni signé, ni ratifié la Convention américaine[225]. Pourtant, s'il est un État tiers à la fois à la Convention européenne et la Convention américaine, la jurisprudence de la Cour européenne permet ainsi à l'État canadien de rejeter la conception selon laquelle les mesures provisoires ont un caractère obligatoire. Cette stratégie argumentative vise à la mise en lumière des motifs qui servent le résultat recherché. La tendance, tant à remettre en cause l'autorité de la jurisprudence des juridictions tierces qu'à prendre en considération leurs éventuelles positions jurisprudentielles avantageuses, s'illustre assez aisément avec les arguments avancés par les États. Par exemple, dans une affaire plus récente qui a fait l'objet d'une décision du Comité des droits de l'Homme en date du 3 novembre 2016 relative au renvoi du requérant en République de Corée, le Canada rejettait formellement toute autorité de la jurisprudence de la Cour européenne[226]. Précisément, c'est le requérant qui se référait à la jurisprudence de la Cour européenne selon laquelle la Convention interdit les extraditions et les expulsions non seulement en cas de risque de torture ou de sanction capitale, mais également dans d'autres contextes et plus particulièrement lorsqu'il existe un risque très sérieux ou flagrant de violation d'un des droits affirmés par la

[223] Ibid.
[224] Ibid.: la solution de la Cour européenne est citée par le Canada à l'appui de son argumentation.
[225] Les États-Unis ont signé la Convention américaine en 1977 mais ne l'ont pas encore ratifiée.
[226] CDH, *Ch.H.O. v. Canada*, communication n° 2195/2012, 3 novembre 2016.

Convention[227]. Le Canada a riposté en alléguant que « while the European Convention does not preclude reliance on articles other than articles 2 and 3 as a ground for resisting extradition or expulsion, successful reliance demands presentation of a very serious or "flagrant" violation. […] It considers that the present case does not fulfil that requirement, as the treatment the author risks facing does not reach the level of seriousness of death or torture »[228]. Néanmoins, tout en considérant que l'affaire ne remplissait pas les conditions nécessaires posées par la Cour européenne des droits de l'Homme, l'État affirmait, *in fine* « that the jurisprudence of the European Court is not binding on Canada and is of no value in terms of precedence »[229]. En estimant que la jurisprudence de la Cour européenne n'avait aucun caractère contraignant à l'égard du Canada et ne pouvait jouer le rôle de précédent, l'État a fait preuve de stratégie en décidant d'accorder une autorité particulière aux décisions émanant du système européen, autorité différenciée en fonction des circonstances de l'espèce. Au regard de la Convention de Vienne sur le droit des traités et de l'obligation de se montrer de bonne foi dans le cadre de l'interprétation des traités, il serait possible d'affirmer que l'État adopte ainsi une argumentation opportuniste, variable en fonction des circonstances des affaires et conditionnée selon les buts poursuivis, sans tenir compte de la teneur ou du sens de la règle juridique qui devraient pouvoir s'imposer indépendamment des faits allégués, en respectant le principe de bonne foi et une forme d'objectivité. Dans l'affaire *T.P.S. c. Canada*, fondatrice de la portée obligatoire des mesures provisoires devant le Comité contre la torture, l'État soutenait que la protection prévue par l'article 3 de la Convention contre la torture était, selon la jurisprudence du Comité, une protection absolue, indépendante du comportement antérieur de l'auteur, l'existence du risque devant être déterminée de manière particulièrement rigoureuse en renvoyant à l'arrêt *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*[230] de la Cour européenne[231]. Au contraire, dans cette affaire ultérieure, il estimait que les critères particulièrement rigoureux n'étaient pas remplis en l'espèce dans la mesure où, à l'époque

[227] Ibid., point 3.4.
[228] Ibid., point 6.7.
[229] Ibid., point 6.7.
[230] *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, série A, n° 215.
[231] CCT, *T.P.S. v. Canada*, communication n° 99/1997, 16 mai 2000, point 11.2. Le Canada avait rappelé que dans l'arrêt *Vilvarajah*, la Cour européenne avait précisé au sujet de l'article 3 de la Convention européenne que, pour apprécier l'existence, à une époque considérée, d'un risque de traitements contraires à cette disposition, la Cour devait appliquer des critères rigoureux, eu égard le caractère absolu de cette disposition. Au point 11.3, l'État partie affirmait que pour déterminer si l'auteur risquait d'être soumis à la torture, devaient être considérés les points suivants : « a) s'il y a, dans l'État intéressé, des éléments indiquant l'existence d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'Homme, graves, flagrantes ou massives; b) si l'auteur a déjà été torturé ou maltraité par un agent de la fonction publique ou avec son consentement; c) si la situation visée à l'alinéa a) a changé; d) si l'auteur a participé à des activités politiques ou autres, à l'intérieur ou à l'extérieur de l'État concerné, qui seraient de nature à l'exposer tout particulièrement au risque d'être torturé ».

considérée, la situation des droits de l'Homme en Inde était certes préoccupante, mais tendait vers une considérable amélioration, particulièrement au Pendjab, endroit d'où était originaire le requérant. Le Comité, en vertu de l'article 3 § 1 de la Convention contre la torture, devait décider s'il existait des motifs sérieux de croire que l'auteur risquait d'être soumis à la torture suite à la décision d'expulsion vers l'Inde. Ainsi, il estimait que :

> « [P]our ce faire, il doit, conformément au paragraphe 2 de l'article 3 de la Convention, tenir compte de toutes les considérations pertinentes, y compris l'existence d'un ensemble systématique de violations des droits de l'Homme, graves, flagrantes ou massives. Il s'agit toutefois de déterminer si, l'intéressé risquerait personnellement d'être soumis à la torture dans le pays où il serait renvoyé. En conséquence, l'existence d'un ensemble de violations flagrantes, graves ou massives des droits de l'Homme dans un pays ne constitue pas en soi un motif suffisant pour conclure qu'un individu risquerait d'être victime de torture à son retour dans ce pays; il faut qu'il existe en outre des motifs particuliers de penser que l'intéressé serait personnellement en danger. De même, l'absence d'un ensemble systématique de violations flagrantes des droits de l'Homme ne signifie pas qu'une personne ne peut pas être considérée comme risquant d'être soumis à la torture dans sa situation particulière »[232].

63. En l'espèce, le requérant a été expulsé vers l'Inde malgré une demande de mesures provisoires adressée à l'État partie visant à la suspension de la décision d'expulsion tant que le Comité ne se serait pas prononcé sur sa communication, l'État alléguant que la présence continue du requérant sur le territoire du Canada constituait un danger pour le public[233]. En réponse à cet argument de l'État, le Comité s'était référé à l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*[234] de la Cour européenne dans laquelle cette dernière avait estimé que l'examen d'une réclamation « ne [devait] pas tenir compte de ce que l'intéressé a pu faire pour justifier une expulsion, ni de la menace contre la sécurité nationale éventuellement perçue par l'État qui expulse »[235]. Si en l'espèce, le Comité a conclu que le renvoi du requérant en Inde par l'État partie ne constituait par une violation de l'article 3 de la Convention contre la torture[236], il a affirmé avec détermination sa conception des mesures provisoires en considérant que:

---

[232] Ibid., point 15.1.
[233] Ibid., points 15.2 et 15.3.
[234] *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V.
[235] CCT, *T.P.S. v. Canada*, communication n° 99/1997, 16 mai 2000, point 15.3.
[236] Ibid., points 16.2 à 16.4 : Pour une position contraire, voir l'opinion séparée du membre du Comité Guibril Camara pour lequel le Canada a violé l'article 3 de la Convention contre la torture en expulsant le requérant vers l'Inde puisqu'il existait des motifs substantiels de penser qu'il risquait d'être exposé à des actes de torture ou autres formes de mauvais traitements. Par ailleurs, il estime qu'en ne se conformant pas à la demande de mesures provisoires visant à éviter une violation de la Convention et un dommage irréparable, alors même que cette compétence fait partie intégrante de l'article 22 qui habilite le Comité à recevoir et à examiner des communications individuelles, l'État partie a privé ledit article 22 de sa substance. Il ajoute que « this particular case is basically a matter of lack of respect, if not for the letter, then at any rate for the spirit of article 22 ».

> « [E]n ratifiant la Convention et en acceptant volontairement la compétence du Comité en vertu de l'article 22, l'État partie s'est engagé à coopérer avec lui de bonne foi dans l'application de la procédure. L'application des mesures provisoires que le Comité demande dans les cas où il les juge raisonnables est indispensable pour protéger la personne en question contre un préjudice irréparable, qui pourrait au surplus réduire à néant le résultat de la procédure devant le Comité. Celui-ci est profondément préoccupé par le fait que l'État partie n'a pas déféré à la demande de mesures provisoires qu'il lui avait adressée en application de l'article 108, paragraphe 3, de son règlement intérieur »[237].

64. Le Comité contre la torture s'inspire très largement du Comité des droits de l'Homme dans la mesure où il reprend les critères relatifs au risque de préjudice irréparable et à l'obligation à la charge des États de coopérer de bonne foi dans le cadre de l'examen des communications individuelles. Cependant, en l'absence d'un pouvoir de coercition, le Comité ne peut que se déclarer « profondément préoccupé » par le non-respect des mesures provisoires, à titre de satisfaction du dommage subi par le requérant. Dans le cadre du cadre régional africain, la situation est similaire mais les buts assignés aux mesures provisoires apparaissent plus larges, alors même que les organes de protection sont expressément habilités à avoir recours aux emprunts normatifs.

2. Le cadre régional africain

65. La spécificité première du système africain est que la Commission africaine est considérablement plus sollicitée à statuer sur des communications individuelles alors que la Cour africaine est instituée simplement à titre de complément. Néanmoins, en ce qui concerne les méthodes d'interprétation de la Charte africaine, les articles 60 et 61 autorisent expressément le recours aux sources externes, témoignant ainsi d'une spécificité certaine.

66. Les dispositions de la Charte africaine apparaissent à bien d'égards plus vagues et plus imprécises par rapport à celles des Conventions américaine ou européenne[238] tout en affirmant des droits sociaux et collectifs considérés comme relevant de la *soft law*, dépourvus de contenu précis et donc de juridicité[239]. Toutefois, le système africain affirme son originalité quant aux méthodes d'interprétation à travers les articles 60 et 61. Ces règles d'interprétation ont été prises en compte par la Commission africaine, soucieuse de préciser et d'interpréter la

[237] Ibid., point 16.1.
[238] Voir par exemple, pour le droit à un procès équitable : article 6 CEDH, article 8 CADH, article 7 CADHP.
[239] Ex. le droit collectif à la sécurité internationale.

Charte indépendamment de la volonté ou du consentement des États[240]. Ces dispositions dépassent les articles 31 à 33 de la CVDT par le développement de ses propres méthodes d'interprétation avec la référence à la jurisprudence des autres organes de protection des droits de la personne principalement à partir des années 2000[241]. Ainsi, elle tend à s'affirmer comme « un organe quasi-juridictionnel avec des méthodes d'interprétation très riches et tendant de plus en plus vers des aspirations universelles »[242]. En effet, dans le cadre régional africain, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples est la plus récente et en même temps la plus explicite quant aux emprunts normatifs[243]. Selon l'article 60 de la Charte :

> « La Commission s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples, notamment des dispositions des divers instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples, des dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine, de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, des dispositions des autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que des dispositions de divers instruments adoptés au sein d'institutions spécialisées des Nations Unies dont sont membres les parties à la présente Charte »[244].

67. L'article 61 rappelle dans sa formulation l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice[245]. Il est libellé comme suit :

---

[240] V. par. ex. : CommADHP, 13-27 octobre 2001, *Social and economic rights action, Centre for economic and social rights c. Nigeria*, communication n° 155/96, point 49 : « Conformément aux articles 60 et 61 de la Charte africaine, la Commission a examiné la présente communication à la lumière des dispositions de la Charte africaine et d'instruments et principes régionaux et internationaux pertinents des droits de l'homme ». Si la formulation est imprécise et maladroite, elle traduit néanmoins un positionnement de la Commission par rapport aux autres normes internationales dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation.

[241] TIGROUDJA, H., *The African System of Protection of Human Rights: A Laboratory for Universal Human Rights? Analysis of the External References in the Case-Law of the African Commission on Human and Peoples' Rights*, op. cit., pp. 7 et suiv. sur les méthodes d'interprétation de la Commission africaine.

[242] Ibid., hypothèse de l'auteure dans l'article ci-dessus.

[243] L'article 39 de la Constitution de l'Afrique du Sud est libellé comme suit : « (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum : (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law. (2) When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights ». A bien d'égards, cet article est inédit puisqu'il autorise expressément une Cour constitutionnelle nationale à avoir recours au droit étranger et au droit international dans l'interprétation des droits de la personne, illustrant ainsi le mouvement de trans-constitutionnalisme. V. par ex. SOMA, A., Modélisation d'un système de justice constitutionnelle pour une meilleure protection des droits de l'homme : trans-constitutionnalisme et droit constitutionnel comparé, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 78/2009, pp. 437-466 ; v. également pour une étude au cas par cas de l'ouverture au droit étranger de plusieurs juridictions constitutionnelles et de leur pratique : GROPPI, T., PONTHOREAU, M.-C. (dir.), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, Portland, Hart Publishing, 2013, 431 p.

[244] Article 60 de la Charte africaine, nous soulignons.

[245] Article 38 du Statut de la CIJ : « 1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige; b. la coutume internationale comme preuve

> « La Commission prend aussi en considération, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, les autres conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, les pratiques africaines conformes aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et des peuples, les coutumes généralement acceptées comme étant le droit, les principes généraux de droit reconnus par les nations africaines ainsi que la jurisprudence et la doctrine »[246].

68. Par ailleurs, l'article 7 du Protocole relatif à la Charte africaine portant sur la création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples élargit davantage concerne le droit applicable par la Cour. Il dispose que cette dernière « applique les dispositions de la Charte ainsi que tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par l'Etat concerné ». Si les articles 60 et 61 témoignent d'une ouverture affirmée aux emprunts normatifs dans l'exercice du pouvoir d'interprétation de la Commission[247], à l'égard de la Cour cette ouverture semble devenir une totale perméabilité avec ces dispositions qu'on peut qualifier de « singulières »[248]. En effet, la formulation de l'article 7 est large et sans équivalent dans l'ordre international[249] et semble contenir « un corpus normatif extensible et potentiellement incontrôlable »[250], la délimitation du corpus applicable étant seulement en fonction de la ratification des instruments internationaux par l'État potentiellement attrait devant la Cour. Dès lors, ce corpus normatif ne serait pas nécessairement le même à l'égard de tous les États soumis à la juridiction de la Cour ce qui soulève des interrogations quant à l'unité et cohérence du droit interprété *in concreto*, selon chaque État. À ses débuts, les

---

d'une pratique générale acceptée comme étant le droit; c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées; d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. 2. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono* ».

[246] Article 61 de la Charte africaine, nous soulignons.

[247] En vertu des articles 60 et 61, la Commission « s'inspire de » et « prend en considération » les autres textes internationaux relatifs aux droits de l'homme alors que la Cour est habilitée à les « appliquer » en vertu de l'article 7 ce qui constitue une différence significative et un élargissement de la compétence *ratione materiae* par rapport à la Commission.

[248] KOWOUVIH, S., La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : une rectification institutionnelle du concept de « spécificité africaine » en matière de droits de l'homme, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 59/2004, p. 772.

[249] DELAS, O., NTAGANDA, E., La création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : mécanisme efficace de protection des droits de l'homme?, in *Revue québécoise de droit international*, 1999, n° 12.2, pp. 113.

[250] OLINGA, A. D., Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples aux systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'Homme, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2005, n°62, p. 501. Par ailleurs, l'auteur évoque une confusion entre des aspects idéologiques et de technique juridique : « Si l'idéologie influence la démarche technique, cette dernière peut tenir l'envolée idéologique en état. La contradiction quant à elle se situait au niveau de la tension entre la prétention à la spécificité et l'ouverture vers l'universalité, y compris l'universel des techniques de garantie et d'interprétation des droits ».

décisions de la Commission étaient très brèves avec une motivation sommaire et dépourvue de raisonnement juridique, concluant bien souvent à la violation d'un droit de la Charte sans avoir recours à l'argumentation[251]. Par la suite, le changement est significatif. À l'occasion de plusieurs affaires, la Commission rappelle l'importance de l'article 60 et prend en considération les autres normes du droit international dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation, en prenant appui par exemple sur l'article 27 de la CVDT pour déclarer inopposables des normes nationales qui visent à se soustraire à des obligations conventionnelles régulièrement contractées par l'État[252] ou encore sur la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine[253]. Par ailleurs, lorsqu'elle interprète et applique la Charte africaine, elle semble envisager la référence aux autres normes internationales de protection des droits de l'homme, y compris des décisions et commentaires généraux des organes des traités des Nations Unies, comme une obligation de s'y conformer[254]. Dès son

[251] En ce sens, v. par. ex. CommADHP, 15 novembre 1999, *Rights international v. Nigeria*, communication n° 215/98 ; CommADHP, 23 octobre – 6 novembre 2000, *Forum conscience v. Sierra Leone*, communication n°223/98.

[252] CommADHP, 23 avril-7 mai 2001, *Legal Resources Foundation v. Zambia*, communication n°211/98 : le point 58 rappelle les articles 60 et 61 de la Charte africaine ; au point 59, la Cour fait référence au droit international et à une communication de la Commission interaméricaine : « Bien que les accords internationaux ne soient pas d'application automatique en Zambie, le Gouvernement zambien ne cherche pas à fuir ses responsabilités internationales relatives aux traités auxquels elle est partie (cf. Amnesty International contre Zambie). C'est tant mieux, car le droit conventionnel international interdit aux Etats de s'appuyer sur le droit national pour justifier le non-respect de leurs engagements internationaux : l'Article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités. De même, un organe créé en vertu d'instruments internationaux comme la Commission n'a aucune compétence pour interpréter ou appliquer le droit national. Par contre, un organe comme la Commission peut examiner le respect d'un traité par un Etat et donc, dans le cas d'espèce, le respect de la Charte Africaine. Autrement dit, l'exercice consiste à interpréter et à appliquer la Charte Africaine plutôt qu'à tester la validité du droit national (cf. Communication Interaméricaine contre Uruguay (N° 10.029, 10.036, 10.145, 10.372, 10.373, 10.374, 10.375 dans le rapport 29/92 du 2 octobre 1992.) ».

[253] CommADHP, 29 mai 2003, *Law office of Ghazi Suleiman v. Soudan*, communication n° 228/99, pts. 47 à 50 : « 47. L'article 60 de la Charte prévoit que la Commission africaine s'inspire du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples. 48. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît que "la liberté de débat politique est au coeur même du concept d'une société démocratique…"4 49. Le point de vue de la Commission africaine est appuyé par celui de la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui soutient que: "la liberté d'expression est un fondement sur lequel repose l'existence même d'une société. Elle est indispensable pour la formation de l'opinion publique. C'est également une condition sine qua non pour le développement des partis politiques, des syndicats, des associations culturelles et, en général, de ceux qui souhaitent influencer le public. Bref, la liberté d'expression constitue le moyen qui permet à la communauté d'être bien informée lorsqu'elle fait ses choix. En conséquence, l'on peut dire qu'une société mal informée est une société qui n'est pas réellement libre". 5 50. La Cour Interaméricaine estime que: "lorsque la liberté d'expression d'un individu est illégalement restreinte, ce n'est pas seulement le droit de cet individu qui est violé, mais aussi le droit de tous les autres de 'recevoir' des informations et des idées".6 C'est particulièrement grave lorsque l'information déniée aux autres concerne les droits de l'homme, comme c'est dans chacun des cas où M. Ghazi Suleiman a été arrêté ».

[254] CommADHP, 7 Mai 2001, *Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project / Nigeria*, communication n°218/98, point 24 : « En interprétant et en appliquant la Charte Africaine, la Commission se fonde sur les précédents juridiques de plus en plus nombreux créés par ses décisions prises sur presque quinze ans environ ; elle doit également se conformer à la Charte Africaine, aux normes internationales des droits de l'homme définies dans la Charte qui comprennent les décisions et commentaires généraux des organes des Nations Unies créés par traités (article 60). Elle doit également tenir compte des

6ème rapport annuel d'activités, la Commission a montré son attachement aux autres systèmes de protection des droits de la personne et la nécessité de mettre en œuvre une approche comparative dans l'interprétation et l'application de la Charte, en faisant de l'ouverture un atout indispensable à la mise en œuvre de la Charte au plan national. Ainsi, elle affirmait au début des années 1990 que :

> « [L]a Charte Africaine doit être interprétée à la lumière du nombre impressionnant de décisions jurisprudentielles qui ont été dégagées des dispositions similaires au sein d'autres instruments régionaux et universels des droits de I'homme et questions connexes. De tels instruments pourraient être d'un intérêt pratique et d'une grande valeur pour les juges et les avocats et l'on devrait y recourir le plus souvent possible »[255].

69. Dans le cadre régional africain, des similitudes existent avec le système interaméricain dans la formulation de la compétence de la Commission africaine d'adopter des mesures provisoires. Selon l'article 98 du Règlement de la Commission africaine, adopté le 12 mai 2010 et entré en vigueur le 18 août 2010, « [à] tout stade de la Communication, et avant la décision sur le fond, la Commission peut, sur sa propre initiative ou à la demande d'une partie à la Communication, indiquer à l'État partie concerné aussitôt que l'exige la situation, les mesures conservatoires à adopter pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à la ou aux victimes de la violation alléguée ». En vertu de l'article 27, 2) du Protocole relatif à la Charte africaine portant création d'une Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples, la compétence de celle-ci est également similaire à la Cour IADH puisque « dans les cas d'extrême gravité ou d'urgence et lorsqu'il s'avère nécessaire d'éviter des dommages irréparables à des personnes, la Cour ordonne les mesures provisoires qu'elle juge pertinentes ».

70. Si les dispositions du cadre africain envisagent tant les critères de la gravité et de l'urgence que le risque de dommages irréparables, elles renvoient également à la sauvegarde des droits des parties, faisant ainsi œuvre de synthèse avec un spectre de finalités assignées aux mesures provisoires plus nombreuses et plus complètes que celles des systèmes européen, interaméricain et onusiens de protection des droits de l'Homme. Les mesures provisoires adoptées par la Cour EDH ou la CIJ visent à sauvegarder l'intérêt des parties et à garantir le bon déroulement de la procédure. Pour le système interaméricain et les organes des traités des

---

principes de droit définis par les Etats parties à la Charte Africaine et aux pratiques africaines, conformément aux normes et critères internationaux (article 61) […] ».

[255] Sixième Rapport Annuel d'Activités de la Commission Africaine des Droits de I'Homme et des Peuples, 1992 – 1993, Annexe VII - *Conclusions et Recommandations du Séminaire sur la mise en oeuvre au Plan National de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, 26-30 octobre 1992, à Banjul, Gambie, p. 25, point 4, a).

Nations Unies, il est question de prévenir le risque de dommage irréparable pour la victime. Le cadre africain consacre les trois buts simultanément[256]. Cependant, statutairement, les mesures provisoires n'ont aucune portée contraignante. Elles ont simplement la valeur d'une recommandation et sont prononcées dans les situations où il existe des menaces sur la vie et/ou l'intégrité physique des personnes[257]. Néanmoins, la Commission africaine en fait un très large usage et dès l'affaire *Ken Saro-Wiwa*, les a envisagées comme des mesures dotées d'une force obligatoire en vertu d'une interprétation téléologique de la Charte[258]. La Commission a rappelé que le Nigeria était lié par l'article 1 de la Charte africaine relatif aux obligations des États parties et en vertu duquel ces derniers reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans la Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou d'une autre nature pour les appliquer. Puisqu'une des fonctions de la Commission est d'assister les États à exécuter les engagements pris au titre de la Charte africaine, elle estimait qu'en refusant de donner effet à une demande de mesure provisoire visant à la suspension de l'exécution de Monsieur Ken Saro Wiwa, l'État avait violé l'article 1 précité, la méconnaissance d'une telle mesure équivalant dès lors à une violation de la Charte[259] et plus particulièrement, à une violation aggravée[260].

71. Si la portée obligatoire des mesures provisoires a été établie selon la jurisprudence de la Commission, leur efficacité dépend nécessairement de l'attitude des États, alors même que les États africains sont particulièrement réticents à une immixtion judiciaire dans leur sphère de compétence nationale et qu'il est nécessaire de promouvoir une culture de l'urgence dans le domaine des droits fondamentaux[261]. Par ailleurs, bien que le rôle de la Commission soit prépondérant dans le domaine des mesures provisoires, la Cour africaine a adopté une ordonnance en indication de telles mesures dans une affaire opposant la Commission au Kenya en mars 2013[262].

72. Aujourd'hui, le raisonnement au fondement de la portée obligatoire des mesures provisoires pourrait être approfondi, notamment avec le recours à la jurisprudence d'autres organes de protection, tels que la Cour européenne ou la Cour internationale de justice, en s'y

[256] V. FLAUSS, J.-F., Notule sur les mesures provisoires devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 55/2003, pp. 923-930.
[257] Ibid., p. 926.
[258] CommADHP, 31 octobre 1998, *International PEN, Constitutional Rights, Interights au nom de Ken Saro Wiwa Jr. et Civil Liberties Organization c. Nigeria*, communications n° 37/94, 139/94, 154/96, 161/97.
[259] Ibid., spéc. §§ 112-116.
[260] Ibid., § 103.
[261] V. OUMBA, P., Juridictions internationales et procédures d'urgence en matière des droits de l'homme, in *Cahier africain des droits de l'homme*, 2011, pp. 341-366.
[262] Cour ADHP, ordonnance, 15 mars 2013, *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. République du Kenya*.

référant conformément aux articles 60 et 61 relatifs aux emprunts normatifs. Ainsi, les difficultés et hésitations quant à la portée des mesures provisoires dans l'ordre juridique international tiennent au contexte caractéristique de ce dernier, très largement influencé par l'attachement des États à leur souveraineté. Cette pratique inégalitaire et la conception variable de la teneur des mesures provisoires se justifient également par des compétences initiales inégales, ayant rendu des organes comme la Cour interaméricaine comme un organe précurseur à la position avant-gardiste par rapport aux autres organes de protection. Dès lors, l'unanimité quant à la portée contraignante des mesures provisoires découle d'un long processus qui consacre un raisonnement juridique global mettant en interaction plusieurs sources du droit international des droits de la personne et des principes découlant de plusieurs systèmes juridiques de protection.

§ 2. Le dépassement des contradictions par la consécration d'un raisonnement juridique global : l'unanimité quant à la portée contraignante des mesures provisoires

73. La Cour internationale de justice, seule juridiction internationale à compétence générale, a vocation à statuer sur des différends interétatiques. Pour qu'elle puisse être saisie d'une affaire, il est nécessaire que les États aient accepté la juridiction de la Cour. En cela, cette dernière est dominée par le principe du consensualisme avec un engagement juridictionnel toujours révocable, tandis que les différends interétatiques revêtent souvent un caractère politique. Cependant, à l'occasion de plusieurs affaires contentieuses ou dans le cadre d'avis consultatifs, elle a eu l'occasion de statuer de manière incidente sur des problématiques relatives aux droits de l'Homme ou au droit international humanitaire. Plus précisément, dans le cadre de l'exercice de la protection diplomatique, elle a eu l'occasion de se prononcer sur la portée obligatoire des mesures conservatoires dans l'arrêt *Lagrand* qui a été déterminant (A). Parallèlement, si la Cour européenne est la première Cour historique de protection des droits de la personne, celle-ci a refusé dans un premier temps de reconnaître une telle caractéristique aux mesures provisoires. Sa démarche témoigne d'un cheminement long et complexe, la Cour opérant un revirement de jurisprudence à la suite de la jurisprudence de la Cour internationale de justice (B).

A. L'impulsion déterminante de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Lagrand*

74. La Cour internationale de justice a la compétence d'édicter des mesures provisoires en vertu de l'article 41, 1) de son Statut selon lequel « 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 ». Au terme de plusieurs années d'incertitudes et débats doctrinaux[263], l'organe judiciaire principal des Nations Unies établit la portée obligatoire des mesures provisoires à l'occasion de l'arrêt *Lagrand* [264] dans lequel il s'avère que l'argumentation des États parties a joué un rôle prépondérant dans la détermination du caractère obligatoire des mesures conservatoires[265]. L'Allemagne soutenait que les mesures avaient nécessairement un caractère contraignant et les États-Unis rejetaient cet argument, la CIJ ayant été amenée à mettre fin à ce débat d'arguments en se prononçant sur l'interprétation à donner à l'article 41[266].

75. Il s'agissait d'une affaire opposant les États-Unis et l'Allemagne dans le cadre de l'arrestation de Karl et Walter Lagrand, cadre dans lequel l'Allemagne n'avait pas pu exercer son droit de protection diplomatique à l'égard de ses ressortissants conformément à l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. L'Allemagne, en déposant au Greffe de la Cour la requête, avait également déposé une demande en indications de mesures conservatoires la veille de l'exécution de Walter Lagrand. La Cour internationale de justice avait rendu le 3 mars 1999 une ordonnance en indication de mesures conservatoires visant à la suspension de l'exécution de la peine de mort mais, les États-Unis ne s'y étant pas conformés, Walter Lagrand fut exécuté avant la décision finale de la Cour. Selon l'Allemagne,

---

[263] V. pour des analyses de l'arrêt, MATRINGE, J., L'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire Lagrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001, in *Annuaire français de droit international*, vol. 48, 2002, pp. 215-256; BEN JAMMADI, Y., La question du caractère obligatoire des mesures conservatoires devant la Cour internationale de justice. L'arrêt Lagrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001, in *Revue québécoise de droit international*, vol. 14-2, 2001, pp. 53-81.

[264] *Lagrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, fond, C.I.J., Recueil 2001, p. 466, §§ 100-102. Cet arrêt constitue l'arrêt de principe quant à la portée obligatoire des mesures provisoires. La Cour a confirmé sa position dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, fond, C.I.J., Recueil 2004.

[265] Pour une position critique à l'égard de la portée juridiquement contraignante des mesures provisoires en raison de leur immixtion « excessive » dans l'ordre juridique interne des États : SANTULLI, C., Pour une administration internationale de la justice nationale ? A propos des affaires Breard et Lagrand, in *Annuaire français de droit international*, 1999, vol. 45, n°1, pp. 101-131. Pour une position favorable : SOREL, J.-M., « Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions interétatiques (C.I.J. et T.I.D.M », in RUIZ-FABRI, H., SOREL, J.-M. (dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, Paris, Pedone, 2001, pp. 45-53.

[266] Pour une analyse approfondie du raisonnement de la Cour, v. MANOUVEL, M., Métamorphose de l'article 41 du Statut de la CIJ, in *Revue générale du droit international public*, 2002, pp. 103-136, spéc. pp. 117 et suiv.

> « [E]n ne prenant pas toutes les mesures dont ils disposaient pour que Walter Lagrand ne soit pas exécuté tant que la Cour internationale de Justice n'aurait pas rendu sa décision définitive en l'affaire, les États-Unis ont violé leur obligation juridique internationale de se conformer à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour le 3 mars 1999 et de s'abstenir de tout acte pouvant interférer avec l'objet d'un différend tant que l'instance est en cours »[267].

76. Pour cet État, les mesures conservatoires avaient un caractère obligatoire en vertu du droit établi par la Charte des Nations Unies et le Statut de la Cour, invoquant à l'appui de sa thèse des arguments relatifs au principe de l'effet utile et aux conditions de procédure pour l'adoption de telles mesures, en estimant que la portée contraignante de ces mesures était la conséquence nécessaire du caractère obligatoire de l'arrêt définitif[268]. L'Allemagne avait ajouté qu'en plus du manquement aux obligations qui leur incombaient en vertu de l'article 94 § 1 de la Charte et de l'article 41 § 1 du Statut, « les États-Unis [avaient] également manqué à leur obligation de s'abstenir de tout acte pouvant interférer avec l'objet d'un différend tant que l'instance est en cours »[269]. L'État allemand estimait que les mesures conservatoires, en étant à la fois incidentes et provisoires, contribuaient « à l'exercice d'une fonction judiciaire dont le résultat final est, par définition, le prononcé d'une décision de justice [puisque elles] sont bien des décisions juridiques, mais des décisions de procédure […] [dont le] caractère décisoire [est] impliqué par la logique de l'urgence et la nécessité de sauvegarder l'efficacité de la procédure [et créant ainsi] des obligations proprement juridiques à la charge de leurs destinataires »[270].

77. Dans leur contre-mémoire, les États-Unis soutenaient que leur capacité d'agir conformément à l'ordonnance en mesures conservatoires avait été mise à mal par le délai très bref entre le prononcé de l'ordonnance et l'heure fixée pour l'exécution de Walter Lagrand le même jour et par le fait qu'en tant qu'État fédéral, les pouvoirs étaient partagés avec les entités fédérées, disposant de la compétence en matière pénale[271]. Ils alléguaient que les termes employés par la Cour dans l'ordonnance « [n'étaient] pas de ceux qui sont utilisés pour créer des obligations juridiques contraignantes et que point n'est besoin en l'espèce pour la Cour de trancher la question juridique difficile et controversée de savoir si ses ordonnances en indication de mesures conservatoires sont susceptibles de donner naissance à des obligations juridiques internationales si elles sont exprimées en des termes impératifs »[272]. À

[267] *Lagrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, fond, C.I.J., Recueil 2001, § 92, nous soulignons.
[268] Ibid., § 93.
[269] Ibid.
[270] Ibid.
[271] Ibid., § 95.
[272] Ibid., § 96.

l'appui de cette thèse, ils avaient développé des arguments relatifs au libellé et la genèse de l'article 41 § 1 du Statut et de l'article 94 de la Charte, à la pratique de la Cour et des États au regard de ces dispositions ainsi que sur l'autorité de la doctrine des publicistes[273]. À l'argument de l'Allemagne tiré du principe de l'effet utile, les États-Unis prétendaient que :

> « Dans un domaine où ce sont les préoccupations et les susceptibilités des États et non la logique abstraite qui ont guidé la rédaction des actes constitutifs de la Cour, il est parfaitement compréhensible que celle-ci puisse avoir le pouvoir de rendre des arrêts définitifs obligatoires, mais ait un pouvoir plus restreint en ce qui concerne l'indication de mesures conservatoires »[274].

78. Quant à la création d'obligations juridiques internationales par l'indication d'une mesure conservatoire, les États-Unis alléguaient que :

> « Les conséquences découlant de la règle formulée par l'Allemagne peuvent être tout à fait extraordinaires. Celle-ci semble affirmer qu'un requérant pourrait, par la simple saisine de la Cour, forcer un défendeur à s'abstenir dans le futur de tout acte qui, selon le demandeur, serait susceptible d'affecter l'objet du différend. Si tel était l'état du droit, l'ensemble des règles et pratiques de la Cour relatives aux mesures conservatoires seraient surabondantes. Telle n'est pas la règle de droit et telle n'est pas davantage l'attitude que les États ou la Cour ont adoptée en pratique »[275].

79. Cet argument semble contraire au principe de bonne foi et au principe *pacta sunt servanda*, pierres angulaires du droit international et des rapports interétatiques. En effet, la juridiction de la Cour est consensuelle et si les États décident de soumettre un différend au règlement de la Cour, afin de ne pas rendre la cause sans objet, il semble nécessaire de ne pas modifier l'objet d'une requête et de s'abstenir de tout acte pouvant avoir un impact sur la décision finale. Jusqu'à l'arrêt *Lagrand*, ni la Cour permanente de justice internationale ni la Cour internationale de justice n'avaient été amenées à se prononcer sur l'interprétation à donner à l'article 41 du Statut et sur les effets juridiques des ordonnances rendues en vertu de cette disposition[276]. Puisque l'Allemagne faisait valoir le caractère contraignant de telles mesures dans ses arguments, la Cour avait précisé qu'elle examinerait si l'ordonnance en indication de mesures conservatoires créait une obligation juridique internationale à la charge de son destinataire en ajoutant que cette question avait déjà fait l'objet « d'abondantes controverses doctrinales »[277]. Elle a ainsi interprété l'article 41 du Statut conformément au

[273] Ibid.
[274] Ibid.
[275] Ibid., § 97.
[276] Ibid., § 98.
[277] Ibid., § 99.

droit international coutumier en matière d'interprétation codifié à l'article 31 de la CVDT[278]. Selon l'article 31, § 1 un traité doit être interprétée de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

80. L'article 41, dans sa version française, dispose que : « 1. 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. 2. En attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux Parties et au Conseil de sécurité ». Pour la Cour, les termes « indiquer » et « indication » apparaissaient comme neutres au regard du caractère contraignant de ces mesures alors même que les mots « doivent être prises » renvoient à un caractère impératif[279]. La version anglaise de l'article 41 est libellée comme suit: « 1. The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken, to preserve the respective rights of either party. 2. Pending the final decision, notice of the measures suggested shall forthwith be given to the Parties and to the Security Council ». Pour procéder à l'interprétation textuelle conformément à l'article 31 § 1 de la Convention de Vienne, la Cour avait rappelé que selon les États-Unis, l'emploi dans la version anglaise des verbes « indicate » au lieu de « order », de « ought » au lieu de « must » ou « shall » et de « suggested » au lieu de « ordered » impliquait que les mesures conservatoires n'avaient pas une portée juridiquement contraignante[280]. Cependant, la Cour avait rejeté cette thèse en considérant que la version française avait été adoptée en 1920 en tant que version originelle et que les verbes « indicate » et « ought » doivent être entendus dans un sens équivalent à « order » et « must » ou « shall »[281]. Puisque les deux textes n'étaient pas en totale harmonie et en l'absence d'accord entre les parties sur le sens à attribuer à ces dispositions, puisque ni la Charte ni le Statut n'indiquaient la manière de procéder en cas de telles divergences, la Cour avait décidé qu'il convenait de se référer à l'article 33 § 4 de la CVDT qui reflétait le droit international coutumier. Selon cette disposition, « si 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 », la Cour s'attachant ainsi à examiner l'objet et but du Statut ainsi que le contexte de l'article 41[282]. Ainsi, elle estimait que le Statut avait pour objet et but de lui permettre de remplir les

[278] Ibid.
[279] Ibid., § 100.
[280] Ibid.
[281] Ibid.
[282] Ibid., § 101.

fonctions attribuées par cet instrument, « et en particulier de s'acquitter de sa mission fondamentale, qui est le règlement judiciaire des différends internationaux au moyen de décisions obligatoires conformément à l'article 59 du Statut »[283]. Dès lors, en analysant l'article 41 dans le contexte du Statut, les mesures conservatoires avaient « 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 »[284]. La Cour a affirmé au terme de ce raisonnement la portée obligatoire des mesures conservatoires comme suit :

> « 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 sauvegarder les droits des parties, tels que déterminés par la Cour dans son arrêt définitif, et d'éviter qu'il y soit porté préjudice. Prétendre que des mesures conservatoires indiquées en vertu de l'article 41 ne seraient pas obligatoires serait contraire à l'objet et au but de cette disposition »[285].

81. La CIJ a ainsi adopté une interprétation téléologique de son Statut, en accordant une part prépondérante à son objet et à son but mais aussi au contexte dans lequel les mesures conservatoires peuvent être indiquées aux parties, afin de pouvoir conclure que le caractère contraignant desdites mesures découlait de la compétence de la Cour en la matière. Par ailleurs, bien que ses décisions soient régies par le principe de l'autorité relative de la chose jugée, elles sont posées comme étant formellement obligatoires. Si l'on se réfère à l'argumentation de l'Allemagne selon laquelle les mesures conservatoires sont bien des décisions judiciaires mais de nature procédurale, nier leur portée obligatoire serait de nature à priver d'effet *ab initio* toute décision de la Cour relative à des questions de procédure. Parallèlement, la Cour mentionnait le risque de préjudice ainsi que la nécessité de sauvegarder les droits des parties puisque sa mission est le règlement judiciaire des différends entre États qui ont manifesté la volonté d'être soumis à sa juridiction. Dès lors, en vertu du principe de l'effet utile corrélatif à la méthode téléologique, dans le cadre d'une affaire relative aux droits des personnes et visant à la suspension d'une sentence de condamnation à mort, le caractère contraignant des mesures conservatoires s'est imposé et a fait autorité, notamment à l'égard de la Cour européenne des droits de l'Homme.

[283] Ibid., § 102.
[284] Ibid.
[285] Ibid.

B. Un cheminement long et complexe dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

82. En vertu de l'article 39, 1) de son Règlement, la Cour européenne des droits de l'Homme, peut « soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'elle estime devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure ». Elle a été la dernière à adopter l'interprétation selon laquelle les mesures provisoires ont une portée juridiquement obligatoire, en s'alignant tardivement sur la position des autres organes de protection. L'affaire *Lagrand* de la Cour internationale de justice semble avoir joué un rôle prépondérant dans le revirement de jurisprudence de la Cour EDH, l'ouverture aux sources externes ayant permis d'assouplir le raisonnement positiviste initialement adopté par la Cour. Dans l'affaire *Cruz Varas*, par un raisonnement juridique fermé et conservateur, elle a ainsi estimé que le Règlement intérieur ne lui permettait pas de définir les mesures provisoires comme ayant un caractère contraignant (1). Dans l'affaire *Mamatkoulov*, au terme d'un raisonnement ouvert et évolutif, elle adopte une position tout à fait opposée et opère un revirement de jurisprudence corroboré par les solutions des autres systèmes juridiques de protection (2).

1. L'affaire *Cruz Varas* : entre impossibilité de reconnaissance et tentative manquée

83. Dans l'affaire *Cruz Varas*[286], le requérant, son épouse et leur fils étaient des citoyens chiliens entrés en Suède en 1987. Le requérant demandait l'asile politique ainsi que les membres de sa famille. Cependant, la Suède décida de les expulser au motif que les raisons politiques de persécution étaient insuffisantes. Les requérants alléguaient que l'expulsion vers le Chili de Monsieur Cruz Varas comportait un risque de traitement inhumain contraire à l'article 3 de la Convention en raison de la perspective de subir des actes de torture par les autorités étatiques notamment en raison du traumatisme résultant d'un renvoi dans un pays où il avait déjà subi de tels sévices en tant qu'opposant politique au régime du Général Pinochet[287].

84. La Cour avait rappelé sa jurisprudence en matière d'extradition et d'expulsion avec l'arrêt *Soering* du 7 juillet 1989[288] selon lequel la décision d'un État partie à la Convention d'expulser ou d'extrader un étranger peut entraîner la violation de l'article 3 et donc engager

[286] *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, série A n° 201.
[287] *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, § 68, série A n° 201.
[288] *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 91, série A n° 161.

la responsabilité de l'État lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que la personne livrée à l'État requérant, court un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants[289]. Si l'applicabilité de l'article 3 était établie dans le cadre de l'affaire, la Cour conclut à la non-violation de l'article 3 par la mesure d'expulsion dans la mesure où la situation politique s'était améliorée au Chili en 1988 au moment des faits[290]. En l'espèce, la Suède ne s'était pas conformée à la mesure provisoire adressée par la Commission européenne des droits de l'Homme et qui constituait en une demande de non-expulsion des intéressés en vertu de l'article 36 de son Règlement intérieur [291] dont la Commission faisait usage qu'en cas de risque d'un dommage irréparable et quasi-exclusivement dans les affaires d'expulsions ou extraditions imminentes[292]. Les requérants alléguaient la violation de l'article 25 § 1[293] au regard duquel la Cour devait déterminer si la Suède avait failli à son obligation de n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace du droit de recours auprès de la Commission saisie d'une requête[294].

85. La Cour réaffirma sa jurisprudence constante réitérée à de multiples reprises selon laquelle la Convention « doit se lire en fonction de son caractère spécifique de traité de protection d'être humains et ses exigences doivent se comprendre d'une manière qui les rende concrètes et effectives »[295]. Elle estimait qu'en vertu de cette affirmation, la Commission et la Cour devaient avoir le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires afin de préserver les droits des parties à l'instance, tout en relevant que la Convention européenne, « à la différence d'autres traités ou instruments internationaux ne [renfermait] aucune clause explicite en la

[289] *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, § 69, série A n° 201. V. égal. § 70 : La Cour estime que la protection par ricochet de l'article 3 s'applique non seulement aux affaires d'extradition mais également aux affaires d'expulsion surtout lorsque ces expulsions sont effectives.

[290] Selon l'opinion séparée de M. Le Juge De Meyer sous *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, série A n° 201: « Compte tenu des circonstances de l'affaire, décrites en détail dans l'arrêt, ainsi que du fait qu'en octobre 1989 la situation au Chili n'était pas encore suffisamment rassurante, il y avait, à mon avis, des motifs de croire que l'expulsion du premier requérant vers ce pays était de nature à l'y exposer à 'un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants'. J'estime donc qu'il y a eu, à son égard, violation des droits garantis par l'article 3 (art. 3) de la Convention ».

[291] L'article 36 de la Commission était libellé ainsi : « 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 ou du déroulement normal de la procédure ».

[292] *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, § 53, série A n° 201.

[293] L'article 25 § 1 sur le droit d'un recours efficace auprès de la Commission : « La Commission peut être saisie d'une requête adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers, qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties Contractantes des droits reconnus dans la (...) Convention, dans le cas où la Haute Partie Contractante mise en cause a déclaré reconnaître la compétence de la Commission dans cette matière. Les Hautes Parties Contractantes ayant souscrit une telle déclaration s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ».

[294] *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, § 90, série A n° 201.

[295] Ibid., § 94. V. égal. *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 87, série A n° 161.

matière »[296] en opérant ainsi un renvoi à l'article 41 du Statut de la CIJ, à l'article 63 de la Convention américaine des droits de l'Homme et aux articles 185 et 186 du Traité de Rome de 1957 instituant la Communauté économique européenne[297].

86. En l'espèce, la Cour avait envisagé la possibilité de tirer de l'article 25 § 1 ou de sa combinaison avec l'article 36 de son Règlement intérieur, un pouvoir de la Commission d'ordonner des mesures provisoires alors même qu'il n'existait pas une telle clause explicite dans la Convention[298]. La Cour avait relevé que ledit article 36 du Règlement intérieur avait le statut d'une simple norme de procédure, établi en vertu de l'article 36 de la Convention européenne. Dans cette dernière, eu égard à l'absence « 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 »[299]. La formulation même de cet article semblait conforter cette interprétation puisqu'il disposait que la Commission « [pouvait] indiquer aux parties toute mesure provisoire dont l'adoption [paraissait] souhaitable » et que la demande en mesures provisoires utilisait également des formules vagues, à savoir « indiquer au gouvernement suédois […] qu'il [était] souhaitable […] de ne pas expulser les requérants vers le Chili »[300].

87. En ce qui concerne l'engagement de ne pas entraver l'exercice efficace du droit de recours, la Cour avait rappelé que l'article 25 § 1 de la Convention s'appliquait uniquement aux instances introduites devant la Commission par voie de requête individuelle, et non aux affaires interétatiques alors même que les indications de l'article 36 du Règlement intérieur sur les mesures provisoires présentaient en substance le même intérêt[301]. Cet article interdisait les ingérences dans l'exercice du recours individuel en vue de porter et de défendre effectivement sa cause devant la Commission, conférant ainsi un droit de nature procédurale qui se distinguait des droits matériels énumérés au Titre I de la Convention ainsi que dans les Protocoles additionnels. La Cour avait ajouté qu'il « [résultait] toutefois de l'essence même de ce droit que les particuliers doivent pouvoir se plaindre de sa méconnaissance aux organes de la Convention. À cet égard aussi, la Convention doit s'interpréter comme garantissant des droits concrets et effectifs, et non théoriques et illusoires »[302]. Néanmoins, puisqu'aucune disposition expresse de la Convention n'habilitait la Commission à ordonner des mesures

[296] Ibid.
[297] Ibid.
[298] Ibid., § 97.
[299] Ibid., § 98.
[300] Ibid., §§ 56, 61, 98.
[301] Ibid., § 99.
[302] Ibid., § 99. La Cour renvoie à *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 87, série A n° 161.

provisoires, il apparaissait excessif de forcer le sens de l'article 25 que de déduire « des mots 's'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit', une obligation de se conformer à une indication donnée en vertu de l'article 36 du Règlement intérieur »[303].

88. La Cour avait mis en lumière la pratique des États contractants qui avaient généralement suivi les indications en matière de mesures provisoires en considérant que pareille pratique attestait de leur accord sur la manière d'interpréter une disposition[304] mais non comme créant des droits et obligations qui n'avaient pas été insérés dans la Convention au départ[305], puisque l'usage de se conformer aux indications du Conseil de l'Europe « ne [pouvait] pas avoir été fondé sur la conviction qu'elles revêtaient un caractère contraignant[306] [mais] il [reflétait] plutôt le souci de coopérer loyalement avec la Commission quand l'État en cause le [jugeait] possible et raisonnable »[307].

89. Enfin, la Cour EDH s'était tournée vers les sources externes mais elle avait conclu assez rapidement que « les principes généraux du droit international [n'offraient] ici aucun secours [puisque] comme le [soulignait] la Commission, la question de la force obligatoire des mesures provisoires indiquées par les juridictions internationales [prêtait] à controverse et il [n'existait] pas de règle juridique uniforme »[308]. Dès lors, la Cour avait affirmé que le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires qui auraient une portée juridique contraignante ne pouvait se déduire « ni de l'article 25 § 1, ni des autres sources du droit international [en considérant qu'il] [appartenait] aux États contractants d'apprécier l'opportunité de remédier à cette situation en adoptant une nouvelle disposition malgré la bonne foi que les gouvernements [montraient] d'habitude en la matière »[309]. Elle semblait vouloir tempérer les conséquences de cette affirmation par une mise en garde en rappelant que l'article 36 du Règlement intérieur ne joue que dans des circonstances exceptionnelles, propres aux affaires d'expulsion et d'extradition, en vue de signaler à l'État contractant que le requérant risque de subir un dommage irréversible et qu'il y a lieu de croire que la mesure d'expulsion ou d'extradition constituera une violation de l'article 3, la non-conformité aux indications des mesures provisoires pouvant aggraver tout manquement aux exigences de la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements[310].

---

[303] Ibid.
[304] Ibid. La Cour précise « voir *mutatis mutandis*, arrêt Soering, § 103 et l'article 31 § 3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ».
[305] Ibid. La Cour précise « voir *mutatis mutandis*, arrêt Johnston et autres du 18 décembre 1986, § 53 ».
[306] *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, § 96, série A n° 201.
[307] Ibid., § 100.
[308] Ibid., § 101, nous soulignons.
[309] Ibid., § 102, nous soulignons.
[310] Ibid., § 103.

90. La solution avait fait l'objet de critiques par plusieurs juges parties à l'affaire dans une opinion dissidente commune puisque la décision avait été adoptée à une très faible majorité, à 10 voix pour, 9 voix contre[311]. Premièrement, ils estimaient qu'il y avait eu violation de l'article 25 § 1 puisque le requérant avait été expulsé vers le Chili le 6 octobre 1989, seulement un jour après la saisine de la Commission européenne et quelques heures après l'indication de la mesure provisoire visant à la suspension de l'expulsion des requérants. Parallèlement, si l'article 25 protègeait seulement l'exercice efficace du droit d'introduire une requête, les États ne pouvaient priver néanmoins d'intérêt pratique le résultat éventuel d'un tel recours puisqu'une telle garantie procédurale inclut le droit, pour le particulier, à faire valoir ses arguments devant les organes de la Convention en vue d'obtenir la protection de ses droits fondamentaux[312]. Dès lors, les mesures provisoires liaient les États car elles constituaient le moyen de protection du requérant contre une violation de ses droits, de nature à lui causer un préjudice irréparable et le moyen de ne pas réduire à néant une procédure devant la Commission ou la Cour[313]. Enfin, dans leur opinion dissidente, les juges admettaient qu'à la différence d'autres instruments internationaux, la Convention ne renfermait aucune clause explicite relative à l'indication de mesures provisoires. Cependant, ils affirmaient que ce constat ne devait pas empêcher l'adoption d'une interprétation autonome mettant l'accent sur son objet et son but ainsi que sur l'efficacité de son mécanisme de contrôle, tout en rappelant les conditions du contexte, à savoir l'adhésion de presque tous les États membres du Conseil de l'Europe au droit de recours individuel et à la juridiction obligatoire de la Cour[314].

91. Le caractère controversé des mesures provisoires et l'absence d'une conception harmonisée au regard de leur portée reflétaient l'état du droit international au moment de l'arrêt *Cruz Varas*. L'absence d'une approche uniforme à l'égard de ces mesures a influencé la position de la Cour et l'adoption d'une interprétation restrictive puisqu'elle ne pouvait déduire des principes généraux du droit international et de la position des autres organes de protection une quelconque portée obligatoire aux mesures conservatoires, étant donné que ces derniers ne s'étaient pas encore prononcés sur la question, notamment le Comité des droits de l'Homme, le Comité contre la torture ou la Cour internationale de justice[315]. Néanmoins, elle

[311] V. Opinion Dissidente Commune À Mm. Les Juges Cremona, Thór Vilhjálmsson, Walsh, Macdonald, Bernhardt, De Meyer, Martens, Foighel Et Morenilla, sous *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, série A n° 201.
[312] Ibid., § 2.
[313] Ibid., § 3.
[314] Ibid., § 5.
[315] V. parmi de nombreux commentaires : COHEN-JONATHAN, G., De l'effet juridique des mesures provisoires dans certaines circonstances et de l'efficacité du droit de recours individuel : à propos de l'arrêt de la Cour de Strasbourg Cruz Varas du 20 mars 1991, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, pp. 205-

aurait pu accorder une plus grande importance au particularisme du système interaméricain qui est le plus proche du système européen. Dès lors, l'évolution générale du droit international, l'alignement progressif de tous les organes de protection et l'ouverture aux sources externes permettront à la Cour EDH d'opter en faveur d'un changement de raisonnement juridique dans son arrêt de revirement *Mamatkoulov*.

2. L'affaire *Mamatkoulov* : entre revirement nécessaire et reconnaissance contestée

92. À l'origine de l'affaire *Mamatkoulov*[316], se trouvaient deux requêtes dirigées contre la Turquie concernant l'extradition des requérants vers la République d'Ouzbékistan dont ils sont ressortissants. Il s'agissait d'opposants politiques accusés d'avoir commis des infractions pénales et demandant l'asile en Turquie. La Cour avait été saisie le 11 et 12 mars 1999 et le 18 mars 1999 la présidente de la Chambre compétente de la Cour a indiqué au gouvernement turc, en application de l'article 39 du Règlement, de ne pas extrader les requérants vers l'Ouzbékistan avant la réunion de la Chambre, le 23 Mars 1999. Or, le gouvernement turc prit un décret d'extradition le 19 mars 1999, ne se conformant pas ainsi à la demande de mesures provisoires. Par ailleurs, en dépit des garanties diplomatiques de la part du gouvernement ouzbèke, les représentants des requérants faisaient valoir devant la Cour qu'ils ne pouvaient pas entrer en contact avec leurs clients qui étaient détenus dans des mauvaises conditions et subissant des actes de torture en prison, en invoquant ainsi une violation des articles 2, 3 et 6 de la Convention et de l'article 39 du Règlement[317]. Après un premier arrêt de revirement en 2003[318], celui-ci a été confirmé par la Grande Chambre en février 2005. Dans cette affaire, l'approche de la Cour est radicalement différente par rapport à l'arrêt *Cruz Varas* puisque le dialogue, à travers l'ouverture aux sources externes, sera au service de la protection des droits de la personne, dans la mesure où il va légitimer l'interprétation extensive adoptée et le revirement de jurisprudence[319].

---

230 ; GARCIA DE ENTERRIA, E., De la légitimité des mesures provisoires prises par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1992, pp. 251-268.

[316] *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I.

[317] *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, §§ 1-31, CEDH 2005-I.

[318] *Mamatkoulov et Abdurasulovic c. Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99, §§ 105-106, 6 février 2003.

[319] V. notam. COHEN-JONATHAN, G., Sur la force obligatoire des mesures provisoires: l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne du 4 février 2005, in *Revue générale du droit international public*, 2005, t. 109, n°2, pp. 421-434 ; FRUMER, P., Un arrêt définitif sur les mesures provisoires : la Cour européenne des droits de l'homme persiste et signe. Commentaire de l'arrêt Mamatkoulov et Askarov c. Turquie du 4 février 2005, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 64/2005, pp. 799-826 ; BURGORGUE-LARSEN, L., « De l'art de changer de cap. Libres propos sur les « nouveaux » revirements de jurisprudence de la Cour européenne des

93. Premièrement, le raisonnement de la Cour s'était attaché à l'exercice du droit de recours individuel codifié à l'article 34 de la Convention[320], anciennement l'article 25 avant l'entrée en vigueur du Protocole 11. Elle estimait qu'il s'agissait d'un pilier essentiel de l'efficacité du système de la Convention, dont le caractère singulier est d'être un traité de garantie collective des droits de l'Homme [321] . L'argumentation des parties était particulièrement intéressante à l'égard de l'article 34. Pour les représentants des requérants, la Turquie avait manqué à ses obligations en vertu de l'article 34 de la Convention puisque les Messieurs Mamatkoulov et Askarov avaient été extradés en dépit de la demande en mesures provisoires indiquée par la Cour en vertu de l'article 39 de son Règlement[322]. Ils estimaient que l'extradition des requérants avait constitué un obstacle à la présentation efficace d'une requête à la Cour puisqu'ils n'avaient pas pu rentrer en contact avec leurs clients étant, dès lors, « privés de la possibilité de susciter, dans le cadre de l'administration des preuves, d'éventuelles recherches propres à étayer leurs allégations au titre de l'article 3 »[323]. Pour le gouvernement turc, aucune question ne se posait à l'égard de l'article 34 estimant que les griefs tirés de cet article étaient infondés tout comme ceux tirés de l'article 3. Par ailleurs, il alléguait que la question des effets des mesures provisoires indiquées en vertu de l'article 39 du Règlement de la Cour avait déjà été résolue dans l'affaire *Cruz Varas*, déduisant ainsi « qu'aucune obligation juridique de se conformer à ce genre d'indication ne pèserait sur les États contractants »[324]. Le gouvernement turc affirmait que les termes même de la demande adressée en l'espèce reflétait le caractère non contraignant des mesures provisoires mais, surtout, que « les juridictions internationales fonctionnent dans le cadre de la compétence juridictionnelle qui leur est conférée en vertu d'un traité international : si le traité ne prévoit pas le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires avec effet obligatoire, pareil pouvoir n'existe pas » [325] . Précisément, il aurait été possible de rejeter l'argumentation du gouvernement turc en soulignant que la compétence juridictionnelle conférée en vertu d'un traité conclu de façon consensuelle se détache de l'office de la fonction judiciaire que possède un organe en raison de l'instrument spécifique qu'il a pour mission de protéger. Cette

---

droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant 2004, pp. 335-353.

[320] Selon l'article 34 de la CEDH : « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ».

[321] *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, § 100, CEDH 2005-I.

[322] Ibid. § 92.

[323] Ibid., § 94.

[324] Ibid., § 96.

[325] Ibid., § 97.

convention spéciale de protection des droits de l'Homme avait été initialement ratifiée par les États par l'expression d'une volonté manifeste d'adhérer à l'objet et but d'un tel texte. Rappelons que la CVDT codifie le droit international coutumier en matière d'interprétation et qu'il est nécessaire d'interpréter un traité à la lumière de son objet et de son but, à l'aune du principe de l'effet utile des conventions, sous peine qu'il soit entaché de nullité dans ses effets mais également qu'il faut l'interpréter de bonne foi selon le principe *pacta sunt servanda*. Ainsi, les objectifs spécifiques attachés à la Convention européenne des droits de l'Homme ne pourraient jamais être atteints sans une part d'émancipation du juge et de liberté interprétative, conformément néanmoins aux principes juridiques communément admis en la matière. La fonction propre attachée à la justice est de répondre de manière adéquate à un cas d'espèce en interprétant le droit de la manière la plus cohérente par rapport aux faits. Dès lors, le juge est un interprète autonome, investi initialement du *juris dictio*, le pouvoir de dire le droit et dont l'appréciation s'impose car les règles juridiques exigent interprétation pour être concrètes et s'appliquer à des faits réels qu'elles ont vocation à régir, bien que dans l'ordre juridique international, le juge ne dispose pas de l'*imperium*. *A contrario* du gouvernement turc, la Commission internationale de juristes, partie à l'affaire en tant que tiers intervenant, soutenait qu' « à la lumière des principes généraux de droit international, du droit des traités et de la jurisprudence internationale, les mesures provisoires prévues à l'article 39 du Règlement de la Cour ont un caractère contraignant pour l'État concerné »[326].

94. L'appréciation de la Cour EDH ci-après, démontre la prise en considération des arguments avancés par des tiers intervenants, susceptible de suggérer la pratique du dialogue à travers la référence à des sources externes. La Cour avait rappelé que l'objet et le but de la Convention doivent s'interpréter de telle manière à en rendre les exigences concrètes et effectives dans le cadre du système de requêtes individuelles[327]. Egalement, elle avait souligné que l'interprétation des droits et libertés devaient concorder avec l'esprit de la Convention qui est destinée à sauvegarder et à promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique[328]. Dès lors, elle en avait déduit que les obligations découlant de l'article 34 impliquaient de s'abstenir de toute pression, tout acte ou omission détruisant l'objet d'une requête, qui rendrait celle-ci inutile ou qui empêcherait la Cour de l'examiner au détriment des intérêts des requérants individuels[329]. Si elle avait observé que l'article 39 du Règlement

[326] Ibid., § 98.
[327] Ibid., § 101.
[328] Ibid.
[329] Ibid., § 102.

était d'interprétation stricte[330], elle avait toutefois remarqué qu'il ne jouait que dans des domaines limités, lorsqu'il existait un risque imminent de dommage irréparable, à l'égard du droit à la vie, de la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements et du respect du droit à la vie privée et familiale[331], puisque la grande majorité de ces mesures avaient été adoptées dans des affaires d'expulsion et d'extradition[332]. Dès lors, pour la Cour EDH, une demande de mesures provisoires se justifie lorsqu'il existe un risque de préjudice irréparable, que le droit appartient au noyau dur des droits fondamentaux, ces mesures ayant ainsi pour but de maintenir le *statu quo* avant la décision finale[333]. Cependant, la Cour avait admis qu'il n'existait pas de clause explicite dans la Convention de laquelle il serait possible de déduire un pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ayant une force obligatoire, en rappelant les affaires *Cruz Varas* et *Conka c. Belgique,* ledit pouvoir ne pouvant se déduire ni de l'article 34 *in fine,* ni d'autres sources[334].

95. Toutefois, puisque la Cour ne pouvait trouver la solution dans le texte de la Convention et à l'intérieur de son système juridique, elle s'est tournée vers des sources extérieures en faisant référence au droit et la pratique internationaux jugés pertinents. Tout d'abord, elle avait analysé les mesures provisoires sous l'angle des principes généraux du droit international [335], en soulignant que la Convention européenne s'interprétait conformément à la CVDT, dont l'article 31, § 3, c)[336] évoque la possibilité de prendre en considération, lors de l'opération d'interprétation, toute règle pertinente du droit international applicable dans les relations entre les parties. Dès lors, la Cour avait rappelé que la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite se détermine

[330] Ibid., § 103.
[331] Ibid., § 104.
[332] Ibid., § 107. La Cour européenne avait rappelé la jurisprudence *Soering*, affaire la plus notable en la matière avec l'extradition de la Grande-Bretagne vers les États-Unis en vertu d'un traité bilatéral qui avait abouti à une condamnation de la première pour violation de l'article 3. Dans ce contexte, elle avait donné la primauté à la Convention dans la mesure où elle avait jugé que s'il existait un conflit entre les obligations d'un État partie à la Convention et les obligations en vertu d'un traité d'extradition conclu avec un État tiers, il existait une prévalence des premières sur les secondes.
[333] Ibid., § 108.
[334] Ibid., § 109.
[335] *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, § 110, CEDH 2005-I.
[336] Article 31 de la CVDT : « 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. 2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ; b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité. 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ; b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ; c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. 4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties ».

conformément aux principes du droit international régissant la matière, tout en tenant compte du caractère particulier de la Convention, qui est un traité de protection des droits de l'Homme[337]. Néanmoins, l'interprétation de la Convention, en dépit de ses spécificités, devait être, dans toute la mesure du possible en harmonie avec les autres principes du droit international[338]. La Cour exposait ainsi les bases interprétatives d'un raisonnement juridique ouvert, en accord avec les principes du droit international[339]. La Cour avait souligné la diversité des mesures provisoires dans l'ordre juridique international, émanant tant de juridictions que de quasi-juridictions[340], en remarquant également leur importance fondamentale eu égard la pluralité de décisions et ordonnances rendues par les institutions internationales. Elle s'était référée précisément à la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme[341] et à celle de la Cour interaméricaine[342], tout en mentionnant simplement le Comité contre la torture sans autres précisions[343]. Néanmoins, afin d'opérer le revirement de jurisprudence, elle s'était très largement inspirée de l'arrêt *Lagrand* de la CIJ[344]. Ainsi, la Cour EDH avait rappelé sa jurisprudence constante en vertu de laquelle la Convention européenne est « un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles »[345], avant de préciser que si le droit de recours individuel était facultatif à l'origine, il avait toujours été d'une grande importance, constituant la clef de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits et libertés protégés par la Convention, en offrant à l'individu un véritable droit d'action pour faire valoir ses droits et libertés qu'il tient directement de la Convention[346]. Au regard du principe de l'interprétation évolutive dégagée dans l'affaire *Loizidou*[347] et de l'article 31 § 1 de la CVDT[348], la Cour opère un revirement de jurisprudence à l'égard de la portée des mesures provisoires qu'elle juge comme étant liées à la procédure et

[337] *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 59, série A n° 18.
[338] *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 60, CEDH 2001-XI.
[339] *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, § 111, CEDH 2005-I.
[340] Ibid., § 112.
[341] Ibid., § 114. V. égal. §§ 41-42 de l'arrêt pour les décisions citées.
[342] Ibid., § 116.
[343] Ibid., § 115. En effet, si aux §§ 44-45 de l'arrêt, plusieurs décisions du Comité contre la torture sont mentionnées, la Cour ne les reprend pas.
[344] Ibid., § 117. L'affaire *Lagrand* de la CIJ est très largement détaillée au § 48 de l'arrêt.
[345] *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, § 121, CEDH 2005-I; *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série A n° 26; *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 75, CEDH 2002-VI.
[346] *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, § 122, CEDH 2005-I.
[347] *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, § 93, série A n° 310: la Cour précise également dans cette affaire que la Convention européenne est « un instrument de l'ordre public européen ».
[348] *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, § 123, CEDH 2005-I: la Cour renvoie au § 39 de l'arrêt pour l'analyse détaillée de cet article, selon lequel les traités doivent être interprétés de bonne foi, à la lumière de leur objet et but, tout en prenant en compte le principe de l'effet utile.

à la décision finale au fond[349]. Dans le dispositif de la décision, elle cite, dans un ordre qui n'est probablement pas aléatoire, la jurisprudence de la Cour internationale de justice, de la Cour interaméricaine, du Comité des droits de l'Homme et enfin du Comité contre la torture pour affirmer que la sauvegarde des droits des parties en cas de risque de préjudice irréparable est un objectif essentiel des mesures provisoires [350] . La Cour EDH avait ajouté, qu'indépendamment du système juridique considéré, toute bonne administration de la justice implique l'abstention d'actes de caractère irréparable, le recours suspensif étant d'une importance capitale dans le domaine des affaires relatives à l'extradition et à l'expulsion[351]. Elle rappellait que si le principe d'effectivité du recours était inhérent à toute procédure interne, il devait en être de même pour la procédure devant la Cour[352]. Enfin, puisque les mesures provisoires étaient nécessaires pour l'examen efficace d'une requête, en tant qu'outil au service de l'effectivité de la protection prévue par la Convention[353], toute inobservation d'une demande de telles mesures, devait constituer une violation de l'article 34 qui consacre le droit de recours individuel[354].

96. Ce revirement jurisprudentiel intervient à l'égard d'une garantie procédurale de prévention des violations des droits de la personne et témoigne d'un alignement tardif de la Cour européenne. Elle semble avoir attendu une très large convergence de la part des organes de protection à l'égard de la portée contraignante de telles mesures et surtout l'arrêt *Lagrand* de la Cour internationale de justice. En effet, l'articulation de son raisonnement autour de l'effectivité du droit de recours individuel renvoie plutôt au raisonnement employé par le Comité des droits de l'Homme et le Comité contre la torture. Cependant, dans le cadre de son appréciation, elle s'attarde plutôt sur la jurisprudence de la Cour internationale de justice, qui semble bénéficier d'une autorité interprétative renforcée pouvant lui donner la légitimité d'adopter une interprétation extensive de la portée des mesures provisoires. Ainsi, si le dialogue apparaît comme facteur de revirements jurisprudentiels à travers la mise en œuvre

[349] Ibid, § 123.
[350] Ibid., § 124.
[351] Ibid.
[352] Ibid.
[353] Ibid., § 125.
[354] Ibid., §§ 128-129. La Cour formule précisément la solution de revirement en ces termes : « 128. 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. 129. Compte tenu des éléments en sa possession, la Cour conclut qu'en ne se conformant pas aux mesures provisoires indiquées en vertu de l'article 39 de son règlement, la Turquie n'a pas respecté les obligations qui lui incombaient en l'espèce au regard de l'article 34 de la Convention ».

d'un raisonnement juridique évolutif fondé sur le recours aux sources externes, il peut également jouer le rôle de catalyseur dans le mouvement d'harmonisation jurisprudentielle à l'égard d'aspects substantiels relatifs à la prohibition de la torture, tels que la définition d'un acte de torture et la nature de cette interdiction.

Section 2. Le dialogue comme facteur d'harmonisation jurisprudentielle

97. Si dans le cadre du droit international des droits de la personne, un raisonnement juridique évolutif est inhérent à la nature même des droits protégés qui appellent à une convergence, il semblerait qu'en ce qui concerne une prohibition absolue visant à la protection de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine, ce raisonnement n'est pas seulement évolutif mais également global. En effet, eu égard le caractère indérogeable de l'interdiction de la torture, peines ou traitements inhumains et dégradants, la prétention à l'universalité est non seulement un idéal, mais également une condition de l'effectivité. Dès lors, en identifiant dans la jurisprudence les positions internationales communes, celles-ci fondent un raisonnement juridique global (§1). Ces positions internationales communes ne reflètent pas seulement une teneur substantielle convergente mais également une sorte de continuité, de fil directeur dans les méthodes d'interprétation utilisées par les organes de protection. Si l'ordre juridique international tend à être tout à fait particulier, l'ordre juridique naissant du droit international des droits de la personne semble s'en distinguer tout en gardant certaines caractéristiques qui fondent sa juridicité et sa légitimité. Dès lors, par le dialogue, émergerait une cosmopolitisation de l'interprétation jurisprudentielle des droits de la personne en raison des méthodes d'interprétation communes aux interprètes des organes de protection (§2).

§ 1. Les positions internationales communes au fondement d'un raisonnement juridique global

98. Pour illustrer que les positions internationales communes et la convergence progressive des organes de protection quant au contenu de la prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants, il est nécessaire de rendre compte des étapes qui ont contribué à ériger cette interdiction au rang de norme impérative du droit international puisque les textes conventionnels ne la désignaient pas en tant que telle au moment de leur adoption. En effet, le caractère indérogeable de la prohibition de la torture a été consacré par

la jurisprudence internationale. Par ailleurs, il est intéressant de mettre en lumière l'interprétation de l'acte de viol dans la pratique des organes internationaux de protection. En efft, le point de départ pour la reconnaissance jurisprudentielle du caractère impératif de l'interdiction de la torture a été précisément la définition de l'acte de viol comme pouvant être constitutif d'un acte de torture au regard des éléments caractéristiques de ce dernier (A). Si l'impulsion a été donnée par les Nations Unies et par le cadre interaméricain, les tribunaux pénaux internationaux, et particulièrement la jurisprudence du TPIY, ont consacré de la prohibition de la torture une norme du *jus cogens*. L'émergence de l'idée, sa concrétisation et sa consolidation à l'échelle internationale montrent la force des positions internationales communes et la perméabilité entre les systèmes de protection, qui contribuent à la hiérarchie naissante du droit international (B).

A. L'identification de l'acte de viol comme constitutif d'un acte de torture

99. Si de nombreux instruments conventionnels, interdisent la pratique de la torture, qu'il s'agisse d'instruments de protection des droits de la personne ou relevant du droit international humanitaire, la plupart ne définissent pas ce qu'ils entendent par acte de torture. Les premières définitions ont été adoptées dans le cadre des Nations Unies (1), le Rapporteur spécial sur la torture n'hésitant pas à englober l'acte de viol dans les méthodes de la torture dès 1986. Ainsi, son influence a été certaine sur la Commission interaméricaine des droits de l'Homme qui n'a pas hésité à s'en inspirer et à affirmer avec force que l'acte de viol pouvait être constitutif d'un acte de torture (2).

1. L'impulsion donnée par la *soft law* : l'apport des organes des Nations Unies

100. L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants le 9 décembre 1975[355]. Elle définit la torture en son article premier comme :

> « [T]out acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont délibérément infligées à une personne par des agents de la fonction publique ou à leur instigation, aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'un tiers des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle a commis ou qu'elle est soupçonnée d'avoir commis, ou de l'intimider ou d'intimider d'autres personnes.

[355] AGNU, 9 décembre 1975, Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en relation avec la détention et l'emprisonnement, Résolution 3452 (XXX).

> Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles, dans une mesure compatible avec l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus[356], [en précisant que] la torture constitue une forme aggravée et délibérée de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants »[357].

101. Cette déclaration, ayant été adoptée par consensus, reflète la position unanime des États à l'égard de la notion de la torture. Elle mentionne également les sanctions légitimes résultant de peines légales en se référant aux conditions de traitement des détenus, ce qui est assez inédit. Dans le cadre des Nations Unies, un autre apport incontestable a été celui de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adoptée le 10 décembre 1984 qui est le premier instrument conventionnel à définir la torture en droit international. La Convention comporte 165 États parties, avec 83 États signataires, démontrant une adhésion quasi-universelle. Ainsi, en vertu de l'article premier :

> **«** 1. Aux fins de la présente Convention, le terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles. 2. Cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large ».

102. Cette définition complète celle de la Déclaration de l'Assemblée générale et définit ainsi une base de référence à l'identification des actes de torture, tout en tempérant sa portée. En effet, elle définit un standard minimum, une base commune qui est sans préjudice de toutes autres dispositions nationales ou internationales contenant des dispositions de portée plus large et plus protectrices des droits de la personne. L'acte de torture se définit à travers plusieurs éléments. Premièrement, il exige un acte intentionnel, en vue de causer un préjudice

---

[356] *L'Ensemble des règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (dites Règles Nelson Mandela)*, tel qu'adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants en 1955 et approuvé par le Conseil économique et social dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977, constitue « le corps de référence universellement reconnu des normes minimales applicables en matière de gestion des établissements pénitentiaires et de traitement des détenus » (p. 1).

[357] Article premier, §1 et § 2 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, préc.

psychologique et physique. Deuxièmement, cet acte intentionnel poursuit nécessairement un but précis, comme l'intimidation, la punition ou l'obtention d'aveux, l'article désignant une liste non exhaustive de buts poursuivis et en élargissant les hypothèses avec de tels actes pratiqués en vertu de motifs fondés sur la discrimination, quelle qu'elle soit. Troisièmement, l'acte doit avoir été pratiqué par un agent de la fonction publique ou par une personne agissant à titre officiel, à son instigation ou avec son consentement implicite ou explicite. Ainsi, la définition de la torture en droit international exclut les actes pratiqués par des personnes privées. La torture implique nécessairement une action de la part d'une personne investie de prérogatives de puissance publique et qui agit au nom de l'État.

103. Dans son rapport annuel de 1986, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture avait dressé une liste non-exhaustive de différents types et méthodes de torture physique et psychologique parmi lesquelles les violences sexuelles[358]. Ainsi, il identifiait l'acte de viol, l'insertion de divers objets dans les orifices corporels ou la technique du chevalet comme des actes constitutifs d'actes de torture. Parallèlement, il soulignait que la violation de la prohibition de la torture était directement liée à une violation de l'intégrité physique et mentale de l'individu. Il affirmait également qu'une analyse détaillée du phénomène de torture montrait que la violation de cette prohibition était en lien étroit avec d'autres violations des droits de la personne, notamment le droit ne pas être détenu arbitraire, le droit à un procès équitable, la liberté d'aller et venir ou encore la liberté d'expression[359]. Ainsi, l'acte de viol est une violation multidimensionnelle, imprévisible et démontrant une interdépendance entre dommages physiques et psychologiques, particulièrement lorsqu'il s'agit de personnes vulnérables, en étant constitutif de transgression à l'égard de plusieurs branches du droit international, qu'il s'agisse du droit international des droits de l'Homme, du droit international humanitaire ou du droit international pénal. Dans son rapport annuel de 1995[360], le Rapporteur spécial avait examiné les questions concernant les actes de torture visant de manière disproportionnée ou principalement les femmes ainsi que les circonstances propices à ce type d'actes en application de la résolution 1994/37 de la Commission des droits de l'Homme. Il déterminait ainsi que les méthodes de torture qui comportent des violences sexuelles se caractérisent comme étant essentiellement en rapport avec le sexe de la

[358] Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, Monsieur M. P. Kooijmans, en application de résolution 1985/33 de la Commission des droits de l'Homme, E/CN.4/1986/15, 19 février 1986, pp. 28-29, § 119.
[359] Ibid., p. 30, §§ 122 et suiv.
[360] Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, Monsieur Nigel S. Rodley, en application de la résolution 1992/32 de la Commission des droits de l'Homme, E/CN.4/1995/34, 12 janvier 1995.

victime[361]. Néanmoins, il précisait que les instruments de protection des droits de l'Homme concernant la torture ne mentionnaient pas expressément la violence fondée sur le sexe, celle-ci étant visée plutôt par plusieurs instruments adoptés dans le contexte du droit international humanitaire[362] sur lequel il prenait appui pour affirmer que la torture pratiquée contre les femmes avait nécessairement un impact sur la violation des droits des femmes en général[363].

104. À la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, le 25 juin 1993, 171 États avaient adopté par consensus la Déclaration et le Programme d'action de Vienne[364]. La Conférence se déclarait ainsi « consternée que des violations flagrantes et systématiques et des situations faisant gravement obstacle au plein exercice de tous les droits de l'Homme continuent à se produire en divers endroits du monde et elle les condamne », ces violations et obstacles se traduisant notamment par la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants, par les exécutions sommaires et arbitraires, par les disparitions forcées ou encore par des détentions arbitraires[365]. Plus précisément, à l'égard du droit de ne pas être torturé, elle soulignait la ratification par de nombreux États de la Convention contre la torture conclue dans le cadre des Nations Unies en invitant les autres États à le faire[366]. La Conférence avait affirmé « que l'une des violations les plus atroces de la dignité humaine est l'acte de torture, qui a pour conséquence d'ôter sa dignité à la victime et de porter atteinte à sa capacité de vivre et de poursuivre ses activités normalement »[367]. Consciente de la perméabilité entre le droit international des droits de l'Homme et le droit international humanitaire, elle déclarait qu'au regard de ces deux corpus normatifs, « le droit de ne pas être

[361] Ibid., § 16. Monsieur Rodley rappelait également les propos du Professeur Kooijmans devant la Commission des droits de l'Homme pour présenter son rapport de 1992 qui déclarait : « Il est évident que dans la mesure où, de manière particulièrement ignominieuse, ils portent atteinte à la dignité et au droit à l'intégrité physique de la personne, le viol et toutes les autres formes de violence sexuelle dont peuvent être victimes les femmes placées en détention constituent des actes de torture » (E/CN.4/1992/SR.21, § 35) ».

[362] Ibid., § 17 : parmi les instruments cités figurent la Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé (Résolution 3318 (XXIX) de l'Assemblée générale) ; l'article 27 de la quatrième Convention de Genève (1949) qui prévoit que « les femmes seront spécialement protégées contre toute atteinte à leur honneur, et notamment contre le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à leur pudeur » et il s'applique aux femmes qui sont des personnes « protégées » au sens de l'article 4 de la Convention ; l'article 76, § 1 du Protocole additionnel I (1977) et l'article 4, § 2, e) du Protocole additionnel II (1977) interdisant le viol, la prostitution forcée, l'attentat à la pudeur et les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants.

[363] Ibid., § 20 : Le Rapporteur spécial renvoyait également à la recommandation générale n°19 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes qui figurait dans son rapport en date du 24 juin 1992 présenté à l'Assemblée générale (A/47/38) qui faisait figurer « le droit de ne pas être soumis à la torture et à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants parmi les droits dont l'exercice est compromis ou annulé, au regard du droit international, par la violence fondée sur le sexe, cela constituant une discrimination au sens de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ».

[364] Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, 14-25 Juin 1993, Vienne, Autriche, A/CONF.157/23, 12 juillet 1993 (Déclaration de Vienne).

[365] Ibid., § 30.

[366] Ibid., § 54.

[367] Ibid., § 55.

soumis à la torture est un droit qui doit être protégé en toutes circonstances, notamment en temps de troubles internes ou internationaux ou de conflits armés »[368]. Enfin, la Conférence demandait « instamment à tous les États de mettre immédiatement fin à la pratique de la torture et d'éliminer à jamais ce fléau en donnant pleinement effet à la Déclaration universelle des droits de l'Homme ainsi qu'aux conventions pertinentes, et en renforçant si nécessaire les mécanismes existants »[369].

105. La déclaration ayant été adoptée à l'unanimité des États parties, son contenu témoigne d'un large consensus parmi la communauté internationale bien qu'il s'agisse des instruments relevant de la *soft law*, qui n'ont pas véritablement une portée juridiquement contraignante en l'absence d'un pouvoir de coercition. Néanmoins, la prise en compte des positions adoptées dans le cadre des Nations Unies par les organes de protection des droits de la personne, traduit un phénomène de juridicisation de ces règles et qui ont une influence sur le raisonnement juridique adopté dans le cadre de l'exercice du pouvoir d'interprétation.

2. La reconnaissance explicite par la Commission interaméricaine des droits de l'Homme

106. La Commission interaméricaine a été le premier organe régional de protection des droits de la personne à avoir à se prononcer sur l'acte de viol comme constitutif d'un acte de torture. Dans l'affaire *Marti de Mejia c. Pérou*[370], les requérants alléguaient la responsabilité de membres de l'armée péruvienne dans le séquestre, la torture et la mort de Fernando Mejía et dans le viol répété de sa femme, Raquel Martín, la séquestration, de l'homicide ultérieur et les abus sexuels répétés concordant avec le *modus operandi* de l'armée lors de la commission d'autres graves violations des droits de l'Homme. Puisque le gouvernement péruvien n'avait pas discuté les faits allégués, ni apporté des preuves contraires, la Commission avait estimé que la version des requérants répondait aux critères de compatibilité, de crédibilité et de spécificité, décidant ainsi de présumer vrais les faits, notamment l'acte de viol, perpétrés par les militaires de l'armée péruvienne. Elle estimait que les faits allégués étaient très largement appuyés par plusieurs rapports internationaux, émanant d'organismes intergouvernementaux et non gouvernementaux. Elle citait notamment le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture qui, dans ses rapports annuels de 1992 et 1993, faisait valoir que l'armée péruvienne

[368] Ibid., § 56.
[369] Ibid., § 57 ; v. égal. §§ 58-61 sur la dimension préventive nécessaire dans le domaine de la torture et les mesures concrètes demandées aux États tels que l'abrogation des lois d'amnisties et la poursuite d'enquêtes effectives à l'égard des auteurs d'actes de torture.
[370] CommIADH, 1er mars 1996, *Marti de Mejia c. Pérou*, affaire n° 10.970, rapport n°5/96.

commettaient souvent des abus sexuels dans les zones placées en état d'urgence en soulignant le nombre de plaintes abondantes reçues à propos de la pratique du viol et des agressions sexuelles dans les campagnes menées par les militaires contre les insurgés. Il désignait l'acte de viol comme une forme d'intimidation et de châtiment contre les civils soupçonnés de collaborer avec les groupes insurgés[371]. La Commission renvoyait également à un rapport d'Amnesty International relatif à la violence à l'égard des femmes et plus particulièrement qui faisait état de nombreux abus sexuels au Pérou dès 1986, pratiqués par des soldats bénéficiant d'une absolue[372] ainsi qu'à un rapport de Human Rights Watch faisant valoir les mêmes affirmations[373].

107. La démarche ouverte de la Commission à l'égard de l'espace normatif de l'ordre international était affirmée dans la mesure où elle soutenait que « le droit international en vigueur stipule que les abus sexuels commis par des membres des forces de sécurité, soit à la suite d'une pratique émanant de l'État, soit à la suite de l'échec de celui-ci d'empêcher la commission de ce crime, représentent une violation des droits de l'Homme des victimes, et notamment de leur droit à l'intégrité physique et mentale ». Par la notion de « droit international en vigueur », la Commission faisait référence tout d'abord au droit international humanitaire, avec plusieurs dispositions issues des quatre Conventions de Genève (1949) et des Protocoles additionnels. En effet, l'article 27 de la 4ème Convention de Genève relative à la protection des civils en temps de guerre interdit de façon explicite les abus sexuels. Son article 147 identifie, parmi les actes considérés comme des infractions graves ou comme des crimes de guerre, l'acte de viol qui constitue un acte de torture ou un traitement inhumain ou dégradant. Parallèlement, l'article 76 du premier Protocole additionnel (1977) interdit expressément le viol ou tout autre genre d'abus sexuels. L'article 85.4 du même Protocole ajoute que lorsque ses pratiques sont fondées sur une discrimination raciale, elles constituent des infractions graves. En ce qui concerne les conflits armés non internationaux, l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève[374] ainsi que l'article 4.2 du deuxième Protocole additionnel (1977) interdisent les attentats contre la vie, l'intégrité corporelle et la dignité

[371] Ibid., la Commission cite les documents suivants du Rapporteur spécial sur la torture: ONU E/CN.4/1993/26, paragraphe 355 ; ONU E/CN.4/1994/31, paragraphes 431 et 432 ; paragraphe 429.
[372] Amnesty International, mars 1991, *Women in the Front Line - Human Rignts Violations against Women*, p. 20 ; Amnesty International, 1991, *Peru: Human Rights in a Climate of Terror*, London, p. 7.
[373] Human Rights Watch, Americas Watch and Women's Rights Project, *Untold Terror: Violence Against Women in Peru's Armed Conflict*, pp. 2-3.
[374] Selon la jurisprudence de la Cour internationale de justice, les interdictions énoncées à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève (1949) reposent sur des « considérations élémentaires d'humanité » auxquelles on ne peut déroger, qu'il s'agisse d'un conflit armé de caractère international ou non international : v. notam. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 juin 1986, CIJ, Recueil 1986, p. 114, § 218.

personnelle, notamment les traitements humiliants ou dégradants, tels que le viol, la prostitution forcée ou toute autre forme d'attentat à la pudeur. Ensuite, la Commission interaméricaine se référait à l'article 5 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie[375] en vertu duquel les actes de torture et de viol pratiqués de façon systématique et massive constituent un crime contre l'humanité[376]. Se référant en priorité au droit international humanitaire et au droit international pénal, elle mentionnait dans un deuxième temps, le droit international des droits de l'Homme en se référant à l'article 5 de la Convention américaine qui dispose que « toute personne a droit au respect de son intégrité physique, psychique et morale »[377] et que « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants »[378]. La Commission interaméricaine soulignait toutefois que la Convention ne définissait pas ce qu'il fallait entendre par la notion de « torture » et renvoyait ainsi à la définition posée par la Convention interaméricaine pour la prévention et la sanction de la torture[379]. En effet, si la première définition de la torture est issue du droit conventionnel des Nations Unies dès 1984 ; dès l'année suivante, dans le cadre du système interaméricain, la torture est définie par l'article 2 de cette Convention de la manière suivante :

> « Aux effets de la présente Convention, on entend par torture tout acte par lequel sont infligées intentionnellement à une personne des peines ou souffrances, physiques ou mentales, aux fins d'enquêtes au criminel ou à toute autre fin, à titre de moyen d'intimidation, de châtiment personnel, de mesure préventive ou de peine. On entend également par torture l'application à toute personne de méthodes visant à annuler la personnalité de la victime ou à diminuer sa capacité

[375] Le Statut du Tribunal a été établi le 25 mai 1993 par la résolution 827 du Conseil de Sécurité.

[376] Article 5 du Statut du TPIY : « Le Tribunal international est habilité à juger les personnes présumées responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit : a) assassinat ; b) extermination ; c) réduction en esclavage ; d) expulsion ; e) emprisonnement ; f) torture ; g) viol ; h) persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses ; i) autres actes inhumains ».
V. égal. le Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de Sécurité présenté le 3 mai 1993 (S/25704) à l'égard des aspects juridiques relatifs au TPIY dont sa compétence *ratione materiae* en ce qui concerne notamment les crimes contre l'humanité aux paragraphes 47 et 48: « 47. Les crimes contre l'humanité ont été reconnus pour la première fois dans le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg, ainsi que dans la loi n° 10 du Control Council for Germany. Les crimes contre l'humanité sont dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit et sont interdits qu'ils aient ou non été commis au cours d'un conflit armé de caractère international ou de caractère interne. 48. Les crimes contre l'humanité désignent des actes inhumains d'une extrême gravité, tels que l'homicide intentionnel, la torture ou le viol, commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile quelle qu'elle soit, pour des raisons nationales, politiques, ethniques, raciales ou religieuses. Dans le conflit qui a éclaté sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, de tels actes inhumains ont pris la forme de la pratique dite du "nettoyage ethnique", de viols généralisés et systématiques et d'autres formes de violence sexuelle, y compris la prostitution forcée ».

[377] Article 5, § 1 de la CADH.

[378] Article 5, § 2 de la CADH.

[379] Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, adoptée à Cartagena de Indias, Colombie, le 9 décembre 1985, lors de la quinzième session ordinaire de l'Assemblée générale de l'OÉA.

physique ou mentale même si ces méthodes et procédés ne causent aucune douleur physique ou angoisse psychique.
Ne sont pas couvertes par le concept de torture les peines ou souffrances, physiques ou mentales, qui sont uniquement la conséquence de mesures légalement ordonnées ou qui leur sont inhérentes, à la condition que les méthodes visées au présent article ne soient pas employées dans l'application de ces mesures »[380].

108. Par ailleurs, en vertu de son article 3, sont identifiés comme responsables du délit de torture, « les employés ou fonctionnaires publics qui agissent à ce titre, l'ordonnent, l'encouragent, induisent sa perpétration, la commettent directement ou, pouvant l'empêcher, ne l'interdisent pas »[381] ainsi que « les personnes qui, à l'instigation de fonctionnaires ou employés publics visés par [le premier alinéa] l'ordonnent, l'incitent, induisent sa perpétration, la commettent directement ou en sont complices »[382]. Dès lors, eu égard les éléments qui précédent et le droit applicable, la Commission avait identifié trois éléments constitutifs de l'acte de torture, à savoir un acte par lequel on inflige à une personne des peines et souffrances physiques et mentales ; qui est commis à une certaine fin ; par un fonctionnaire public ou par une personne privée à l'instigation du premier. Elle avait confronté chacun des éléments aux faits de l'espèce de manière très pédagogique. En ce qui concerne le premier élément, elle affirmait que « le viol est un abus physique et mental qui se perpètre à la suite d'un acte de violence »[383], en rappelant les propos du Rapporteur spécial sur la torture dans son rapport de 1986 précité indiquant que le viol est une des diverses méthodes de torture physique et psychologique puisqu'il a pour objet d'humilier non seulement la victime mais aussi sa famille et sa communauté, tout en voulant intimider et punir. L'influence du Rapporteur spécial des Nations Unies à l'égard du raisonnement adopté par la Commission ne fait aucun doute puisque non seulement elle s'en inspire, mais elle en tient également compte dans la qualification de l'acte de viol comme un acte de torture physique et psychologique. À propos du deuxième élément, la Commission rappelait que « pour qu'une action soit une torture, elle doit avoir été commise intentionnellement, c'est-à-dire afin de produire chez la victime un résultat déterminé », en estimant qu'en l'espèce, la victime a été violée dans le but de la punir personnellement et de l'intimider puisqu'elle figurait sur la liste des personnes recherchées pour terrorisme et établie par le gouvernement

[380] Article 2 de la Convention interaméricaine contre la torture.
[381] Article 3, a).
[382] Article 3, b).
[383] Elle rappelle également l'article 170 du Code pénal péruvien qui confirme cette affirmation puisque le viol y est identifié comme l'acte par lequel, par violence ou sous grave menace, il oblige une personne à pratiquer l'acte sexuel.

péruvien. Enfin, par rapport au troisième élément relatif à la perpétration de l'acte par un agent de l'État ou à son instigation, il ne faisait aucun doute que l'auteur de l'acte était un membre des forces armées péruviennes. Dès lors, la Commission conclut que les trois éléments constitutifs de l'acte de torture sont réunis, en déclarant l'État péruvien responsable de la violation de l'article 5 de la CADH.

109. Néanmoins, la Commission va également examiner les abus sexuels au regard des dispositions de l'article 11 de la CADH en vertu duquel « toute personne a droit au respect de son honneur et à la reconnaissance de sa dignité »[384] et « nul ne peut être l'objet d'ingérences arbitraires ou abusives dans sa vie privée »[385]. A l'égard du droit au respect de la vie privée qui implique le droit à l'honneur et à la dignité, elle citait à nouveau le Rapporteur spécial contre la torture selon lequel le viol est « une attaque particulièrement vile contre la dignité humaine. Les femmes sont touchées dans l'élément le plus sensible de leur personnalité et les conséquences à long terme sont extrêmement dommageables puisque dans la majorité des cas, on ne donnera ni ne pourra donner le traitement psychologique et les soins nécessaires »[386]. Elle déclarait ainsi que le viol est non seulement une violation de l'intégrité physique et mentale de la victime mais également « un outrage délibéré à sa dignité [qui] relève donc de la notion de 'vie privée' ». À l'appui de cette affirmation, la Commission citait la jurisprudence de la Cour européenne en vertu de laquelle la notion de vie privée englobe l'intégrité physique et morale d'une personne et par conséquent, sa vie sexuelle[387], déclarant que la violation du droit à la vie privée est également imputable à l'État péruvien. Il est possible de critiquer le rattachement de l'outrage délibéré à la dignité à la notion de vie privée dans la mesure où la Commission avait déjà déclaré responsable l'État péruvien de la violation de l'intégrité physique et psychologique de la victime et de la violation de la prohibition de la torture et autres mauvais traitements. Peut-être voulait-elle mettre l'accent sur le caractère multidimensionnel de l'acte de torture et de son rattachement à des violations multiples des droits de la personne[388] et de démontrer son ouverture à l'égard tant des dispositions du droit international pénal que du droit international humanitaire qu'à l'égard de la Cour européenne, qui aura l'occasion de se prononcer sur affaire similaire dès l'année suivante, mais fera preuve de plus de retenue.

---

[384] Article 11, 1) de la CADH.
[385] Article 11, 2) de la CADH.
[386] Voir le Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, M. Kooijmans, E/CN.4/1993/26, préc., § 589.
[387] V. *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A n° 91.
[388] La Commission condamne également le Pérou au titre de l'article 1, 1) de la Convention américaine relatif à l'obligation générale de respect et de garantie des droits et libertés protégés.

3. L'occasion manquée par la Cour européenne des droits de l'Homme

110. Incontestablement, la définition de l'acte de torture s'est perfectionnée avec la contribution conjointe des organes de protection qui, au fil du temps, ont superposé tant leurs dispositions normatives inhérentes à leur système que leur jurisprudence en constante évolution. Un an après l'affaire *Marti de Mejia c. Pérou* portée devant la Commission interaméricaine, le dialogue, à travers l'ouverture aux sources externes, était suggéré à la Cour européenne par Amnesty International en ce qui concerne le seuil de gravité pour qualifier un acte de torture. Dans le cadre de l'affaire *Aydin c. Turquie*, dans ses observations écrites à la Cour, en tant que tiers intervenant, Amnesty International indiquait que :

> « Le viol d'une détenue par un agent de l'État en vue notamment de lui extorquer des renseignements ou des aveux ou bien l'humiliation, la punition ou l'intimidation de la victime sont considérés comme des actes de torture dans les interprétations contemporaines des normes en matière de droits de l'Homme. Cette organisation renvoie à cet égard à la décision Fernando and Raquel Mejia v. Peru rendue le 1er mars 1996 par la Commission interaméricaine des droits de l'Homme (rapport n° 5/96, affaire 10-970) en vertu de l'article 5 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme, ainsi qu'aux comptes rendus du Rapporteur spécial des Nations unies sur la torture et au fait que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a approuvé des actes d'accusation pour torture fondés sur des allégations de viol de femmes détenues. Amnesty International attire également l'attention sur les normes juridiques actuellement appliquées sur le plan international aux allégations de viol émanant de détenus, notamment sur les articles 11 et 12 de la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée en 1984 (paragraphe 48 ci-dessus) »[389].

111. Néanmoins, la Cour européenne fait le choix de ne pas intégrer dans son raisonnement des références à la décision de la Commission interaméricaine, aux rapports du Rapporteur spécial des Nations Unies ou aux actes d'accusations émanant du TPIY inculpant des individus pour des actes de viol commis sur des femmes détenues[390]. Elle accepte les faits établis par la Commission européenne des droits de l'Homme, selon lesquels la requérante avait été placée en détention, violée par les forces de sécurité puis soumise à diverses formes

[389] *Aydin c. Turquie*, 25 septembre 1997, req. n° 23178/94, § 51, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI, nous soulignons. Le § 48 renvoie à l'article 13 de la Convention des Nations Unies contre la torture relatif au droit de porter plainte pour des actes de torture et à l'article 12 relatif à la nécessité d'une enquête impartiale et indépendante ; le § 49 renvoie aux Déclarations publiques adoptées le 15 décembre 1992 par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants relatives à la Turquie après trois visites dans cet État concluant que la torture et les mauvais traitements étaient très largement pratiqués par les forces de police en détention.

[390] V. par ex. TPIY, acte d'accusation, 19 mars 1996, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (alias PAVO), Hazim Delic Esad Landzo (alias Zenga)*, chefs d'accusation 15 à 32.

de mauvais traitements pendant sa garde à vue[391]. La Cour ne mentionne pas les arguments du tiers intervenant préférant rappeler sa jurisprudence constante selon laquelle « l'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques » et prohibe, en des termes absolus, la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, n'admettant dès lors aucune exception à cette valeur fondamentale, quels que soient les motifs invoqués[392]. Elle rappelle la distinction entre acte de torture et autres mauvais traitements[393], la qualification de torture étant ainsi utilisée pour marquer d'une « infamie spéciale […] les seuls traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances »[394]. Alors même que les arguments avancés par Amnesty International rappelaient la décision de la Commission interaméricaine et les positions du Rapporteur spécial des Nations Unies contre la torture à l'égard de l'acte de viol comme pouvant être qualifié d'acte de torture en lui-même puisqu'il s'agit d'un acte de violence physique et mentale, la Cour préfère étayer de manière très approfondie les traitements dont fut victime la requérante[395]. Elle prend ainsi appui sur les faits pour conclure « que l'ensemble des actes de violence physique et mentale commis sur la personne de la requérante et celui de viol, qui revêt un caractère particulièrement cruel, sont constitutifs de tortures interdites par l'article 3 […] ». Ainsi, elle manque l'occasion de donner une force supplémentaire aux trois éléments constitutifs de l'acte de torture déterminés par la Commission interaméricaine. Parallèlement, en recherchant un seuil minimum de gravité pour qualifier un acte de torture plutôt que de mauvais traitement, elle amoindrit le caractère particulièrement grave de l'acte de viol. En effet, en déterminant la qualification par rapport à un faisceau d'actes de violence physique et mentale dans lequel elle inclut le viol, elle laisse entendre que l'acte de viol ne pourrait pas être constitutif en lui-même d'un traitement contraire à l'article 3, en l'absence d'un seuil de gravité particulièrement élevé. Dès lors, en dépit de son statut historique d'organe régional de protection des droits de l'Homme, la qualification de la prohibition de la torture comme une norme relevant du *jus cogens* et à laquelle aucune dérogation n'est permise sera l'œuvre première des tribunaux pénaux internationaux qui prendront en considération, les dispositions

[391] *Aydin c. Turquie*, 25 septembre 1997, req. n° 23178/94, § 80, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI.
[392] À savoir en cas de danger public menaçant la vie de la nation, des soupçons en matière de terrorisme ou autre activité répréhensible pesant sur une personne, v. *Aydin c. Turquie*, 25 septembre 1997, req. n° 23178/94, § 81, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI; v. égal. *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 62, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI.
[393] Conformément à l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 167, série A n° 25.
[394] *Aydin c. Turquie*, 25 septembre 1997, req. n° 23178/94, § 82, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI; dans le même sens, *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V.
[395] Ibid., §§ 83-85.

pertinentes du droit international, en vue d'interpréter les infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 et les violations graves des lois et coutumes de la guerre.

B. La consécration explicite de la prohibition de la torture comme une norme du *jus cogens*

112. La prohibition de la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants comme norme impérative du droit international, fait l'unanimité aujourd'hui parmi les organes de protection. L'impulsion des tribunaux pénaux internationaux a été déterminante, qu'il s'agisse du TPIY ou du TPIR (1). La position adoptée par le TPIY dans l'affaire *Furundzija* qui avait affirmé que l'acte de viol était en soi un acte de torture et que la prohibition de tels actes relevait du *jus cogens,* a été déterminante en ce qui concerne l'alignement des autres organes de protection (2).

1. Une première contribution des tribunaux pénaux internationaux : les affaires *Akayesu* et *Delalic*

113. En vertu de l'article 3 de son Statut, le TPIR avait compétence pour juger les personnes responsables de crimes commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile, quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse. L'article énumérait plusieurs types d'actes considérés dans ce contexte comme des crimes contre l'humanité : l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, l'expulsion, l'emprisonnement, la torture[396], le viol[397], les persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses; et enfin, autres actes inhumains. L'article 4 habilitait le Tribunal à connaître des violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II de 1977 en poursuivant les personnes qui commettaient ou qui donnaient l'ordre de commettre ce type de violations graves. Celles-ci renvoyaient à des atteintes graves à l'intégrité physique et mentale et incluent, de manière non exhaustive, les actes de torture, physique ou mentale, les traitements inhumains ou dégradants, l'actes de viol, les violences sexuelles ou encore la persécution[398]. La Chambre du TPIR avait considéré la torture comme un crime contre

[396] Nous soulignons, art. 3, f).
[397] Nous soulignons, art. 3, g).
[398] TPIR, Chambre I, 2 septembre 1998, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, § 504.

l'humanité au terme de l'article 3, f) du Statut[399] tout en faisant sienne la définition de l'acte de torture de l'article 1er de la Convention contre la torture des Nations Unies en citant expressément l'article[400]. Le Tribunal définissait ainsi les éléments essentiels constitutifs de l'acte de torture:

> « 1. L'auteur doit avoir infligé intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales pour un ou plusieurs des motifs suivants :
> a) obtenir de la victime ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux ;
> b) punir la victime ou une tierce personne d'un acte que la victime ou la tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis ;
> c) aux fins d'intimider la victime ou la tierce personne ou de faire pression sur elles ;
> d) pour tout motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit.
> 2. L'auteur est lui-même un agent de la fonction publique agissant à titre officiel ou agissant à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite »[401].

114. Pour le TPIR, la torture constituait un crime contre l'humanité lorsqu'en plus de ces éléments essentiels, les actes étaient perpétrés dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique, l'attaque étant dirigée contre la population civile et motivée par une forme de discrimination quelle qu'elle soit, fondée notamment sur l'appartenance nationale, ethnique, raciale, religieuse et politique des victimes[402]. Par la suite, la Chambre s'était interrogée précisément dans quelle mesure le viol pouvait constituer un crime contre l'humanité, conformément à l'article 3, g) du Statut. Elle estimait qu'elle devait définir le viol, « dans la mesure où aucune des définitions connues ne fait l'objet d'un consensus en droit international »[403]. Elle avait rappelé que le viol avait été défini par certaines juridictions nationales comme « tout acte de pénétration sexuelle non consensuel commis sur la personne d'autrui et qui peut consister en l'introduction d'objets quelconques dans des orifices du corps d'autrui qui ne sont pas considérés comme ayant une vocation sexuelle intrinsèque et/ou en l'utilisation de tels orifices dans un but sexuel »[404]. Cependant, le Tribunal est allé plus loin en affirmant que le viol constituait une forme d'agression dont les éléments essentiels ne pouvait être appréhendés en se limitant à « une description mécanique des objets et parties du corps qui interviennent dans sa commission », d'autant plus que la Convention contre la torture des Nations Unies n'énumérait pas d'actes précis dans sa définition de la torture en préférant

[399] Ibid., § 593.
[400] Ibid., § 593, voir également le § 681.
[401] Ibid., § 594.
[402] Ibid., § 595.
[403] Ibid., § 596.
[404] Ibid.

mettre l'accent sur un « cadre conceptuel de la violence sanctionnée par l'État », cette approche étant ainsi d'un grand intérêt du point de vue du droit international[405]. Dans la mesure où tant le viol que la torture sont généralement utilisés à des fins d'intimidation, de dégradation, d'humiliation, de discrimination, de sanction, de contrôle ou de destruction de la personne en constituant une atteinte à sa dignité, pour la Chambre, le viol devait être assimilé à un acte de torture lorsqu'il était commis par un agent de la fonction publique ou par toute autre personne agissant à titre officiel, à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite[406]. Dès lors, le TPIR avait défini le viol comme « une invasion physique de nature sexuelle commisse sur la personne d'autrui sous l'empire de la contrainte. L'agression sexuelle, dont le viol [était] une manifestation, [était] considérée comme tout autre acte de nature sexuelle, commis sous l'empire de la contrainte »[407]. Il avait précisé les critères de définition en ajoutant que cet acte devait avoir été commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique ; sur une population civile ; pour des motifs discriminatoires, en raison notamment de l'appartenance nationale, ethnique, politique, raciale ou religieuse de la victime[408].

115. Dans le jugement *Le Procureur c. Delalic et autres*[409], rendu le 16 novembre 1998, le TPIY faisait référence à la position du CDH[410] aux décisions de la Cour EDH fondatrices en ce qui concerne le seuil de gravité permettant de distinguer un acte de torture et un mauvais traitement[411] ainsi qu'à sa jurisprudence récente au moment du jugement[412]. Le Tribunal conclut que les actes constitutifs de torture étaient des actes positifs qui poursuivaient un but particulier et qui causaient des souffrances physiques et psychologiques déraisonnables[413]. Il estimait également que le caractère coutumier de l'interdiction de la torture découlait des différents textes internationaux qui l'affirmaient[414]. En ce qui concerne plus particulièrement le viol comme un acte de torture[415], il avait jugé que les textes internationaux prohibaient le

[405] Ibid., § 597.
[406] Ibid.
[407] Ibid., § 598.
[408] Ibid., § 597. Pour plus de précisions, v. §§ 686-688.
[409] TPIY, Ch. de 1ère inst., 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Delalic et autres* (*Affaire Celebici*), IT-96-21-T.
[410] Ibid., § 461.
[411] Ibid., § 462, v. *Affaire grecque*, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, vol. 12, 1969, rapport n° 5.11.69, p. 504; *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A n° 25 : sur le seuil de gravité nécessaire pour qualifier un acte de torture et non simplement de mauvais traitement.
[412] TPIY, Ch. de 1ère inst., 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Delalic et autres* (*Affaire Celebici*), IT-96-21-T, §§ 465-466, v. *Aydin c. Turquie*, 25 septembre 1997, req. n° 23178/94, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI; *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI.
[413] TPIY, Ch. de 1ère inst., 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Delalic et autres* (*Affaire Celebici*), IT-96-21-T, § 468.
[414] Ibid., § 470.
[415] Ibid., §§ 475 et suiv.

viol explicitement ou implicitement en vue de protéger l'honneur et la famille mais également que le droit international humanitaire interdisait le viol et les violences sexuelles[416]. Pour définir le viol, le TPIY cite l'affaire *Le Procureur c. Akayesu*[417] jugée par le TPIR seulement deux mois et demi auparavant[418]. Ainsi, le viol est défini comme « une pénétration physique de nature sexuelle effectuée sous la contrainte »[419]. Le Tribunal se réfère également à la décision *Marti de Mejia c. Pérou* de la Commission interaméricaine[420] en reprenant les trois éléments constitutifs du viol en tant qu'acte de torture déterminés dans cette décision[421]. En renvoyant à l'arrêt *Aydin c. Turquie* de la Cour EDH[422], le Tribunal affirme que « le viol est constitutif d'un acte de torture dans l'hypothèse de souffrances suffisamment vives »[423]. Enfin, en se référant de nouveau à l'affaire *Akayesu*[424], il considère que le viol est quasi-systématiquement un acte de torture lorsqu'il est commis par agent de l'État ou avec l'instigation de celui-ci[425]. Ainsi, le TPIY livre ses conclusions quant à la définition de l'acte de torture aux fins de l'application des articles 2 et 3 du Statut[426], en identifiant les éléments constitutifs suivants :

> « [I]l y doit y avoir un acte ou une omission qui provoque de vives souffrances, morales ou physiques ; infligées délibérément ; dans le but, par exemple, d'obtenir des informations ou des aveux de la victime ou d'une tierce personne, de punir la victime pour un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, d'intimider ou de contraindre la victime ou une tierce personne, ou pour toute autre raison fondée sur une discrimination quelle qu'elle soit ; et cet acte ou cette omission doit être commis par un agent de l'État ou une personne agissant à titre officiel, ou à son instigation ou avec son consentement »[427].

---

[416] Ibid. § 476.
[417] Ibid. § 478, v. TPIR, jugement du 2 septembre 1998, *Le Procureur c. Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T: affaire citée à la p. 189, dans une partie relative aux « Conclusions d'autres instances judiciaires internationales et régionales » et renvoyant également aux rapports de l'ONU relatifs au viol.
[418] La référence à une décision si récente soulève la question de la temporalité attachée aux décisions de justice afin que leurs solutions puissent faire autorité et s'imposer comme un précédent. V. nos développements sur la nature et l'autorité des précédents en droit international et quels changements s'opèrent à travers la pratique du dialogue.
[419] TPIY, Ch. de 1ère inst., 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Delalic et autres* (*Affaire Celebici*), IT-96-21-T, § 478.
[420] Ibid., § 481.
[421] Ibid., § 483.
[422] Ibid., § 487.
[423] Ibid., § 489.
[424] Ibid., § 490, v. TPIR, jugement du 2 septembre 1998, *Le Procureur c. Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, § 687.
[425] Ibid., § 491 : le tribunal renvoie également à la position du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et son rapport de 1992 identifiant le viol comme un acte de torture (préc.).
[426] En vertu de l'article 2 du Statut, le Tribunal est habilité à poursuivre les personnes qui se rendent coupables d'infractions graves aux quatre Conventions de Genève (1949), alors que l'article 3 lui donne compétence pour poursuivre les violations des lois et coutumes de la guerre.
[427] TPIY, Ch. de 1ère inst., 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Delalic et autres* (*Affaire Celebici*), IT-96-21-T, § 494.

116. Si la définition de l'acte de torture adoptée dans l'affaire *Delalic* était déjà particulièrement précise, le Tribunal la précisera davantage dans l'affaire *Furundzija*, en visant expressément le contexte des conflits armés et surtout en affirmant explicitement que la prohibition de la torture relève du *jus cogens*, en reflétant une interdiction à laquelle aucune dérogation n'est permise, quelles que soient les circonstances et indépendamment des justifications avancées.

2. La consécration du caractère impératif de la prohibition de la torture : l'affaire *Furundzija*

117. Dans le jugement *Furundzija*[428] rendu moins d'un mois plus tard que *Delalic,* le TPIY affirmait que la prohibition de la torture était une norme du *jus cogens* au terme d'un raisonnement global relatif aux sources de cette prohibition. Cette reconnaissance avait été consacrée au terme d'un raisonnement en plusieurs étapes par rapport à la conception de la torture en droit international[429]. Premièrement, le tribunal avait confronté le droit international humanitaire et les droits de l'Homme en lien avec la prohibition de la torture (a). Deuxièmement, il avait relevé les principaux traits de la torture en droit international en vue de délimiter l'étendue de la prohibition (b). Troisièmement, en prenant appui sur la jurisprudence des autres organes internationaux de protection, le TPIY avait précisé la définition de la torture en droit international (c). Enfin, il avait envisagé le viol et les autres violences sexuelles graves en droit international comme des actes de torture (d).

a. Droit international humanitaire et droits de l'Homme

118. Eu égard la compétence du TPIY limitée aux faits commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie dans le cadre du conflit armé sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine, le Tribunal avait rappelé tout d'abord que la pratique de la torture était prohibée en de telles circonstances par le droit conventionnel et notamment les Conventions de Genève (1949) et leurs Protocoles additionnels (1977)[430], en précisant qu'il pouvait appliquer les dispositions

[428] TPIY, Ch. de 1ère instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T.
[429] Ibid., §§ 134-164. V. également pour le droit applicable et la torture en droit international. Un autre apport qui ne sera pas détaillé ici est la définition de la complicité en droit pénal international aux §§ 190-249 ainsi que les relations entre l'auteur ou co-auteur et le complice dans l'acte de torture aux §§ 250-257.
[430] Ibid., § 134. En ce qui concerne les Conventions de Genève du 12 août 1949, il s'agit des dispositions conventionnelles suivantes : l'article 3 commun aux quatre Conventions ; les articles 12 et 50 de la 1ère Convention relative à l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne ; les

conventionnelles issues du droit international humanitaire, conformément à la jurisprudence *Tadić*[431]. Ainsi, le Tribunal avait constaté que la torture était interdite en temps de conflit par les quatre Conventions de Genève et les Protocoles additionnels de 1977[432] tout en citant les sources historiques de cette interdiction[433] et son caractère coutumier affirmé par la Cour constitutionnelle de Colombie[434], en relevant que « plusieurs facteurs [attestaient] que ces dispositions conventionnelles interdisant la torture [avaient] donné naissance à règles du droit coutumier ayant le même contenu »[435]. Premièrement, les Conventions de Genève avaient été ratifiées par presque tous les États, cette adhésion quasiment universelle attestant de l'acceptation de l'interdiction de la torture, bien qu'ils puissent se libérer de leurs obligations en dénonçant les dispositions conventionnelles[436]. Deuxièmement, aucun État n'avait jamais prétendu être autorisé à pratiquer la torture en période de conflit armé, ni montré ou déclaré qu'il était opposé à l'application des dispositions conventionnelles se rapportant à la torture[437]. Troisièmement, le Tribunal s'était référé à la jurisprudence de la Cour internationale de justice relative au processus de création du droit coutumier. Dans l'affaire

---

articles 12 et 51 de la 2ème Convention relative à l'amélioration du sort des blessés, malades et naufragés des forces armées sur mer ; les articles 13, 14, 30 de la 3ème Convention relative au traitement des prisonniers de guerre ; les articles 27, 32 et 147 de la 4ème Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre. En ce qui concerne les Protocoles additionnels du 8 juin 1977, les dispositions pertinentes sont l'article 75 du Protocole additionnel I relatif à la protection des victimes de conflits armés internationaux et l'article 4 du Protocole additionnel II relatif à la protection des victimes de conflits armés non internationaux.

[431] TPIY, Ch. de 1ère instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, § 135. Le TPIY rappelle l'interprétation de son Statut par la Chambre d'appel dans le cadre jugement relatif à la compétence dans l'affaire Tadic (affaire n° IT-94-1-AR72, § 143) : « Aux termes du Statut du Tribunal international tel que l'a interprété la Chambre d'appel dans l'arrêt Tadic relatif à la compétence, le Tribunal international peut appliquer les dispositions de ces Conventions en tant que telles s'il s'avère que, pendant la période considérée, toutes les parties au conflit étaient liées par elles. En l'espèce, la Bosnie-Herzégovine a, le 31 décembre 1992, ratifié les Conventions de Genève de 1949 et les deux Protocoles additionnels de 1977. Par conséquent, au moins l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et l'article 4 du Protocole additionnel II, qui interdisent tous les deux explicitement la torture, étaient applicables comme garanties fondamentales minimales du droit conventionnel sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine pendant la période considérée dans l'Acte d'accusation ».

[432] Ibid., §§ 134 et suiv.

[433] Ibid., § 137 : le Tribunal renvoie au Code Lieber et aux Conventions de La Haye, en particulier les articles 4 et 46 du Règlement annexé à la Convention IV de 1899/1907, ainsi qu'à la clause Martens insérée dans le Préambule de cette même Convention qui stipule : « En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résument des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ». Il précise que la torture n'est pas expressément visée par l'Accord de Londres du 8 août 1945 portant création du Tribunal militaire international de Nuremberg mais elle est néanmoins l'un des actes qualifiés explicitement de crimes contre l'humanité dans l'article II, 1), c) de la Loi n°10 du Conseil de contrôle.

[434] TPIY, Ch. de 1ère instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, § 137.

[435] Ibid., § 138.

[436] Ibid.

[437] Ibid. : « Lorsqu'un État a été mis en cause parce que ses agents auraient recouru à la torture, il a généralement rétorqué que l'accusation n'était pas fondée, confirmant de ce fait, de façon expresse ou tacite, l'interdiction de cette pratique odieuse ».

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, elle avait affirmé avec autorité[438], que l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949, qui interdisait entre autres l'emploi de la torture à l'encontre des personnes qui ne participaient pas directement aux hostilités, était désormais une règle bien établie du droit international coutumier, qui s'appliquait à la fois aux conflits armés internes qu'aux conflits armés internationaux[439]. Ainsi, la torture était prohibée en temps de conflit armé par une règle générale de droit international[440]. En droit international humanitaire, selon les circonstances particulières, la torture pouvait donner lieu à des poursuites en étant rattachée à une catégorie particulière de crimes internationaux comme les violations graves du droit humanitaire, les infractions graves aux Conventions de Genève, les crimes contre l'humanité ou le génocide[441]. Ainsi, la responsabilité pénale individuelle pouvait être engagée mais également celle de l'État à travers les actes de ses agents[442] si ces derniers se livraient à des actes de torture, n'en empêchaient pas la réalisation ou ne punissaient pas les auteurs[443]. Selon le TPIY, « si la torture [prenait] la forme d'une pratique courante d'agents de l'État, elle [constituait] une violation grave et à une large échelle d'une obligation internationale d'une importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain et, par conséquent, un acte illicite particulièrement grave qui [engageait] la responsabilité de l'État »[444].

119. L'interdiction de la torture par le droit international humanitaire en temps de conflit armé était renforcée aux yeux du Tribunal par l'ensemble des règles conventionnelles relatives aux droits de l'Homme qui interdisaient cette pratique aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre[445]. La combinaison normative entre le droit international humanitaire

---

[438] *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt, fond, 27 juin 1986, Rec. 1986, § 218.
[439] TPIY, Ch. de 1ère instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, § 138.
[440] Ibid., § 139.
[441] Ibid., § 141.
[442] Selon les règles d'attribution d'un fait internationalement illicite à l'État, v. Commission du droit international (ci-après, CDI), *Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite*, Texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de ladite session. Ce rapport, qui contient en outre des commentaires sur les projets d'articles, est reproduit dans Documents offi ciels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10). Le texte reproduit ci-dessus est repris de l'annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001 (Ci-après, CDI, Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite (2001)), v. les articles 4 à 7 qui renvoient aux règles d'attribution lorsqu'il s'agit d'actes commis par des organes *de jure* de l'État.
[443] TPIY, Ch. de 1ère instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, § 142.
[444] Ibid.
[445] Ibid., § 143.

et les droits de l'Homme, lui a permis de dégager les principes généraux applicables à la torture en droit international[446].

b. Les principes applicables à la torture en droit international

120. Le Tribunal avait estimé que la torture suscitait :

> « [U]ne répulsion universelle [qui étant donnée] l'importance que les États attachent à l'éradication de la torture, a donné lieu à toute une série de règles conventionnelles et coutumières ayant une place élevée dans le système normatif international, comparable à celle d'autres principes, tels que la prohibition du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, de l'agression, de l'acquisition de territoires par la force et de la suppression par la force du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes »[447].

121. Pour le TPIY, cette prohibition couvrait ainsi même les infractions potentielles en rappelant la protection par ricochet de l'article 3 de la Convention européenne, consacrée par la Cour EDH[448] et l'obligation pour les États de prendre au niveau national des mesures appropriées pour rendre l'interdiction efficace[449]. Le tribunal estimait que la prohibition imposait des obligations *erga omnes* définies comme « des obligations vis-à-vis de tous les autres membres de la communauté internationale dont chacun a un droit corrélatif »[450], dont la violation porte atteinte au droit de tous les membres de la communauté internationale et habilite chacun d'entre eux à exiger que l'État fautif remplisse son obligation, cesse d'y

[446] MACULAN, E., Judicial definition of torture as a paradigm of cross-fertilisation. Combining harmonisation and expansion, *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, n. 3, 2015.
[447] TPIY, Ch. de 1ère instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, § 146.
[448] Ibid., § 144 : Le TPIY affirme que « cette interdiction est si large que les États ne peuvent, sans enfreindre le droit international, expulser, refouler ou extrader une personne vers un État où des motifs sérieux portent à croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ». V. article 3 de la Convention des Nations Unies contre la torture ; article 13, 4) de la Convention interaméricaine ; commentaires de la Commission des droits de l'Homme sur l'article 7, § 9, *Compilation of General Comments and Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, ONU. Doc. HR1/GEN/1/Rev.1, p. 30 (1994) ; *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 91, série A n° 161; *Cruz Varas et consorts c. Suède*, 20 mars 1991, §§ 69-79, série A, n° 201; *Chahal c. Royaume-Uni*, 5 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions, 1996-V.
[449] Ibid., § 148. Ainsi, selon la Cour européenne dans l'arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 90, série A n° 161: « Il n'appartient pas aux organes de la Convention de statuer sur l'existence ou l'absence de violations virtuelles de celle-ci. Une dérogation à la règle générale s'impose pourtant si un fugitif allègue que la décision de l'extrader enfreindrait l'article 3 [proscrivant la torture et les traitements inhumains ou dégradants] au cas où elle recevrait exécution, en raison des conséquences à en attendre dans le pays de destination ; il y va de l'efficacité de la garantie assurée par ce texte, vu la gravité et le caractère irréparable de la souffrance prétendument risquée ». Aux paragraphes §§ 149-150, le Tribunal détaille les mesures législatives et administratives appropriées que les États doivent prendre au niveau national pour lutter efficacement contre la pratique de la torture.
[450] Ibid., § 151. Le Tribunal ajoute au § 152 que « lorsqu'elles existent, les instances internationales chargées de contrôler en toute impartialité l'application des dispositions des traités sur la torture ont la primauté sur les différents États lorsqu'il s'agit d'établir si un État donné a pris ou non toutes les mesures nécessaires pour prévenir ou sanctionner le recours à la torture et, sinon, de le rappeler à ses obligations internationales. Ces instances permettent de veiller au respect du droit international en toute neutralité et impartialité ».

contrevenir ou ne récidive pas. Cette affirmation s'inspirait et faisait directement référence à l'*obiter dictum* de la Cour internationale de justice qui avait défini dans l'affaire *Barcelona Traction* ce qu'elle entendait par la catégorie des obligations *erga omnes*[451].

122. Enfin, le Tribunal avait conclu que l'interdiction de la torture avait désormais valeur de *jus cogens*. Si la nature *erga omnes* de l'obligation a trait au domaine de la coercition à travers la mise en œuvre de la responsabilité internationale, la prohibition de la torture touche également à la hiérarchie des normes dans l'ordre international[452]. Le TPIY a été le premier à établir que la valeur de *jus cogens* de cette interdiction révélait que celle-ci était « l'une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale [qui devait avoir un effet de dissuasion en ce sens qu'il s'agissait] d'une valeur absolue que nul ne peut transgresser »[453], imposant aux États des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire des obligations vis-à-vis de tous les autres membres de la communauté internationale[454], auxquelles on ne peut déroger « par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative »[455] , conformément à l'article 53 de la CVDT qui avait défini la teneur et la portée des normes impératives[456].

---

[451] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, CIJ, Recueil 1970, p. 32, §§ 33-34, nous soulignons : « Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale ».

[452] Sur cette question, v. notam. DUPUY, P.-M., Cours général de droit international public. L'unité de l'ordre juridique international, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2000, p. 360.

[453] TPIY, Ch. de 1ère instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, §§ 153-155. V. égal. §§ 145-146. Il avait affirmé que « l'existence de cet ensemble de règles générales et conventionnelles portant prohibition de la torture, montre que la communauté internationale, consciente de l'importance qu'il y a à bannir ce phénomène abominable, a décidé d'en supprimer toute manifestation en agissant tant à l'échelon interétatique qu'à celui des individus. Il n'a été laissé aucune échappatoire juridique ». Enfin, il avait conclu que « [c]es conventions obligent les États à interdire et à réprimer le recours à la torture ; elles leur imposent également de s'abstenir de tout recours à la torture par le biais de leurs agents. Dans les conventions relatives aux droits de l'Homme qui traitent de la responsabilité des États plutôt que de la responsabilité pénale individuelle, la torture est interdite en tant que crime qui doit être puni par application du droit interne ; par ailleurs, tous les États parties à ces conventions ont le pouvoir et l'obligation d'enquêter et de poursuivre et punir les contrevenants [conformément à l'article 5 de la Convention des Nations Unies contre la torture]. Ainsi, dans les conventions relatives aux droits de l'Homme, la prohibition de la torture trouve son prolongement dans la mise en oeuvre de la responsabilité pénale des individus ». V. DE WET, E., The prohibition of torture as an international norm of *jus cogens* and its implications for national and customary law, in *European Journal of International Law*, 2004, vol. 15, n°1, pp. 97-121.

[454] Ibid., § 141 ; dans le même sens, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 61, CEDH 2001-XI; v. égal. l'*obiter dictum* de principe définissant les obligations *erga omnes* : *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, CIJ, Recueil 1970, p. 32, §§ 33-34.

[455] TPIY, Ch. de 1ère instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, § 153. Le Tribunal cite à l'appui de son affirmation le Comité des droits de l'Homme qui, dans son observation générale n° 24 à propos de l'article 41, en date du 4 novembre 1994, avait affirmé au § 10 que « l'interdiction de la torture

c. La définition de la torture

123. Tout d'abord, le Tribunal avait relevé que le droit international humanitaire ne donnait aucune définition de l'interdiction bien qu'il la prohibait en temps de conflits armés. Dès lors, de la même manière que la Commission interaméricaine dans l'affaire *Marti de Mejia c. Pérou*, le Tribunal s'était référé à la définition donnée par l'article premier de la Convention des Nations Unies contre la torture. Bien que cet article dispose que la définition ne joue « qu'aux fins de la présente Convention », en se référant à l'affaire *Akayesu* du TPIR et à sa propre jurisprudence avec l'affaire *Delalic*, il avait estimé qu'en raison de la convergence des instruments internationaux et de la jurisprudence internationale, cette définition était généralement acceptée, sa portée et sa teneur dépassant le strict cadre du texte conventionnel, étant ainsi représentative du droit international coutumier[457].

---

relève d'une norme impérative ». Il renvoie également au Rapport de 1986 du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture qui avait adopté la même position, E/CN.4/1986/15, p. 1, § 3 (préc.).

[456] Ibid., § 155. Pour le TPIY, ce constat a également des conséquences aux échelons interétatique et individuel. En ce qui concerne l'échelon interétatique, cette norme impérative prive internationalement de légitimité tout acte législatif, administratif ou judiciaire qui autorise le recours à la torture et prohibe les lois d'amnistie. A l'échelon individuel, elle suppose la mise en œuvre de la responsabilité pénale individuelle et une responsabilité de poursuivre, juger et punir toute personne accusée d'avoir fait usage d'une telle pratique, fondant ainsi le principe de la compétence pénale universelle, le fondement juridique de cette dernière découlant directement « du caractère par essence universel du crime » (§ 156). Par ailleurs, le Tribunal qualifie le crime de torture d'imprescriptible et régi par le principe *aut dedere, aut judicare*, ne l'excluant pas ainsi du champ de l'extradition au motif qu'il serait un crime politique commis par un agent de l'État ou l'instigation de celui-ci (§ 157). En ce qui concerne les lois d'amnistie, le Tribunal renvoie à l'*Observation générale n°20* relative à l'article 7 du PIDCP adopté par le CDH en 1994 qui affirmait que « le Comité a noté que certains États avaient octroyé l'amnistie pour des actes de torture. L'amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu'ont les États d'enquêter sur de tels actes ; de garantir la protection contre de tels actes dans leur juridiction ; et de veiller à ce qu'ils ne se reproduisent pas à l'avenir. Les États ne peuvent priver les particuliers du droit à un recours utile, y compris le droit à une indemnisation et au redressement le plus complet possible » (§ 155).

[457] Ibid., §§ 161-162. Le Tribunal rappelle également la Déclaration sur la torture adoptée par consensus par l'Assemblée générale le 9 décembre 1975 ainsi que la définition très proche de la Convention interaméricaine contre la torture (1985). Néanmoins, la Chambre avait estimé nécessaire de préciser des aspects particuliers relatifs à la torture envisagée du point de vue du droit pénal international se rapportant aux conflits armés puisque la définition de la Convention des Nations Unies s'applique à tout acte de torture, qu'il s'agisse des temps de paix ou de conflit armé. Ainsi, le Tribunal avait repris globalement les critères de définition de la torture déterminés dans l'affaire Delalic, en précisant qu'en temps de conflit : « i) la torture consiste à infliger, par un acte ou une omission, une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales ; ii) l'acte ou l'omission soit intentionnel ; iii) la torture ait pour but d'obtenir des renseignements ou des aveux, ou de punir, d'intimider, d'humilier ou de contraindre la victime ou une tierce personne ou encore de les discriminer pour quelque raison que ce soit ; iv) elle soit liée à un conflit armé ; v) au moins l'une des personnes associées à la séance de torture soit un responsable officiel ou, en tout cas, agisse non pas à titre privé mais, par exemple, en tant qu'organe de fait d'un État ou de toute autre entité investie d'un pouvoir ». La Chambre de première instance avait précisé que les buts éventuels incluaient celui d'humilier la victime, puisque l'objectif général du droit international humanitaire était de préserver les atteintes à la dignité des individus, tout particulièrement de ceux qui ne participent pas directement aux hostilités. Elle avait jugé la notion d'humiliation très proche de celle d'intimidation, expressément visée par la définition de la torture de la Convention des Nations Unies.

124. En faisant référence à la jurisprudence internationale, notamment les rapports du Comité des droits de l'Homme[458], du Comité contre la torture et ceux du Rapporteur spécial sur la torture[459], les Déclarations du Comité européen pour la prévention de la torture[460], ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne[461] et de la Commission interaméricaine[462], le Tribunal avait décélé une tendance générale à assimiler la pratique du viol pendant la détention et l'interrogatoire à une forme de torture équivalant à une violation du droit international[463]. Il avait jugé ainsi que le viol pouvait, dans de telles circonstances, constituer tant un acte de torture en droit international des droits de l'Homme, qu'un crime distinct de la torture en droit pénal international. Dès lors, il avait estimé nécessaire de définir la notion de viol et autres violences sexuelles en droit international.

d. Le viol et les autres violences sexuelles graves en droit international

125. Au regard du droit international humanitaire, le Tribunal avait rappelé que le viol et autres violences sexuelles graves étaient expressément interdits par les Conventions de Genève (1949) et leurs Protocoles additionnels (1977)[464] notamment par l'article 3, commun aux quatre Conventions, et l'article 4 du Protocole additionnel II. Au regard des conventions internationales de protection des droits de l'Homme, le Tribunal avait relevé qu'elles ne faisaient pas référence au viol et autres violences sexuelles. Cependant, il estimait que ce type d'infractions était implicitement interdit par les dispositions des instruments internationaux qui protègeaient le droit à l'intégrité physique, ce dernier faisant partie intégrante du droit international coutumier[465]. Il rappelait également que la jurisprudence internationale en vertu

[458] V. par ex. CDH, *Observation générale n°20 - Article 7 (Interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)*, Quarante-quatrième session, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) (1992).
[459] Le Tribunal renvoie à plusieurs rapports du Rapporteur spécial, notamment le rapport de 1986 précédemment cité dans nos développements (P. Kooijmans, E/CN.4/1986/15, pp. 29-30) ainsi que celui de 1995 (N. Rodley, E/CN.4/1995/34, pp. 8-10).
[460] V. Comité européen pour la prévention de la torture, Déclarations publiques sur la Turquie adoptées respectivement le 15 décembre 1992 (CPT/Inf.(93)1) et le 6 décembre 1996 (CPT/Inf. (96)34).
[461] *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI; *Aydın c. Turquie*, 25 septembre 1997, §§ 62-88, spéc. §§ 83-84, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI.
[462] CommIADH, 1er mars 1996, *Marti de Mejia c. Pérou*, rapport n° 5/96, affaire n° 10.970, pp. 182-188.
[463] TPIY, Ch. de 1ère instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, § 163 : le Tribunal ajoute que « le viol est alors utilisé par la personne chargée d'interroger le ou la détenue ou par les autres personnes associées à l'interrogatoire comme un moyen de punir, d'intimider, de contraindre ou d'humilier la victime ou encore d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux ».
[464] Ibid., § 165.
[465] Ibid., § 170. Le Tribunal renvoie notamment à l'article 7 du PIDCP ; aux articles 4 et 5 de la Charte africaine en vertu desquels le viol et les violences sexuelles constituent une violation du droit au respect de l'intégrité de la personne et toute forme de traitements cruels, inhumains ou dégradants est interdite ; à l'article 5 de la Convention américaine qui consacre le droit à l'intégrité physique, mentale et morale et interdit la torture et des traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants. Il précise également que la dignité humaine est visée par

de laquelle le viol pouvait constituer une violation de la prohibition de la torture[466]. Au regard de l'article 5 du Statut du TPIY, le viol était explicitement visé comme pouvant être constitutif d'un crime contre l'humanité. Au titre de l'article 3, il pouvait être une infraction grave aux Conventions de Genève ou constituer une violation des lois et coutumes de guerre, mais également un acte de génocide si les critères de l'article 4 étaient remplis[467]. S'il n'existait pas de définition du viol en droit international, le Tribunal s'était référé aux dispositions conventionnelles du droit international humanitaire[468] pour affirmer que le viol constituait, au regard du droit international, la forme la plus grave des violences sexuelles. Il avait fait référence à la jurisprudence *Akayesu* du TPIR qui avait adopté une première définition de l'acte de viol au regard du droit international[469]. Il avait également rappelé la définition qui avait été retenue par la Chambre de première instance II dans l'affaire *Delalic*[470] en vertu de laquelle « le viol est une invasion physique de nature sexuelle commise par la personne d'autrui sous l'empire de la contrainte »[471]. Néanmoins, dans le cadre de l'affaire *Furundzija*, la Chambre de première instance I avait jugé cette définition insuffisante et, au terme d'un raisonnement évolutif faisant usage de la méthode comparative, avait opté pour une définition extrêmement large en incluant tout type d'acte de nature sexuelle portant atteinte à l'intégrité et la dignité de la personne humaine en vue de faciliter l'opération de qualification et de lutter contre l'impunité[472].

---

plusieurs normes internationales relatives aux droits de l'Homme, telles que celles énoncées dans la Déclaration universelle (1948), dans les Pactes internationaux (1966), dans la Convention européenne, la Convention américaine ainsi que la Charte africaine.

[466] Ibid., § 171.

[467] Ibid, § 172.

[468] Pour rappel, l'article 27 de la 4ème Convention de Genève, l'article 76, 1) du Protocole additionnel I, l'article 4, 2), e) du Protocole additionnel II interdisent la pratique du viol et tout attentat à la pudeur contre les femmes.

[469] TPIR, Chambre I , 2 septembre 1998, *Le Procureur c. Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, § 597. TPIY, Ch. de 1ère inst., 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Delalic et autres* (*Affaire Celebici*), IT-96-21-T

[470] TPIY, Ch. de 1ère inst., 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Delalic et autres* (*Affaire Celebici*), IT-96-21-T, § 479.

[471] TPIR, Chambre I, 2 septembre 1998, *Le Procureur c. Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, §§ 597-598 : affaire citée au § 176 du jugement *Furundzija*.

[472] TPIY, Ch. de 1ère instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, §§ 177-178 : Le TPIY estimait qu'en vertu du principe de la légalité des délits et des peines et du principe de spécialité, les normes pénales devaient avoir un contenu précis. Lorsque les normes du droit pénal international ne définissaient pas de manière précise une notion, il était nécessaire de se tourner vers le droit interne à la recherche de principes du droit pénal communs aux grands systèmes juridiques. Le Tribunal estimait que les juridictions internationales devaient tirer profit des concepts généraux et institutions juridiques issus des ordres juridiques internationaux en vue de déterminer les dénominateurs communs tout en les adaptant aux spécificités des procédures pénales supranationales. Cette démarche rappelait celle de la Cour internationale de justice consistant à rechercher dans les grands systèmes juridiques nationaux, les principes généraux communs aux nations civilisées. Ainsi, il avait examiné également les législations nationales des systèmes juridiques de common law ou de tradition civiliste, constatant qu'en dépit de disparités existantes, le viol était caractérisé généralement par la pénétration forcée du corps humain par le pénis ou l'introduction d'un autre objet dans le vagin ou l'anus. Il remarquait également qu'il n'existait pas de consensus sur la pénétration orale forcée, qualifiée parfois de violence sexuelle, parfois de viol dans les ordres juridiques nationaux. V. égal. §§ 181-185 :

126. L'approche comparative utilisée par le Tribunal, l'usage de toutes les sources pertinentes du droit international humanitaire, du droit pénal international ainsi que du droit international des droits de l'Homme, tout en prenant appui de manière constante sur la jurisprudence des autres organes de protection ainsi que sur les instruments issus de la *soft law*, est particulièrement admirable dans la mesure où elle définit le viol et les violences sexuelles de la manière la plus large possible. Par ailleurs, cette démarche permet au Tribunal de montrer que la prohibition de la torture relève du droit international coutumier et qu'elle a acquis la qualité de norme impérative qui engendre des conséquences juridiques tant pour les États que pour les individus. Cette démarche comparative, qui n'est pas propre au seul TPIY, traduit un mouvement croissant vers un droit cosmopolitique résultant de l'interprétation jurisprudentielle des droits de la personne.

§ 2. Droit cosmopolitique et interprétation jurisprudentielle des droits de la personne

127. Malgré le cloisonnement initial voulu par les États en créant des *self-contained regimes*, le phénomène du dialogue des juges s'est imposé spontanément en engendrant des points de contact et d'échange entre ces systèmes juridiques de protection des droits de la personne, indépendamment de leur nature, de leur statut ou de leurs compétences. Au-delà de la prolifération normative suite à la Seconde Guerre mondiale, la juridictionnalisation progressive du droit international a eu un impact sur ses buts et ses moyens, bien que jugés insuffisants par une partie de la doctrine remettant en cause l'effectivité de ce droit. Parallèlement, avec le développement de la justice internationale, l'individu ne détient plus seulement une capacité juridique pour agir en justice, mais devient titulaire de droits et d'obligations, responsable de ses actes et agissements, au-delà du cadre national et ainsi acteur de la vie juridique internationale. Dès lors, parce que le droit international des droits de la personne postule l'universalité de la dignité et de l'intégrité de la personne humaine, il est cosmopolite par nature, en lui-même. En admettant que les théories du cosmopolitisme juridique[473] sont celles qui transcendent les clivages, les frontières et les distinctions entre les espaces, les choses et les personnes, en opérant une synthèse entre les différents

---

Ainsi, il avait déterminé que les critères objectifs constitutifs du viol étaient : « i) la pénétration sexuelle, fût-elle légère : a) du vagin ou de l'anus de la victime par le pénis ou tout autre objet utilisé par le violeur ; ou (b) de la bouche de la victime par le pénis du violeur ; ii) par l'emploi de la force, de la menace ou de la contrainte contre la victime ou une tierce personne ».

[473] DE FROUVILLE, O. (dir.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015, 458 p.

particularismes nationaux, le droit international des droits de la personne est ainsi tout autant universel, qu'il est singulier, tout autant global que local. Ainsi, il a été souligné que :

> « Même ceux d'entre nous qui sont les plus attachés à maintenir la souveraineté et la volonté de l'État au principe du droit international ne vont pas jusqu'à remettre en cause frontalement les évolutions du droit international contemporain. Celles-ci sont pourtant inspirées directement par le projet cosmopolitique. La Société des Nations puis l'ONU répondent directement à l'aspiration kantienne tendant à dépasser la paix provisoire et précaire des traités, pour atteindre un état de paix perpétuelle ; le droit du désarmement est une tentative de conjurer le risque d'une guerre d'extermination 'qui ne laisserait s'établir la paix perpétuelle que dans le grand cimetière de l'espèce humaine' ; et la proclamation internationale des droits de l'Homme confère valeur de droit positif à l'idée d'une citoyenneté cosmopolitique, ou citoyenneté du monde »[474].

128. C'est en cela qu'en vertu des principes du cosmopolitisme, le dialogue apparaît comme inhérent dans le domaine de la protection des droits de la personne dans la mesure où il s'agit de garantir l'effectivité d'une prohibition absolue qui protège l'intégrité et la dignité de la personne humaine (A). Par ailleurs, si certains affirment la spécificité de l'interprétation dans le domaine des droits de la personne, avec le dialogue se matérialise la globalisation des méthodes d'interprétation, conformément aux principes généraux du droit international, et se démontre un mouvement d'harmonisation croissante des pratiques interprétatives de la part des organes de protection (B).

A. Droit cosmopolitique et dialogue inhérent aux droits de l'Homme

129. Depuis la mise en place des systèmes internationaux de protection des droits de la personne, le cosmopolitisme n'est plus seulement « fait d'idéaux politiques d'un autre âge, mais est intégré à des systèmes de règles et d'institutions qui ont déjà modifié la souveraineté

[474] DE FROUVILLE, O., « Justifier le droit international, défendre le cosmopolitisme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux. Réciprocité et universalité – Sources et régimes du droit international des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2017, pp. 1159-1178, spéc. p. 1161. V. KANT, E., *Projet de paix perpétuelle. Esquisse philosophique* (1795), trad. par GIBELIN, J., Paris, J. Vrin, 2002, p. 47, deuxième article définitif : « le traité de paix, il est vrai, met bien fin à la guerre présente […], mais non à l'état de guerre (pour lequel il se trouve toujours un nouveau prétexte) ». V. p. 29, deuxième section, introduction, note n° 1 : « Or, toute constitution juridique, relativement aux personnes qui en relèvent, est établie : 1) D'après le droit civique des Hommes, dans un peuple (*jus civitatis*). 2) D'après le droit international, des États, les uns par rapport aux autres (*jus gentium*). 3) D'après le droit cosmopolitique en tant que des Hommes et des États, dans des conditions d'influence extérieures réciproques, doivent être considérés comme citoyens d'une cité humaine universelle (*jus cosmopoliticum*) ».

de l'État de manière très nette, et dans tous les types de sociétés »[475]. Le droit cosmopolitique, dans la perspective du dialogue juridictionnel, peut se définir comme :

> « [Un ensemble] formé de règles émanant d'une pluralité de sources et [qui] comprend, d'une part, des normes visant à réguler les activités transnationales, d'autre part, des normes qui s'articulent autour des principes de la démocratie et des droits de la personne. Dans tous les cas, les suiets de droit sont les seuls individus titulaires de ces droits quels que soient leur nationalité ou leur lieu de résidence. Ces normes s'imposent aux États et aux institutions supranationales et leur interprétation est laissée aux tribunaux nationaux et supranationaux. Les normes cosmopolitiques relatives au principe démocratique et aux droits de la personne ont préséance sur tous les autres types de normes nationales, internationales et transnationales »[476].

130. La pratique du dialogue et l'ouverture aux éléments étrangers à un système juridique de protection, qu'il soit national ou international, témoigne d'une démarche en rupture avec le positivisme juridique[477]. L'ouverture progressive des Cours constitutionnelles nationales aux autres ordres juridiques témoigne d'un mouvement croissant d'assouplissement de la conception des traits caractéristiques d'un ordre considéré et de la perméabilité entre espaces normatifs. En effet, alors même que le juge constitutionnel protège la suprématie de la Constitution, norme fondamentale et hiérarchiquement supérieure dans tout ordre domestique, l'intégration des normes étrangères dans l'interprétation des droits et libertés fondamentaux témoigne d'une spécificité dans ce domaine, le phénomène d'hybridation des normes, voire l'acculturation[478].

131. La notion même de droits de l'Homme suppose l'idée d'un espace public de discussion, d'échange, d'exercice de la démocratie communicationnelle[479]. À travers la libre circulation et la libre disposition des décisions et des instruments de protection, se matérialise l'idée d'un espace public judiciaire international dans lequel le dialogue contribue à la

---

[475] HELD., D., « Le cosmopolitisme dans un monde multipolaire et saturé », in DE FROUVILLE, O. (dir.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015, pp. 190-191.

[476] BENYEKHLEF, K., « Vers un droit postnational? Un court essai sur le droit cosmopolitique comme modèle de gouvernance globale », NOREAU, P., ROLLAND, L. (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 976. V. égal. GUILMAIN, A., Du droit cosmopolitique au droit global : pour une rupture épistémologique dans l'approche juridique, in *Revue québécoise de droit international*, vol. 26.2, 2013, pp. 219-236; MELKEVIK, B., Le droit cosmopolitique. La reformulation habermasienne, in *Universitas Iuris*, 1, 1992-21, p. 16.

[477] HENNEBEL, L., *Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'Homme*, in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 31-76.

[478] V. notam. BREYER, S., *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, Paris, Editions Odile Jacob, 2015, 384 p.

[479] MELKEVIK, B., Le droit cosmopolitique. La reformulation habermasienne, in *Universitas Iuris*, 1, 1992-21, p. 16.

démocratisation de la justice[480]. La participation de la société civile s'affirme par la dialectique entre requérants individuels face à l'État qui peuvent alléguer des violations de leurs droits protégés devant un juge impartial, indépendant et surtout, supranational. Cela témoigne d'aspects sociologiques importants, notamment à travers l'ouverture des juges aux sources étrangères, avec la participation des tiers intervenants qui peuvent suggérer le dialogue à travers leurs arguments et observations ou encore à travers l'identification de problèmes communs qui transcendent les frontières ou plus encore à travers la mise en œuvre de la responsabilité pénale individuelle[481]. Si le but est l'encadrement de l'exercice des pouvoirs publics et de leurs prérogatives ainsi que la garantie des exigences de l'État de droit dans l'ordre international, le dialogue, l'échange, la confrontation s'inscrivent dans la perspective d'un idéal d'une justice universelle qui postule l'existence possible de principes communs à tous les systèmes juridiques[482], propres à réaliser l'universalité des droits fondamentaux par la protection effective de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine. En admettant que les interprètes des droits se réfèrent à des principes[483] que Ronald Dworkin estime être différents des règles, préjugés et des arguments politiques dits stratégiques et qu'il définit comme « les arguments auxquels aura recours le juge pour justifier sa propre interprétation des règles »[484], ces principes ne sont pas arbitraires et permettent l'adoption de la meilleure interprétation possible du droit. En ce sens, ces principes rationnels doivent permettre au juge d'évaluer la valeur de son interprétation à l'aune de l'auditoire universel, au sens de Chaïm Perelman[485] et refléter le droit sous son meilleur jour, en considérant que son interprétation pourrait être partagée par d'autres[486]. En

[480] DUPUY, P.-M., Actualité du cosmopolitisme juridique : revenir à Kant pour mieux le dépasser?, in *Revue québécoise de droit international*, hors-série, juin 2015, *Mélanges en l'honneur de Jacques-Yvan Morin*, p. 320 : l'auteur souligne la « nécessité d'espaces publics cosmopolitiques », en s'interrogeant sur le fait de savoir si l'idée du cosmopolitisme, y compris dans sa dimension juridique, est indissociable de l'idée démocratique.

[481] V. TURGIS, S., *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits*, Paris, Pedone, 2010, 642 p.

[482] FRYDMAN, B., *Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle*, in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1-17.

[483] DWORKIN, R. La chaîne du droit, in *Revue Droit et société*, n°1, 1985, pp. 51-79.

[484] Ibid., p. 73.

[485] HOOGAERT, C., Perelman et Toulmin. Pour une rhétorique néo-dialectique, in *Revue Hermès*, 1995/1, n°15, p. 162 : pour Chaïm Perelman, l'auditoire particulier regroupe certaines personnes à une certaine époque, alors que l'auditoire universel renvoie à l'humanité toute entière ou en tout cas à ses membres compétents et raisonnables, étant ainsi un concept mental que l'orateur, qui se livre à l'argumentation, aurait préalablement construit.

[486] DWORKIN, R., La chaîne du droit, préc., p. 77 ; voir également BRUNET, P., Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative, in *Revue générale de droit international public*, n°2, 2011, pp. 309-327.

envisageant la théorie du droit comme étant elle-même une question d'interprétation[487], une interprétation ne peut s'affirmer véritablement universelle que par la confrontation de cas singuliers, les « cas difficiles »[488] étant certainement les plus novateurs. En effet, dans la mesure où ces cas posent des difficultés particulières, la recherche élargie de solutions semble s'imposer et spontanément l'interprète devra se référer à la solution de ses confrères pour pouvoir trouver la sienne, en faisant abstraction de toute règle du précédent ou d'une obligation de s'y référer, mais simplement en raison de la nécessité de ne pas se rendre coupable d'un déni de justice et de rendre une décision juridique, en application conforme du droit.

132. C'est ainsi qu'émerge l'idée d'objectivisme jurisprudentiel dans l'interprétation des droits de la personne, en rupture avec le volontarisme étatique. Cette interprétation transversale se positionnerait ainsi en faveur de la personne humaine, en dépit des exigences strictes du formalisme juridique, en considérant que d'autres exigences qui valident le processus sont remplies : à savoir la confrontation des normes, des espaces juridiques et la recherche de solutions communes. Dès lors, c'est la démarche affirmée de définition de standards minimums de protection, en corrélation avec le caractère universel rattaché aux droits de la personne humaine, *a fortiori* en ce qui concerne une prohibition absolue. Cette approche comparative contribue à la cosmopolitisation de la justice internationale à travers la mise en interaction des systèmes juridiques, mais également à une cosmopolitisation des méthodes utilisées par les organes de protection dans l'exercice du pouvoir d'interprétation, méthodes qui apparaissent ainsi tant singulières qu'universelles[489]. Il s'agit donc de dépasser

[487] DWORKIN, R., La théorie du droit comme interprétation, in *Revue Droit et Société*, n°1, août 1985, p. 81 ; TROPER, M., Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin, in *Revue Droit et Société*, n°2, 1986, p. 43.

[488] DWORKIN, R., La théorie du droit comme interprétation, préc., p. 83-90 : Pour Dworkin, l'interprétation se définit comme « une activité qui consiste à essayer d'imposer une cohérence à la conduite qui constitue une pratique sociale, et imposer une cohérence signifie proposer une explication ou un sens cohérent dont cette conduite puisse être considérée comme une expression ou un exemple ». Ainsi, il estime que les juges, en fonction de leurs convictions personnelles et de leur subjectivité, forgent dans le cadre de leur fonction, des théories opératoires sur la meilleure interprétation des pratiques juridiques relevant de leur système juridique. En effet, il estime que « les théories interprétatives s'adressent par nature à une culture juridique particulière, généralement la culture à laquelle appartiennent leurs auteurs ». Lorsqu'ils sont confrontés à des cas nouveaux et difficiles, ils élargissent ces théories et s'efforcent de résoudre ces problèmes de manière cohérente, « avec ce qu'ils considèrent comme la meilleure interprétation des décisions que prennent ou qu'ont prises d'autres juges dans de tels cas ». Ici, tout désaccord sur le droit est envisagé comme un désaccord interprétatif « sur la meilleure interprétation générale des pratiques judiciaires » et sur la manière de montrer une pratique sous son meilleur jour, notamment du point de vue de la morale politique.

[489] ALLARD, J., La cosmopolitisation de la justice : entre mondialisation et cosmopolitisme, in *Revue de philosophie politique de l'ULg*, déc. 2008, pp. 61-83. V. égal. DUPUY, P.-M., Actualité du cosmopolitisme juridique : revenir à Kant pour mieux le dépasser?, in *Revue québécoise de droit international*, hors-série, juin 2015, *Mélanges en l'honneur de Jacques-Yvan Morin*, pp. 313-329 : l'auteur estime que le droit est le « constituant inhérent du cosmopolitisme » (p. 316) et évoque notamment « l'impérativité de la norme juridique

l'idée selon laquelle il y aurait une spécificité des méthodes d'interprétation des droits de la personne. Il est nécessaire de défendre l'idée selon laquelle il n'existe pas une spécificité des méthodes d'interprétation selon les organes de protection, mais simplement une différence de degré d'ouverture au droit étranger dans l'exercice du pouvoir d'interprétation. Plus un organe sera fermé et réticent à intégrer dans ses positions celles des autres organes de protection, plus conservatrice sera son approche de l'ordre juridique qu'il a à protéger. Plus un organe sera ouvert, plus progressiste sera son approche. Il témoignera parfois d'une approche interprétative parfois plus extensive, parfois plus évolutive dans la mesure où la confrontation avec des positions extérieures contribuera à élargir le spectre de sa marge d'appréciation. En effet, il existe une unité des buts et objets des Conventions de protection des droits de la personne en dépit de caractéristiques propres, qu'il s'agisse de l'étendue de la compétence des organes de protection, des dispositions substantielles ou garanties procédurales. Cette continuité s'illustre à travers les principes généraux qui unissent ces systèmes juridiques, comme par exemple le principe de spécialité, le principe de l'épuisement des voies de recours internes, la portée obligatoire des mesures provisoires ; ou encore à travers la Convention de Vienne sur le droit des traités qui codifie le droit international coutumier et qui, implicitement, fait partie de la pratique des organes internationaux de protection en matière d'interprétation des droits de la personne, avec plus ou moins de rigueur, avec plus ou moins de perméabilité à l'activité jurisprudentielle et aux acquis normatifs de l'ordre juridique international pris dans son ensemble. Dès lors, malgré la spécialisation des systèmes et les particularismes, des lignes directrices communes se dessinent par les interactions, fondant ainsi une conception partagée à l'égard de certains principes essentiels qui sont à la fois particuliers et à la fois généraux[490], les relations entre les organes s'inscrivant dans des rapports de complémentarité et enrichissement mutuel. Egalement, la construction de valeurs communes est un véritable enjeu dans l'ordre juridique international[491]. En dépit des particularismes culturels et juridiques, des valeurs communes

---

cosmopolitique » en faisant référence à la consécration des normes impératives dans le droit international positif (p. 318).

[490] ABI-SAAB, G., « La métamorphose de la fonction juridictionnelle internationale », in ALLAND, D., CHETAIL, V., DE FROUVILLE, O., VINUALES, J. E. (dir.), *Unité et diversité du droit international. Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie DUPUY*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2014, p. 390 : « Les interactions entre les tribunaux, dans l'exercice respectif de leurs activités juridictionnelles, secrèteraient des modèles de comportement (patterns of behaviour) dans différents types de situations, qui tendent à se stabiliser et à constituer progressivement une structure qui s'approche de la conception d'un système juridictionnel ; sauf que cette structure, étant le produit dérivé des interactions des tribunaux eux-mêmes, emprunterait la forme horizontale d'un réseau coopératif entre partenaires formellement égaux et indépendants les uns des autres ».

[491] MARIE, J.-B., « Les traditions culturelles : enjeux pour les droits de l'Homme », in ALEN, A., JOOSTEN, V., (dir.), *Liber amicorum Marc Bossuyt*, Mortsel, Intersentia, 2013, pp. 379-386.

peuvent être consolidées par une tendance à l'harmonisation des jurisprudences à travers les sanctions répétées des violations des mêmes droits, en des circonstances similaires qui contribuent à un perfectionnement constant des principes démocratiques visant à la protection de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine[492].

133. Les méthodes d'interprétation des organes de protection se fondent sur la Convention de Vienne sur le droit des traités, qu'il s'agisse de la méthode exégétique, de celle subjectiviste ou de celle téléologique, probablement la plus adaptée à la fonction du droit international des droits de l'Homme, conformément à ses objets et ses buts dont les fondements sont affirmés dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948. Il s'agit de montrer que les méthodes d'interprétation sont trans-systèmes et se fondent sur le droit international général en s'inscrivant dans une certaine continuité, non seulement conforme à l'ordre juridique international, mais également spécifique à un ordre juridique du droit international des droits de la personne dans la mesure où les décisions se positionnent en faveur de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine pour aboutir à des interprétations extensives, de plus en plus protectrices et qui se veulent globales.

B. Droit cosmopolitique et globalisation des méthodes d'interprétation des droits de la personne

134. Kant évoquait un droit des gens qui oriente l'Homme vers le destin idéal du droit, les idées de fédération et de cosmopolitisme étant celles qui en constituent les fondements[493]. Selon Simone Goyard-Fabre :

> « En un langage qui n'est pas celui de Kant, on pourrait dire que le droit des gens est appelé à exprimer, dans la communication entre les peuples, l'impératif du *jus cogens* : il impose aux États l'obligation d'autolimiter réciproquement leurs souverainetés et leurs libertés afin de permettre, sous des normes publiques tendant à l'universalité, leur coexistence pacifique »[494].

135. La notion de « normes publiques tendant à l'universalité », renvoie à l'idée d'un ordre public international naissant à travers la jurisprudence des organes internationaux de protection qui intervient en dernier recours pour juger des violations des droits de la personne. Lorsqu'il s'agit d'un droit aussi fondamental que le droit de ne pas subir des actes de torture

[492] BURGORGUE-LARSEN, L., « De l'internationalisation du dialogue des juges : missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », in *Le dialogue des juges - Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, 2009, p. 95.
[493] GOYARD-FABRE, S., *La philosophie du droit de Kant*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1996, p. 267.
[494] Ibid.

ou autres mauvais traitements, la protection de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine renvoie à des impératifs moraux qui doivent se traduire en termes légaux. L'ordre public en droit interne est le fondement de l'usage de prérogatives de puissance publique, en droit international, il renvoie à l'idée d'un socle commun *a minima*, qui pénètre tous les systèmes juridiques. Pour construire cet ordre commun, il est nécessaire de déterminer des règles susceptibles d'être identiques, sinon similaires à travers leur portée matérialisée par l'interprétation.

136. Que l'on souhaite conceptualiser le dialogue, le systématiser en le rattachant à une catégorie parmi les méthodes d'interprétation ou encore à une source subsidiaire et facultative de détermination des règles de droit[495], lors de l'étude des décisions juridictionnelles à l'égard de la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, le concept d'interprétation globale par contextualisation normative et systémique se dessine[496]. Tout d'abord, les organes de protection englobent dans l'exercice de leur pouvoir d'interprétation un corpus normatif bien plus large que celui relevant de leur Statut ou de la Convention spécifique qu'ils sont en charge de protéger. En effet, pour les juridictions internationales pénales, leur mandat ne saurait s'exercer, détaché des règles générales du droit international, des principes affirmés par le droit international des droits de la personne et encore moins en ignorant les règles fondamentales posées par le droit international humanitaire qui sont très largement de nature coutumière[497]. La confrontation de ce corpus normatif élargi permet de mettre en évidence que la prohibition de la torture est une interdiction générale posée par différents domaines du droit international. Par ailleurs, les éléments de définition de cette prohibition ne sont certainement pas tout à fait identiques entre les systèmes de protection, mais possèdent néanmoins des similitudes et des points de convergences incontestables, bien plus que des divergences irréconciliables. Réciproquement, pour les organes de protection des droits de la personne *stricto sensu*, régis par le principe de spécialité, les autres règles du droit international sont utilisées pour définir l'étendue et la portée de la prohibition, au-delà des conflits armés, dans le cadre d'un contexte de paix. Dans un tel contexte, si l'État détient le

---

[495] ALLARD, J., VAN DEN EYNDE, L., *Le dialogue des jurisprudences comme source du droit : arguments entre idéalisation et scepticisme*, in HACHEZ, I. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 3, Bruxelles, Anthemis, 2013, pp. 285-315.

[496] Une notion similaire relative à l'interprétation par la Cour suprême du Canada a été proposée : SAMSON, M., Interprétation large et libérale et interprétation contextuelle : convergence ou divergence, in *Les cahiers de droit*, vol. 49, n°2, 2008, pp. 297-318. Dans cet article, l'auteure parvient à la conclusion que l'interprétation large et libérale découle de l'interprétation contextuelle, cette dernière étant particulièrement pertinente dans le domaine des droits de la personne.

[497] V. UBEDA-SAILLARD, M., Les techniques interprétatives des tribunaux pénaux internationaux, in *Revue générale de droit international public*, 2011-2, pp. 421-434 ; CASSESE, A., DELMAS-MARTY, M., *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, 267 p.

pouvoir politique et agit à travers ses représentants, le respect de cette prohibition apparaît comme la condition *sine qua none* d'existence d'un système juridique national pleinement effectif, remplissant les exigences de l'État de droit et offrant toutes garanties nécessaires, tant préventives que répressives, pour contenir ce type de violations de cette interdiction absolue dont sont à l'origine des agents investis de la puissance publique.

137. Dès lors, évoquer le concept d'interprétation normative globale, implique de faire référence tout d'abord à ce corpus normatif qui fonde l'ordre juridique international des droits de la personne. En effet, cet ordre spécifique est, certes, régi par les principes fondateurs de l'ordre juridique international à l'origine strictement interétatique mais en même temps qu'il a besoin de ces principes pour émerger, il a autant besoin de les dépasser pour exister. En effet, la symétrie partielle, sinon parfois totale, entre les normes qui prohibent la pratique de la torture et des traitements inhumains et dégradants, fonde en elle-même une mise en interaction inévitable dans l'exercice d'un pouvoir d'interprétation, lui-même encadré par les méthodes définies à la Convention de Vienne sur le droit des traités[498]. Premièrement, en considérant la méthode exégétique traditionnelle qui s'attache à rendre compte du sens et de la portée d'un texte clair, si plusieurs textes emploient les mêmes termes, dans des formulations semblables, interpréter le texte A qui a des termes communs et des formulations quasi-identiques avec le texte B, ne peut se faire sans la prise en considération de ce dernier tel qu'interprété dans le cadre de son système juridique de référence. Deuxièmement, s'il s'agit d'adopter la méthode subjectiviste tenant à la volonté des auteurs, lorsque les instruments de protection ont été adoptés par consensus ou ratifiés par la grande majorité des États, il convient de considérer que les Parties s'entendent généralement sur le sens et la portée des dispositions codifiées. Il en est ainsi pour la Convention des Nations Unies définissant la notion de torture et considérée comme relevant du droit international coutumier, qui s'impose aux États en dépit de la manifestation d'une volonté expresse. Enfin, en considérant la méthode téléologique, interpréter conformément à l'objet et but d'un texte revient à l'adapter au contexte socio-culturel et aux circonstances de l'époque considérée, en tenant compte du contexte juridique général en rapport avec les autres systèmes et de l'état du droit positif, tel qu'interprété par les organes en charge de l'appliquer[499]. Cette dernière méthode est certainement celle qu'on peut qualifier d'évolutive puisqu'elle envisage les textes

[498] CORTEN, O., Les techniques reproduites aux articles 31 à 33 des Conventions de Vienne : approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprétation?, in *Revue générale de droit international public*, 2011-2, pp. 351-366.

[499] V. par ex. TOUZÉ, S., Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'Homme, in *Revue générale de droit international public*, 2011-2, pp. 517-532.

normatifs comme des « instruments vivants à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles », selon la formule employée à l'égard de la Convention européenne par la Cour dans l'affaire *Tyrer c. Royaume-Uni*[500].

138. L'interprétation globale par contextualisation normative et systémique, par la confrontation et la mise en interaction de normes similaires interprétées par des organes distincts de la même manière contribue à la détermination d'un corpus normatif pouvant jouer le rôle de socle commun, de charnières, entre ces systèmes formellement indépendants[501]. En identifiant des points de convergence à l'égard de l'interprétation du sens et de la portée de la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, se dessine le concept de standard minimum comme pierre angulaire de l'existence même de la prohibition. En effet, sans la mise en œuvre du principe du standard minimum, prévaut le règne du double standard qui risque de porter atteinte à la teneur substantielle de cette interdiction absolue qui risque d'être affectée et d'être dénaturée. Par ailleurs, l'identification par intégration à l'interprétation d'emprunts normatifs n'est pas forcément celle de standards minimums, mais peut être également la détermination des plus hauts standards de protection propres initialement à seulement certains systèmes. Ces plus hauts standards de protection peuvent indéniablement servir de guide de bonnes pratiques pour devenir communs à tous les systèmes juridiques considérés. Ces standards seraient ainsi le fil directeur de la continuité intrinsèque entre les systèmes à raison de leur appartenance à un ordre plus global et bien plus général : l'ordre juridique international de protection des droits de la personne qui marque une rupture par rapport à l'ordre juridique international classique dit strictement interétatique.

139. Ainsi, la référence aux éléments extra-systémiques serait une méthode d'interprétation téléologique fondée sur l'objet et le but des traités de protection des droits de la personne. Ces traités ont pour objectif premier de garantir l'effectivité des droits protégés ainsi que de réaliser l'universalité intrinsèque aux droits de la personne. En ce qui concerne la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, en dépit des traditions culturelles ou juridiques, l'idée d'interprétation globale par contextualisation normative et systémique est nécessaire eu égard la nature, l'objet et le but de cette interdiction absolue. La contextualisation normative s'opère ainsi par les références aux décisions et instruments de protection étrangers qui portent sur le même aspect de cette interdiction et qui visent les mêmes objets et buts, bien qu'il s'agisse de cadres juridiques distincts. La contextualisation

[500] *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série A n° 26.
[501] V. notam. DUBOUT, É., TOUZÉ, S. (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, 336 p.

systémique découle naturellement de la mise en interaction des systèmes de protection par l'exercice du pouvoir d'interprétation, pourtant soumis aux exigences des articles 31 et 32 de la CVDT qui envisagent la méthode téléologique. Dès lors, à l'occasion de cas concrets, puisqu'il ne peut y avoir application du droit sans interprétation, la référence à des éléments étrangers relevant d'un autre système que celui considéré, implique un emprunt normatif qui engendre des points de contact entre des systèmes conçus comme étant indépendants. Ainsi, tant la contextualisation normative que celle systémique tendent à réaliser cette interprétation globale qui répond à l'objet et au but propres au droit international des droits de la personne. C'est également l'idée défendue par Laurent Sermet avec le concept de « décloisonnement interprétatif »[502]. Cependant, il est possible d'ajouter que ce « décloisonnement interprétatif » implique nécessairement perméabilité normative et systémique qui s'inscrit dans un mouvement global d'harmonisation des méthodes d'interprétation et qui ne peut se réaliser qu'à travers l'ouverture des organes de protection.

140. En raison de la continuité inhérente entre les systèmes de protection des droits de la personne, accentuée d'autant plus par l'ouverture aux sources externes, l'interprétation par le dialogue aboutit ainsi à un syncrétisme jurisprudentiel qui soulève des interrogations quant à l'étendue du phénomène de cosmopolitisation, à savoir quel est l'impact sur le pouvoir du juge et l'impact sur le droit international des droits de la personne. Est-il un système global syncrétique par l'interprétation contextualisée par rapports aux normes et systèmes particuliers qui poursuivent un objectif commun ?[503].

[502] SERMET, L., *Le développement des méthodes d'interprétation et des méthodes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme par les juridictions supranationales*, in ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., BURGORGUE-LARSEN, L., TOUZE, S. (dir.), *La protection des droits de l'homme par les Cours supranationales*, Paris, Pedone, 2016, pp. 55-85, spéc. p. 57. V. égal. BURGORGUE-LARSEN, L., *« Decompartmentalization »: The key technique for interpreting regional human rights treaties*, in International Journal of Constitutional Law, vol. 16, issue 1, January 2018, pp. 187-213.

[503] V. Infra, Partie II.

CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER

141. S'il existe tant des fondements explicites que des fondements implicites quant à l'opportunité des emprunts normatifs à travers le dialogue juridictionnel, les organes internationaux de protection des droits de la personne ont recours spontanément à cette méthode, en fonction de leur degré d'ouverture au droit étranger. En effet, qu'il s'agisse de la portée juridiquement obligatoire des mesures, une question procédurale ou de la définition de la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements comme une norme relevant du jus cogens, une question substantielle, la technique des emprunts normatifs semble être un outil interprétatif commun. Le recours par un organe de protection à d'autres règles du droit international qui ne relèvent pas de son système d'origine semble être utilisé pour adopter des interprétations extensives et évolutives des droits de la personne, pour opérer des revirements de jurisprudence ou encore pour harmoniser des jurisprudences existantes et initialement divergentes. L'usage de cette technique par les interprètes témoigne de méthodes d'interprétation communes, caractéristiques et adaptées aux conventions internationales de protection des droits de la personne tout en étant dans la continuité des principes généraux du droit international codifiés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. La notion d'interprétation globale par contextualisation normative et systémique postule la perméabilité entre les normes internationales de protection des droits de la personne. Elle renvoie également aux interactions entre des systèmes juridiques formellement indépendants du fait de la recherche d'une protection plus effective de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine. Cependant, si une convergence normative entre les organes et les systèmes de protection caractérise certains aspects de la prohibition de la torture, des interprétations divergentes reflètent les spécificités intrinsèques aux systèmes juridiques de protection.

Chapitre 2. Les pratiques divergentes du dialogue et la technique comparative : des interprétations restrictives ?

142. Si la pratique du dialogue en tant que technique juridique comparative peut avoir des effets positifs sur l'interprétation de la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements en permettant d'aboutir à des positions harmonisées, des pratiques divergentes existent également. C'est en cela que le dialogue ne peut être appréhendé pleinement qu'à travers une approche dialectique dans la mesure où la convergence et la divergence sont perpétuellement en interaction. Eu égard la diversité des systèmes juridiques et des problèmes qui peuvent se poser devant les organes de protection, des différences et des points d'opposition peuvent surgir, d'autant plus lorsque chaque organe est formellement indépendant. Aux côtés de cette caractéristique, la pluralité substantielle des règles codifiées et la multitude de situations qu'elles ont vocation à régir, conduisent, nécessairement, non seulement à une marge d'appréciation, mais bien à une marge d'appréciation discrétionnaire. En vue de son application, puisque toute règle de droit doit être interprétée, chaque cas d'espèce offrira un potentiel d'émergence de positions divergentes à l'égard de questions similaires. En supposant que les problèmes soulevés peuvent même être communs ou identiques, précisément, dans cette hypothèse, le risque d'opposition devrait être diminué voir anéanti. Cependant, en pratique, la cristallisation de positions divergentes entre plusieurs organes de protection à l'égard d'un problème juridique traduit, d'une certaine manière, la réaffirmation des spécificités du système. En effet, la question des critères d'attribution d'un fait internationalement illicite à l'État est primordiale dans la mesure où l'acte de torture est d'abord l'acte pratiqué par un agent de l'État ou à son instigation (Section 1). Par le rejet du mouvement d'harmonisation, par le refus de s'aligner sur une jurisprudence que d'autres interprètes ont suivie, par l'adoption d'une position conservatrice, par la pratique d'une ouverture fermée, en utilisant stratégiquement les éléments extra-systémiques pour s'en détacher, l'absence de dialogue constructif contribue à maintenir une certaine imperméabilité entre les ordres juridiques en dépit d'un contact permanent. Parallèlement, les divergences entre les interprètes tendent également à démontrer l'absence de consensus atteint dans l'ordre juridique international, notamment en ce qui concerne les effets attachés à une norme impérative telle que la prohibition de la torture lorsqu'elle rentre en interaction avec les immunités de l'État ou un de ses représentants. L'absence d'un consensus ferme, qui reçoit également l'acquiescement des États à travers une *opinio juris* et une pratique conséquente, donne plus de liberté aux interprètes des droits de la personne et plus précisément, ouvre la

porte à la possibilité de ne pas s'aligner sur l'interprétation de tel ou tel organe puisque, en la présence d'une ligne floue et abstraite, la liberté n'en est que renforcée et par ailleurs légitime : il ne s'agit pas d'aller à l'encontre du système, mais simplement de donner vie aux effets résultant de ses propres caractéristiques (Section 2).

Section 1. La réaffirmation des spécificités du système juridique par le refus du dialogue

143. Si le dialogue conduit à une interaction entre les systèmes juridiques, l'imbrication entre des systèmes de protection des droits de la personne dans le contexte du droit international général, ne conduit pas nécessairement à une interaction harmonieuse. Le domaine de la responsabilité internationale des États et des individus en confrontation avec le droit international coutumier relatif aux immunités, est symptomatique des positions divergentes entre les organes de protection qui sont investis d'une mission différente. La Cour internationale de justice en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies et ayant comme vocation à traiter des différends juridiques interétatiques, est incontestablement investie d'un pouvoir plus politique, notamment en raison de l'engagement juridictionnel des États qui est révocable et jamais définitif. Au contraire, les régimes de protection des droits de la personne visent à l'établissement d'un contentieux objectif, dans le cadre duquel l'État ne dispose pas librement de sa volonté, afin de garantir l'effectivité des droits affirmés par les instruments de protection. Les juridictions pénales internationales ont pour vocation de juger les responsables des crimes internationaux en engageant leur responsabilité pénale individuelle. La particularité de la prohibition de la torture est d'être une infraction internationale qui renvoie d'une part, à une violation des normes internationales des droits de la personne, d'autre part, à la violation des normes de droit international pénal lorsque les actes de torture peuvent être qualifiés de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité[504].

144. Néanmoins, en dépit de cette caractéristique transversale, chaque système semble vouloir préserver ses spécificités et justifier les solutions adoptées au regard des missions initialement assignées. Dès lors, chaque organe aura tendance à privilégier ses propres positions jurisprudentielles en dépit de celles d'autres organes qui sont en contradiction (§1). C'est ici également qu'intervient le dialogue comme instrument de fragmentation de la protection des droits de la personne. L'absence de consensus parmi les organes de protection pourra cristalliser une utilisation intéressée du dialogue, utilisé pour se détacher des sources

[504] DELAPLACE, É., « La torture », in ASCENSIO, H., DECAUX, E., PELLET, A. (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, 2ème éd., pp. 217-232.

externes et maintenir un *statuo quo*, en désaccord pourtant avec l'exigence de protection et de garantie des droits (§2).

§ 1. La primauté traditionnelle des positions jurisprudentielles intrasystémiques

145. Si des principes généraux régissent la responsabilité de l'État dans l'ordre juridique international, la détermination des critères d'attribution d'un fait internationalement illicite à l'État est particulièrement problématique. En effet, en l'absence de la règle du précédent obligatoire, chaque interprète est libre de porter une appréciation sur les règles de mise en œuvre de la responsabilité étatique (A). Cela engendre un risque accru de divergences, notamment entre domaines différents du droit international (B).

A. La libre appréciation de l'interprète face à l'absence de la règle de la *stare decisis* : l'exemple de l'attribution d'un fait internationalement illicite à l'État

146. Dans la mesure où l'État ne peut agir qu'à travers des personnes physiques qui l'incarnent dans une réalité juridique, se pose le problème de l'attribution d'un fait internationalement illicite à l'État au regard du droit international. L'acte de torture est caractérisé selon la définition de la Convention contre la torture des Nations Unies par le fait qu'il s'agit d'un acte d'un agent de l'État ou à l'instigation de celui-ci. Dès lors, si la question de l'attribution d'un fait à l'État au regard du droit international peut paraître générale, elle est en étroite relation avec la notion d'effectivité et de justiciabilité de la violation d'une telle prohibition. En effet, il est nécessaire d'identifier un acte d'un agent de l'État afin de pouvoir tenir celui-ci pour responsable devant une juridiction internationale. Par ailleurs, les interactions entre la responsabilité internationale de l'État et les acteurs non-étatiques compliquent le processus d'attribution d'un fait internationalement illicite à l'État. Dans le contexte des conflits armés, surgit la question des organes *de facto* si l'État a recours aux mercenaires et sociétés militaires privées dans la conduite d'opérations conduisant à des violations des droits de la personne qui ne sont plus seulement le fait des forces armées officielles. Il est également possible de mentionner la pratique des disparitions forcées où l'État est l'instigateur de cette pratique hors la loi à travers ses agents ou par l'intermédiaire de sous-traitants, dans le cadre des restitutions extraordinaires réalisées de concert avec la

CIA et les États européens[505]. Ces pratiques soulèvent des interrogations quant à la mise en œuvre de la responsabilité de l'État qui a manqué à ses obligations internationales, notamment en vue de garantir une réparation juste et équitable du préjudice subi au regard de l'article 14 de la Convention contre la torture (1984).

147. Selon l'article 19 § 2 du projet de la CDI de 1996, absent du projet définitif de 2001[506], le crime international était défini comme un fait internationalement illicite résultant d'une « violation par un État d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble »[507]. Cette distinction entre le délit international et le crime international n'a pas abouti puisqu'elle impliquait une criminalisation du régime de la responsabilité internationale étatique, alors même que les mécanismes de cette responsabilité s'inspirent de ceux habituellement connus en droit de la responsabilité civile[508]. Dès lors, la notion de crime international dont le pendant était la reconnaissance d'un État criminel a été remplacée par le recours aux notions d'obligations *erga omnes* et d'obligations découlant des normes impératives, notions très largement admises en droit international[509]. Malgré l'abandon de la terminologie pénaliste, l'idée de l'existence de violations plus graves que d'autres est conservée en l'article 40 du projet de 2001 de la CDI qui « s'applique à la responsabilité internationale qui résulte d'une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général ». À travers cet article, la CDI vise les obligations qui découlent des règles de fond impératives interdisant des « comportements considérés comme intolérables, en raison de la menace qu'ils représentent pour la survie des États et de leurs peuples, ainsi que pour les valeurs humaines fondamentales »[510]. La violation des normes impératives engendre un intérêt à agir non seulement pour l'État lésé, mais également pour tout autre État, autre que l'État lésé. Si ce

[505] V. Infra. Partie. II. Titre. II. Chapitre 1.

[506] CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, annexé à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001.

[507] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir Annuaire…1996, vol. II (2e partie), doc. A/51/10, chap. III, sect. D, p. 62 à 70. V. par ex. PELLET, A., Remarques sur une révolution inachevée, le projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États, in *Annuaire français de droit international*, vol. 42, 1996, pp. 7-32, spéc. pp. 18-25.

[508] DAILLIER, P., FORTEAU, M., PELLET, A., *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, 8ème éd., p. 858 ; DUPUY, P.-M., Cours général de droit international public. L'unité de l'ordre juridique international, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2000, p. 363.

[509] SICILIANOS, L.-A., « Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale » in DUPUY, P.-M. (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale*, I.U.E., colloque de Florence des 7 et 8 décembre 2001, Paris, Pedone, 2003, pp. 61-62.

[510] V. CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* (2001), commentaires, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53ème session, Annuaire...2001, vol. II, 2ème partie, p. 120.

régime de responsabilité aggravée apparaît particulièrement élargi dans sa mise en œuvre et inédit dans ses aspirations, en pratique, il est difficile à réaliser pleinement. Tout d'abord, pour mettre en œuvre la responsabilité internationale, il est nécessaire de pouvoir attribuer un fait internationalement illicite à cet État. Pour qu'il s'agisse d'un fait de l'État, il est nécessaire que l'acte contraire à une obligation internationale puisse être attribué à l'État au terme de l'opération d'imputation. Au regard du droit international des droits de l'Homme qui lie exlusivement les États, les acte de torture ou d'autres formes de mauvais traitements sont nécessairement le fait d'un agent de l'État ou d'une personne qui agit à son instigation, alors que le droit international humanitaire lie toutes les parties à un conflit armé, y compris les acteurs non-étatiques.

148. Les organes de l'État sont traditionnellement les organes *de jure* visés par l'article 4 du projet de la CDI. Ainsi, le comportement d'un organe de l'État agissant en cette qualité, sera considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, indépendamment de sa position au sein de l'organisation de l'État ou de sa nature d'organe relevant du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale et quelles que soient les fonctions législatives, exécutives, judiciaires ou autres exercées[511], le statut d'organe étant attribué à toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État[512]. Selon le commentaire de la CDI, l'expression « organe de l'État » englobe toutes les personnes ou entités qui entrent dans l'organisation de l'État et qui agissent en son nom, qu'il s'agisse des organes des collectivités publiques territoriales à l'intérieur de l'État, des organes du gouvernement central de cet État, des hauts responsables ou des personnes chargées des relations extérieures. Dès lors, en vertu du principe de l'unité de l'État, toutes les actions ou omissions de tous les organes étatiques sont réputées être des actes de l'État aux fins de la responsabilité internationale puisqu'un des premiers principes qui régit l'attribution d'un fait à l'État est que le comportement d'un de ses organes est attribuable à cet État[513]. Parallèlement, en vertu de l'article 5, le comportement de toute personne ou entité habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique et qui agit en cette qualité sera considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, même si cette personne ou entité n'est pas un organe de l'État au regard de l'article 4. L'excès de pouvoir ou tout comportement contraire aux instructions sont régis par l'article 7 qui dispose que de tels agissements d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à

[511] Article 4 § 1, CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* (2001).
[512] Article 4 § 2, CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* (2001).
[513] CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* (2001), commentaires, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part 2), Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53ème session, Annuaire...2001, vol. II, 2ème partie, pp. 41-42.

l'exercice de prérogatives de puissance publique, seront considérés comme des faits de l'État au regard du droit international, si cet organe, personne ou entité agissent en cette qualité, même s'ils outrepassent leurs compétences ou contreviennent à ses instructions. Il s'agit de l'hypothèse des organes ou entités investis de prérogatives de puissance publique qui agissent *ultra vires* ou contrairement aux instructions reçues dans l'exercice de leurs fonctions. Ainsi, un État ne peut se prévaloir des dispositions de son droit interne ou des instructions initialement données à ses organes ou à ses agents pour se soustraire à sa responsabilité internationale [514] , même lorsque ces derniers ont ouvertement commis des faits internationalement illicites sous couvert de leur qualité officielle ou qu'ils ont manifestement dépassé leurs compétences[515]. Cet article s'inscrit dans la lignée de l'article 3 du projet de la CDI qui pose le principe fondamental selon lequel un État ne peut invoquer son droit interne pour faire valoir que le comportement de l'un de ses organes ne lui est pas attribuable, ce qui témoigne que l'ensemble de la responsabilité internationale est fondé sur une approche réaliste. Enfin, l'article 8 du projet de la CDI va au-delà de ces principes d'attribution tenant aux organes de l'État ou aux personnes ou entités qui peuvent leur être assimilées à raison de l'exercice de leurs fonctions, en envisageant le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui « sera considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État ». Cet article témoigne de la réflexion de la CDI qui a été marquée par la jurisprudence internationale relative à l'attribution d'un fait internationalement illicite à l'État en raison d'un comportement qui émane de personnes privées et qui ne sont pas assimilables ni à des organes de l'État en vertu de son droit interne, ni à des organes *de facto*. Plus précisément, la Cour internationale de justice a été amenée à se prononcer sur les critères d'attribution d'un fait à l'État à raison du comportement des personnes ou d'un groupe de personnes privées dans la célèbre affaire *Nicaragua*.

[514] Ibid., p. 47.
[515] Ibid.

B. La libre appréciation de l'interprète face à l'attribution d'un fait à l'État selon le critère du contrôle effectif en droit international public

149. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*[516], il était question de l'examen de la genèse, du développement et des activités du groupe armés des *contras*, force d'opposition au gouvernement central du Nicaragua, en vue de déterminer l'implication des États-Unis à leur égard et la portée juridique de leur comportement[517]. Il s'agissait d'apprécier si les actes des *contras*, constituant des violations graves des droits de l'Homme et du droit international, étaient attribuables au gouvernement des États-Unis en raison de leur implication substantielle à travers des aides financières et militaires. Cette question est toujours très actuelle, dans le domaine de la prohibition de la torture, notamment en raison des conflits armés non internationaux dans lesquels prennent part une multitude d'acteurs qui sont susceptibles de commettre ce type de violations. Il est possible de mentionner l'exemple récent du conflit armé syrien dans lequel les groupes armés non-étatiques, pour certains bénéficiant du soutien variable venant d'États étrangers, ont commis une multitude de violations des droits de la personne[518]. L'affaire *Nicaragua* a contribué à la définition des critères d'attribution des faits internationalement illicites des acteurs non-étatiques à un État, et plus particulièrement lorsque ce dernier est impliqué dans un conflit armé international ou non international, dans le cadre duquel des violations graves des droits de l'Homme ou des crimes internationaux sont commis.

150. Tout d'abord, avant de s'attarder sur la question de l'attribution des actes des *contras* aux États-Unis, la Cour avait établi la responsabilité directe de ces derniers pour les actes des Unilaterally Controlled Latino Assets (UCLA's). Ces derniers étaient, soit des militaires des États-Unis, soit des ressortissants de plusieurs États latino-américains « rétribués par les États-Unis et agissant sur les instructions directes du personnel militaire ou des services de renseignement des États-Unis »[519], leurs actions ayant consisté en la pose de mines dans les ports et eaux du Nicaragua et en plusieurs attaques contre des ports et installations pétrolières entre 1983 et 1984. La Cour avait estimé que ces actes étaient directement attribuables aux

[516] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), fond, arrêt, CIJ, Recueil 1986, p. 14.
[517] Pour une analyse de l'arrêt dans son intégralité, v. EISEMANN, P. M., L'arrêt de la CIJ dans l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis), fond, arrêt du 27 juin 1986, in *Annuaire français de droit international*, vol. 32, 1986. pp. 153-191, spéc. pp. 179-180.
[518] Human Rights Watch, *Rapport mondial de 2018*, pp. 156 et suiv.
[519] *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*), fond, arrêt, CIJ, Recueil 1986, § 75 ; v. égal. § 81 sur les diverses implications des UCLA's sur le territoire du Nicaragua.

États-Unis, dans la mesure où l'exécution des attaques incombait aux UCLA's, alors que les ressortissants américains participaient à la préparation, au commandement et au soutien. Leur responsabilité était ainsi établie en dépit de l'absence de preuve de participation directe de militaires ou agents américains dans la conduite des opérations [520]. Par exemple, ce raisonnement pourrait être utile en cas de découverte de manuels de conduite des interrogatoires dans le contexte d'un conflit ou de troubles internes qui mentionneraient explicitement des méthodes de torture à mettre en œuvre. En agissant selon les instructions directes des agents d'un État, des sous-traitants privés pourraient être tenus pour responsables pénalement mais également déclencher la responsabilité internationale de l'État au terme de l'opération d'attribution.

151. En l'absence d'instructions directes établies, l'opération d'attribution s'avère plus complexe. En l'espèce, la Cour cherche à déterminer si les liens entre les *contras* et le gouvernement des États-Unis étaient marqués non seulement par la dépendance d'une part, mais également par l'autorité d'autre part. Ce sont les critères de dépendance et d'autorité qui permettraient de fonder juridiquement l'assimilation des contras à un organe *de facto* du Gouvernement des États-Unis ou de les considérer comme agissant en leur nom[521]. En prenant appui sur un rapport de mai 1983 de la Commission du renseignement, elle avait estimé que les *contras* constituaient une force indépendante, le seul élément de contrôle des États-Unis se limitant à l'aide financière qui pouvait être interrompue. Parallèlement, la Cour avait souligné que cette appréciation, dans un raisonnement *a contrario*, met en exergue « les possibilités de contrôle qu'implique nécessairement la dépendance des *contras* à l'égard de l'aide étrangère »[522]. Néanmoins, aux yeux de la Cour, en dépit de cet appui financier important et des autres formes d'assistance fournis par les États-Unis aux contras, « il [n'était] pas clairement établi que ceux-ci exercent en fait sur les contras, dans toutes leurs activités, une autorité telle qu'on puisse considérer les *contras* comme agissant en leur nom »[523]. La Cour avait justifié l'absence de moyen de contrôle des États-Unis par l'intermédiaire de l'aide militaire étant donné que l'activité des contras s'est poursuivie, alors même que cette aide avait été suspendue dès le 1er octobre 1984. Elle avait adopté ainsi une approche très stricte du critère de dépendance puisqu'elle affirme que « les diverses formes d'assistance accordées par les États-Unis aux *contras* [avaient] été essentielles [à la poursuite de leurs activités] mais ne

[520] Ibid., § 86.
[521] Ibid., § 109.
[522] Ibid.
[523] Ibid.

[suffisaient] pas à démontrer leur totale dépendance par rapport à l'aide des États-Unis »[524]. À travers l'exigence d'une totale dépendance, la Cour avait restreint particulièrement les possibilités d'attribution d'un fait à l'État, en exigeant le respect du critère du contrôle. En effet, elle avait jugé que les différentes formes d'assistance semblaient indiquer que dans les premières années de l'aide fournie par les États-Unis, une telle dépendance existait de la part des *contras*. Cependant, elle avait précisé que si la dépendance était réelle, il était nécessaire que le gouvernement américain ait mis au point tant la stratégie que les tactiques des *contras* en usant « des possibilités de contrôle qu'implique cette dépendance »[525], sujet à l'égard duquel elle estime ne pas disposer de preuves suffisantes pour parvenir à une conclusion. La Cour constate dès lors qu'il « lui est *a fortiori* impossible d'assimiler, juridiquement parlant, la force *contra* aux forces des États-Unis »[526].

152. L'évaluation du degré de contrôle exercé par le gouvernement des États-Unis était en lien direct avec la thèse du Nicaragua en vertu de laquelle la responsabilité des activités des contras était imputable aux États-Unis en raison de la violation de plusieurs obligations de droit international comme celle de ne pas tuer, de ne pas blesser ou enlever les membres de la population civile[527]. Par ailleurs, le Nicaragua soutenait que ces activités relevaient de l'application de tactiques en vue de répandre la terreur et le danger parmi la population civile, sans tenir compte des exigences du droit international humanitaire et sans l'intervention du critère de nécessité militaire. Il citait à l'appui de ses affirmations de nombreux cas d'assassinat, de torture, de viol, d'exécution de prisonniers et de meurtre de civils sans la poursuite d'aucun objectif militaire légitime, actes attribués aux mercenaires directement formés par la CIA qui avait même rédigé un manuel de guerre psychologique[528]. Dès lors, selon la thèse du Nicaragua, les *contras* étaient des bandes de mercenaires recrutées, organisées, payées et commandées par le gouvernement des États-Unis, sans réelle autonomie et donc les actes commis seraient attribuables à ce dernier[529].

153. Dans son appréciation, la Cour avait conclu que même si la participation des États-Unis à l'organisation, à la formation, à l'équipement, au financement et à l'approvisionnement des contras a été prépondérante voire décisive, la participation demeurait insuffisante en elle-même en ce qui concerne la sélection des objectifs militaires ou paramilitaires et à la planification de toutes les opérations des *contras*, pour pouvoir attribuer

[524] Ibid., § 110.
[525] Ibid.
[526] Ibid.; v. égal. §§ 111-112.
[527] Ibid., § 113.
[528] Ibid.
[529] Ibid., § 114.

les actes commis par ces derniers au gouvernement des États-Unis[530]. Au terme d'un raisonnement formaliste et strictement positiviste au regard des éléments de preuve, la Cour affirme que :

> « [T]outes les modalités de participation des États-Unis […], et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les États-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'Homme et au droit humanitaire allégués par 1'État demandeur. Ces actes auraient fort bien pu être commis par des membres de la force contra en dehors du contrôle des États-Unis. Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites »[531].

154. La Cour a ainsi défini le critère du contrôle effectif dans l'attribution d'un fait internationalement illicite à l'égard d'un État tiers qui apporte une aide substantielle et déterminante aux activités d'une force d'opposition dans un autre État. Le critère du contrôle effectif ne prend pas en considération la part d'aléa inévitable et la nécessaire émancipation des acteurs non-étatiques dans le cadre des opérations militaires ou paramilitaires. Il semblerait que l'objectif de la mise en œuvre de la responsabilité internationale vise à lutter contre l'impunité en pouvant attribuer à l'État des faits illicites qui ont été commis par des personnes relevant tant des organes *de jure*, en vertu de son droit interne, que des organes *de facto* qui, indirectement, ne pourraient pas agir sans l'appui matériel et concret de l'appareil étatique. Si dans cette affaire, la CIJ avait condamné les États-Unis au titre de l'ingérence dans les affaires intérieures du Nicaragua, de la violation de sa souveraineté et au regard des critères de l'agression indirecte, elle a fait l'impasse sur la nécessaire attribution et condamnation des infractions graves aux droits de l'Homme et du droit international

---

[530] Ibid., § 115.

[531] Ibid. nous soulignons. La Cour ajoute au § 116 qu'elle « ne considère pas que l'assistance fournie par les États-Unis aux contras l'autorise à conclure que ces forces sont à un tel point, soumises aux États-Unis que les actes qu'elles pourraient avoir commis seraient imputables à cet État. Elle estime que les contras demeurent responsables de leurs actes et que les États-Unis n'ont pas à répondre de ceux-ci mais de leur conduite à l'égard du Nicaragua. y compris celle qui est liée aux actes en question. Ce que la Cour doit examiner, ce ne sont pas les griefs relatifs aux violations du droit humanitaire qu'auraient commises les contras et que le Nicaragua considère comme imputables aux États-Unis mais plutôt les actes illicites dont ces derniers pourraient être directement responsables en relation avec les activités des contras. La licéité ou l'illicéité de tels actes des États-Unis est une question distincte de celle des violations du droit humanitaire dont les contras se seraient éventuellement rendus coupables. Aussi la Cour n'a-t-elle pas à établir s'ils ont en fait commis les violations du droit humanitaire qui leur sont attribuées. Cependant la question de savoir si, au moment considéré, le Gouvernement des États-Unis avait ou devait avoir connaissance des allégations de violations du droit humanitaire formulées contre les contras intervient dans l'appréciation de la licéité du comportement des États-Unis. Les faits à retenir à cet égard sont en premier lieu ceux qui ont trait à la mise en circulation du manuel d'opérations psychologiques en 1983 […] ».

humanitaire qui impliquaient des massacres de la population civile, des actes de torture et autres formes de mauvais traitements. Parallèlement, il est possible de souligner que dans le cadre des opérations militaires menées par les forces régulières d'un État, ce dernier n'a pas la mainmise sur les opérations *in concreto* puisque les commandants militaires, disposent de prérogatives de puissance publique qui les habilitent à conduire et à diriger ces opérations dont ils pourront être tenus comme responsables au titre de la responsabilité pénale individuelle en tant que supérieurs hiérarchiques directs. Dans le cadre de l'affaire *Nicaragua,* un gouvernement étranger finance et soutient directement une force d'opposition chargée de mener des activités de subversion et de déstabilisation du gouvernement central. En raisonnant par analogie, s'il existe également un financement, un appui matériel et des directives précises à travers des manuels de guerre visant à la commission d'actes de torture en dehors du territoire où s'exerce la juridiction de l'État d'origine, il s'agirait d'une délégation de compétences en violation de la souveraineté et de l'indépendance de l'État de destination, en vue de pouvoir commettre des actes illicites qui échappent aux poursuites et à une éventuelle condamnation, tant au titre de la responsabilité pénale individuelle qu'au regard de la responsabilité internationale étatique. Si la Cour internationale de justice a eu une approche stricte de l'opération d'attribution en posant le critère du contrôle effectif même en cas de violations graves des droits de l'Homme, tout autre est l'approche en droit international pénal. Dès lors, il faut s'interroger sur l'impact de la nature de l'organe de protection sur l'interprétation de ces règles.

§ 2. La nature de l'organe de protection comme limite à un dialogue constructif

155. Les tribunaux pénaux internationaux ont été établis dans un moment de crise, afin de répondre à des contextes spécifiques de violations des droits humains, respectivement le génocide au Rwanda et le conflit en République d'ex-Yougoslavie. Néanmoins, leur caractéristique commune réside dans l'utilisation de l'appareil étatique afin de commettre des crimes de masse, à grande échelle, justifiant la poursuite et la condamnation des plus hauts responsables de chaque État. Les divergences entre droit international public et droit international pénal émergent compte tenu de la nature différente des organes de protection. Les tribunaux pénaux internationaux avaient dès le départ une mission essentielle : lutter contre l'impunité et rendre la justice pour les victimes en jugeant les responsables de violations massives des droits de l'Homme. Ainsi, en optant pour le critère du contrôle global pour attribuer un fait à l'État, le TPIY a contribué au cloisonnement des positions

jurisprudentielles en refusant de se soumettre à l'autorité des critères jurisprudentiels dégagés par la CIJ (A). Cette dernière, en refusant le dialogue et l'échange interprétatif avec le tribunal, a pour sa part cristallisé une jurisprudence divergente à l'égard d'une question juridique commune, en entérinant le critère du contrôle effectif (B).

A. Le cloisonnement des positions jurisprudentielles à travers le dialogue asymétrique : l'attribution d'un fait à l'État selon le critère du contrôle global

156. Devant le TPIY, dans un premier temps, dans le cadre de l'affaire *Tadić*, le jugement rendu par la Chambre de première instance avait validé le critère du contrôle effectif dégagé par la CIJ dans l'affaire Nicaragua et avait conclu ainsi que le conflit armé sur le territoire de l'ex-Yougoslavie n'avait pas un caractère international. Le Tribunal devait déterminer si le conflit qui s'était déroulé sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine entre 1992 et 1995, était un conflit armé international ou un conflit interne, en vue de l'application des règles du droit international humanitaire, plus protectrices en étant plus précises et plus contraignantes, en cas de conflit armé international ; l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève régissant, en toutes circonstances, également les conflits armés non internationaux. Le caractère international du conflit était également déterminant en l'espèce pour pouvoir inculper Dusko Tadić non seulement de violations des lois et coutumes de la guerre au regard de l'article 3 du Statut du Tribunal mais également de violations graves des Conventions de Genève de 1949, en application de l'article 2. La Chambre de première instance en faisant application du critère du contrôle effectif, avait conclu que les forces armées de la Republika Srpska ne pouvaient pas être considérées comme des organes ou des agents *de facto* du Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie, concluant qu'en raison du caractère non international du conflit armé, l'article 2 du Statut était inapplicable aux accusations mises à la charge de l'accusé[532]. Cette solution avait été critiquée par l'opinion individuelle et dissidente de la Juge McDonald[533] qui estimait que le conflit avait un caractère international, les victimes de l'accusé étant ainsi protégées par la 4ème Convention de Genève relative à la protection de la population civile en temps de guerre, la Chambre ayant l'obligation d'appliquer le régime des infractions graves prévu par l'article 2 du Statut.

[532] TPIY, Ch. de 1ère instance, 7 mai 1997, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, affaire n° IT-94-1-T, §§ 580-608.
[533] V. Opinion individuelle et dissidente du juge Mcdonald relative à l'applicabilité de l'article 2 du Statut, § 34, sous TPIY, Ch. de 1ère instance, jugement, 7 mai 1997, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, affaire n° IT-94-1-T.

157. Dans le cadre de l'affaire *Tadić* jugée en appel[534], le Tribunal avait adopté une réflexion plus approfondie à l'égard du critère du contrôle, en rupture avec le raisonnement de la CIJ. Cette approche témoigne de la conception du TPIY à l'égard du droit international humanitaire. Il ne l'envisage pas simplement comme un droit spécial visant à l'encadrement des conflits armés, mais comme un véritable ensemble de normes fondé sur le droit international général qu'il approfondit en l'adaptant à ses propres spécificités eu égard son objet et ses buts. Tout d'abord, le Tribunal avait fait référence à la IIIème Convention de Genève qu'il interprétait comme se référant implicitement à un critère de contrôle dans la mesure où son article 4 pose la condition d'appartenance à une Partie au conflit dans le cadre du traitement des prisonniers de guerre[535]. Il estimait cette conclusion « fondée sur la lettre et l'esprit des Conventions de Genève […] dans la logique du droit international humanitaire »[536]. Il affirmait ainsi que :

> « Cette branche du droit ne repose pas sur des postulats formalistes. Elle n'est pas fondée sur l'idée que seuls ceux qui ont le statut formel d'organes de l'État, c'est-à-dire les membres des forces armées d'un État, sont professionnellement tenus d'éviter de commettre des violations du droit international humanitaire et également – s'ils sont en position d'autorité – d'empêcher ou de punir la perpétration de tels crimes. Il s'agit plutôt d'une branche réaliste du droit, basée sur la notion d'efficacité et visant autant que possible à dissuader quiconque de contrevenir à ses règles. Il s'ensuit, entre autres, que le droit humanitaire tient pour responsables non seulement ceux qui sont formellement investis d'une autorité mais aussi ceux qui exercent de fait un pouvoir ou un contrôle sur les auteurs de violations graves du droit international humanitaire. Dans les affaires du type de celle qui nous occupe, c'est donc le contrôle exercé sous quelque forme que ce soit par une Partie au conflit sur les auteurs des infractions qui engage la responsabilité pénale »[537].

158. Dès lors, pour le Tribunal, il apparaissait nécessaire de préciser quel degré d'autorité ou de contrôle un État étranger devait exercer à l'égard des forces armées qui combattent en son nom, en vue de conférer un caractère international à un conflit armé qui apparaît, *prima facie*, revêtir un caractère interne. La qualification juridique d'un conflit armé d'interne ou international engendre des conséquences juridiques fondamentales parmi lesquelles l'établissement de la responsabilité d'un État étranger pour les violations du droit international commises par des groupes armés qui agissent en son nom[538]. La Chambre d'appel du TPIY avait souligné que l'évaluation de la notion de contrôle traduit la « nécessité

[534] TPIY, Ch. d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, affaire n° IT-94-1-A.
[535] TPIY, Ch. d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, § 95.
[536] Ibid.
[537] Ibid., § 96.
[538] Ibid., § 97.

de compléter le droit international humanitaire par des règles issues du droit international général relatives aux critères permettant d'affirmer que des individus agissent de fait en qualité d'organes d'un État », puisque le droit international humanitaire ne prévoit pas de critères spécifiques pour déterminer dans quelle mesure un groupe d'individus est sous le contrôle d'un État[539].

159. Dans la construction de son raisonnement, le TPIY avait évoqué la notion de contrôle énoncée par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Nicaragua* en estimant que la Cour « avec toute l'autorité qui lui est propre, a opté […] pour un critère de contrôle très étroit »[540]. En rappelant l'autorité dont bénéficie la CIJ à titre d'organe judiciaire principal des Nations Unies, il semblerait que le tribunal cherchait à démontrer qu'il attache de l'importance à la jurisprudence de la Cour mais qu'il évaluait, au titre de sa marge d'appréciation, que le critère du contrôle effectif ainsi dégagé était bien trop strict à l'égard des conditions juridiques exigées pour que des individus puissent être considérés comme des agents de fait de l'État et comme agissant en son nom. Tout d'abord, la Chambre d'appel avait rappelé que la question soumise à la Cour était la suivante : « un État étranger, en l'occurrence les États-Unis, était-il responsable de violations du droit international humanitaire commises au Nicaragua par des groupes organisés militaires et paramilitaires de rebelles nicaraguayens (appelés *contras*), du fait qu'il les finançait, les organisait, les entraînait, les équipait et planifiait leurs opérations ? »[541]. Il avait ainsi fait référence aux critères du contrôle exigé par la Cour, à savoir qu'il était non seulement nécessaire que l'État exerce un contrôle effectif sur le groupe militaire ou paramilitaire, mais également que ce contrôle effectif s'exerce sur les opérations spécifiques ayant conduit à la commission des violations aux droits de l'Homme et au droit international humanitaire[542]. Il n'avait pas hésité à critiquer la Cour internationale de justice d'être allée jusqu'à dire que, pour l'engagement de la responsabilité des États-Unis pour les actes contraires au droit international commis par les *contras* il était nécessaire de prouver que cet État avait « spécifiquement 'ordonné' ou 'imposé' la perpétration de ces actes »[543]. Cette critique révèle une approche différente du droit international. Pour le TPIY, il existe une interpénétration des espaces normatifs qui s'enrichissent et se complètement mutuellement, le droit international humanitaire étant perméable au droit international, également fondé sur ces principes en termes de validité et de positivité, mais caractérisé par des enjeux spécifiques.

[539] Ibid., § 98.
[540] Ibid., § 99.
[541] Ibid., § 100.
[542] Ibid.
[543] Ibid.

160. Ainsi, pour la Chambre d'appel, le critère du contrôle effectif dégagé dans l'affaire Nicaragua ne semblait pas convaincant parce qu'il ne semblait pas s'accorder d'une part, avec la logique du droit de la responsabilité internationale des États, d'autre part, avec la pratique judiciaire et étatique[544]. En ce qui concerne la première raison relative à la logique du droit de la responsabilité internationale des États, pour le Tribunal, « les principes du droit international relatifs à l'imputation aux États d'actes accomplis par des particuliers ne [reposaient] pas sur des critères rigides et uniformes »[545]. À l'appui de son propos, il citait l'article 8 du projet d'articles sur la responsabilité de la CDI qui avait été adopté à titre provisoire en 1998, l'arrêt *Tadić* datant de 1999, avant le projet définitif de la Commission adopté en 2001. Selon cet article, si des individus ou entités ne sont pas considérés comme des organes de l'État selon la législation interne, mais agissent dans les faits pour le compte de cet État, leurs actes peuvent lui être attribués. Le Tribunal avait constaté que :

> « [C]ette règle s'explique par la volonté d'empêcher les États de se soustraire à leur responsabilité internationale en faisant appel à des particuliers pour accomplir des tâches que leurs agents ne pourraient pas ou ne devraient pas accomplir, ou encore en faisant valoir que des individus participant en fait à l'exercice du pouvoir ne constituent pas des organes de l'État au regard du droit interne et n'engagent donc pas la responsabilité de celui-ci par leurs actions. En d'autres termes, les États ne peuvent d'un côté agir dans les faits par l'intermédiaire d'individus et de l'autre se désolidariser d'eux quand ils contreviennent au droit international. Pour imputer à l'État des actes accomplis par des particuliers, le droit international exige qu'il exerce son contrôle sur eux. Le degré de contrôle requis peut cependant varier selon les circonstances factuelles propres à chaque affaire. La Chambre d'appel estime que le droit international ne saurait exiger dans tous les cas un contrôle très étroit »[546].

161. Le TPIY avait également mentionné plusieurs décisions de tribunaux ayant rejeté le critère du contrôle effectif consistant en la nécessité de prouver l'existence d'instructions précises dans le cadre des activités des individus concernés ayant conduit à la violation d'obligations internationales[547]. Plus spécifiquement, il avait noté qu'une approche similaire avait été retenue par la Cour EDH dans l'affaire *Loizidou* relative au contrôle potentiel d'un État souverain sur une entité étatique dans laquelle la Cour devait apprécier si la responsabilité de la Turquie pouvait être établie en raison du refus systématique et persistant d'accorder l'accès à la requérante à sa propriété située à Chypre-Nord, territoire sous occupation turque. La Turquie contestait la compétence de la Cour au motif que l'acte

[544] Ibid., §§ 115 et suiv.
[545] Ibid., § 117.
[546] Ibid.
[547] Ibid., v. §§ 125-127.

litigieux n'était pas le fait de ses autorités mais celui de la République turque de Chypre-Nord (RTCN). La Cour avait rejeté cet argument en jugeant qu'il n'était pas nécessaire de prouver un contrôle dans le détail des politiques et actions spécifiques des autorités de la RTCN dans la mesure où la situation d'occupation suffisait à démontrer que la Turquie exerçait « en pratique, un contrôle global, sur les autorités locales »[548]. Dès lors, afin de pouvoir conclure à l'existence d'un conflit armé international sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, le TPIY avait opté pour le critère du contrôle global en estimant que :

> « Il convient de distinguer entre le cas des individus agissant au nom d'un État sans instructions spécifiques de celui des individus constituant un groupe organisé et structuré hiérarchiquement, comme une unité militaire ou, en temps de guerre ou de troubles internes, des bandes d'éléments irréguliers ou de rebelles armés. Un groupe organisé diffère manifestement d'un individu du fait qu'il est doté d'une structure, d'une chaîne de commandement, d'un ensemble de règles ainsi que de symboles extérieurs d'autorité. En principe, les membres du groupe n'agissent pas de manière indépendante mais se conforment aux règles en vigueur dans le groupe et sont soumis à l'autorité du chef. Il suffit donc, pour imputer à l'État les actes d'un groupe, que ce dernier soit, dans son ensemble, sous le contrôle global de l'État »[549].

162. Le Tribunal avait conclu ainsi que le degré de contrôle requis pour attribuer un fait à l'État variait au regard des règles du droit international[550]. Il y aurait ainsi une gradation du degré de contrôle exigé en fonction des circonstances, ce qui témoigne d'une approche souple du Tribunal qui privilégie une appréciation *in concreto* plutôt que le critère strict du contrôle effectif qui renvoie à une appréciation *in abstracto* en postulant que le même degré de contrôle est demandé quelle que soit la catégorie d'individus ou le groupe d'individus visés. Convaincue par ce raisonnement, le critère du contrôle global a été suivi par la Cour pénale

---

[548] TPIY, Ch. d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, § 128. V. *Loizidou c. Turquie (fond)*, 18 décembre 1996, § 56, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI : « Il ne s'impose pas de déterminer si, comme la requérante et le gouvernement cypriote l'avancent, la Turquie exerce en réalité dans le détail un contrôle sur la politique et les actions des autorités de la "RTCN". Le grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre atteste que l'armée turque exerce en pratique un contrôle global sur cette partie de l'île. D'après le critère pertinent et dans les circonstances de la cause, ce contrôle engage sa responsabilité à raison de la politique et des actions de la "RTCN [...] » ; v. égal. BIANCHI, A., « The act of State: The State of the act. Judicial interpretation and human rights enforcement », in G. KOHEN, M. (dir.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'Homme et du règlement des conflits par le droit international - Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2007, pp. 129-150.

[549] TPIY, Ch. d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, § 120.

[550] Ibid., § 141 : « Il convient d'ajouter que le droit international ne prévoit pas seulement un critère de contrôle global (pour les groupes armés) et l'exigence d'instructions particulières ou d'une approbation publique a posteriori (pour les individus isolés ou les groupes qui ne sont pas organisés en structure militaire). La Chambre d'appel est d'avis qu'il existe en droit international un troisième critère : il s'agit (même en l'absence d'instructions données par un État) de l'assimilation d'individus à des organes de l'État en conséquence de leur comportement dans les faits au sein de la structure dudit État. Pareil critère est mieux illustré par un bref rappel de certaines affaires ».

internationale dans sa première grande décision sur la confirmation des charges dans l'affaire Lubanga[551]. La CIJ demeurera dans une approche de dialogue asymétrique en consolidant le critère du contrôle effectif et en cristallisant ainsi une jurisprudence divergente à l'égard de l'attribution d'un fait internationalement illicite à l'État.

B. La cristallisation d'une jurisprudence divergente à l'égard d'une question juridique commune

163. Dans l'affaire du *Crime de génocide*[552], la question de la responsabilité de la Serbie-et-Monténégro concerne les évènements de Srebrenica constitutifs d'un génocide au regard de l'article III, a) de la Convention pour le génocide (1948)[553]. Cependant, eu égard les implications des critères dégagés par la CIJ en termes de responsabilité internationale de l'État, ce raisonnement serait applicable à des actes de torture commis à grande échelle et constitutifs d'un crime contre l'humanité dans la mesure où la question de l'attribution de ces actes à un État serait envisagée. Par ailleurs, le génocide est souvent identifié comme « le crime des crimes » englobant en lui-même les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et toutes les autres violations graves des droits de la personne. Ce qui est tout particulièrement intéressant a trait au raisonnement et aux critères utilisés par la Cour en vue de déterminer l'imputabilité à l'État des actes commis par des personnes ou organes au regard des règles du droit international coutumier, indépendamment des crimes ou actes allégués. En effet, ces critères sont transposables à la question de l'attribution à l'État de tout type d'acte constituant une violation du droit international et particulièrement à la violation de l'interdiction d'avoir recours à la torture et autres formes de mauvais traitements.

164. La première hypothèse envisagée est celle de l'attribution du génocide de Srebrenica à l'État en raison du comportement de ses organes. La Cour avait estimé que :

> « [Cette question] renvoie à la règle bien établie, et qui constitue l'une des pierres angulaires du droit de la responsabilité internationale, selon laquelle le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État selon le droit international, et engage par suite la responsabilité dudit État s'il constitue une violation d'une obligation internationale qui s'impose à ce dernier »[554].

[551] CPI, Ch. Prélim. I, 29 janvier 2007, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Décision sur la confirmation des charges*, ICC-01/04-01/06 §§ 210-211.
[552] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, CIJ, Recueil 2007, p. 43.
[553] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, CIJ, Recueil 2007, p. 43, §§ 377-379.
[554] Ibid., § 385.

165. Dès lors, elle avait affirmé que cette règle relève du droit international coutumier et rappelle qu'elle est énoncée à l'article 4 du projet de la CDI sur la responsabilité internationale de l'État[555]. Au regard de cette règle, la Cour s'interrogeait si les actes constitutifs de génocide et qui avaient été commis à Srebrenica, l'avaient été par des personnes ou entités disposant du statut d'organes de la République Fédérale de Yougoslavie (RFY), État existant encore à l'époque des faits avant son implosion[556]. Elle avait conclu par la négative en estimant qu'indépendamment du fait que l'armée de la RFY ait pris part de manière directe ou indirecte à plusieurs massacres, conjointement avec l'armée de la République serbe de Bosnie (VRS), il n'avait pas été établi qu'une telle participation ait eu lieu dans le cadre des évènements de Srebrenica[557]. En effet, les massacres commis avaient été principalement le fait de la VRS et de la Republika Srpska qui, ne constituaient certes pas des organes *de jure* de la RFY, puisqu'elles ne possédaient pas le statut d'organes en vertu de son droit interne, mais qui étaient matériellement et substantiellement soutenues par celle-ci[558]. Ainsi, la CIJ avait jugé qu'il était nécessaire de déterminer,

> « [S]i un État peut, en principe, se voir attribuer le comportement de personnes ou de groupes de personnes qui, sans avoir le statut légal d'organes de cet État, agissent en fait sous un contrôle tellement étroit de ce dernier qu'ils devraient être assimilés à des organes de celui-ci aux fins de l'attribution nécessaire à l'engagement de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite »[559].

166. Elle avait rappelé sa jurisprudence Nicaragua, qualifiée de « réponse de principe »[560], pour souligner que :

---

[555] Pour rappel, l'article 4 du projet de la CDI évoqué précédemment est libellé comme suit :
« 1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État. 2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État ».

[556] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, CIJ, Recueil 2007, p. 43, § 386.

[557] Ibid.

[558] Ibid. Pour une justification détaillée du rôle et du statut de la VRS et de la Republika Srpska dans la commission du massacre, sous le commandement du général Mladic´, v. les §§ 387-388 ; v. le §§ 389-390 pour la question des milices paramilitaires impliquées, notamment les « Scorpions ».

[559] Ibid., § 391, nous soulignons.

[560] Ibid. V. *Activités militaires et parumilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, dans laquelle la CIJ avait souligné au § 109, qu'il s'agissait de « déterminer si les liens entre les contras et le Gouvernement des États-Unis étaient à tel point marqués par la dépendance d'une part et l'autorité de l'autre qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler les contras à un organe du Gouvernement des États-Unis ou de les considérer comme agissant au nom de ce gouvernement » ; cependant, au regard des faits et des informations à sa disposition, la Cour avait conclu qu'il « n'était pas clairement établi que les États-Unis exerçaient en fait sur les contras dans toutes leurs activités une autorité telle qu'on pût considérer les contras comme agissant en leur nom », mais également que la totale dépendance des

> « [U]ne personne, un groupe de personnes ou une entité quelconque peut être assimilée – aux fins de la mise en œuvre de la responsabilité internationale – à un organe de l'État même si une telle qualification ne résulte pas du droit interne, lorsque cette personne, ce groupe ou cette entité agit en fait sous la **'**totale dépendance' de l'État dont il n'est, en somme qu'un simple instrument »[561].

167. Cette position à l'égard des organes *de facto* a été très critiquée par la doctrine dans la mesure où le critère de la « totale dépendance » apparaît bien trop restrictif pour pouvoir être satisfait dans les faits, surtout dans le contexte d'un conflit armé où il est difficile d'avoir un encadrement et des directives précises à l'égard des opérations menées dans le cadre des hostilités, susceptibles de conduire à des violations graves du droit international. L'exigence de la « totale dépendance » a même été qualifiée d' « absurde »[562] puisque prise au sérieux, il semblerait que seul un organe *de jure* pourrait la satisfaire et à la seule condition que cet organe ait une compétence liée et non une simple compétence d'attribution[563]. Par ailleurs, la Cour avait restreint d'autant plus les critères d'assimilation aux organes *de facto* de l'État, de personnes ou entités auxquelles le droit interne ne conférait pas ce statut puisqu'elle avait ajouté que l'attribution de leurs actes à l'État « ne [pouvait] que rester exceptionnelle ; elle [supposait], en effet, que soit établi un degré particulièrement élevé de contrôle de l'État [sur ces personnes ou entités], caractérisé précisément [dans l'affaire Nicaragua] comme une 'totale dépendance' »[564].

168. Néanmoins, pour que des personnes ou entités puissent être assimilées à des organes *de facto* de l'État, celles-ci devaient non seulement agir sous la « totale dépendance » de cet État, mais également n'être que des « instruments d'action » dudit État, sans exercer aucune marge d'appréciation. Ensuite, la Cour s'était interrogée sur la question de savoir « si, dans les circonstances particulières des événements de Srebrenica, les auteurs des actes de génocide [avaient] agi selon les instructions ou sous la direction ou sous le contrôle [de la RFY] [auquel cas] les auteurs des actes en cause devraient être qualifiés d'organe [de cet État] ou assimilés à de tels organes [leurs actes engageant dès lors la responsabilité de la RFY] »[565]. En effet, il s'agissait de déterminer si la responsabilité de l'État pouvait être engagée du fait

---

contras par rapport à l'aide des États-Unis n'était pas établie, lui étant dès lors « impossible d'assimiler, juridiquement parlant, la force contra aux forces de cet État » (§ 110).

[561] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, CIJ, Recueil 2007, p. 43, §, § 392, nous soulignons.

[562] ASCENSIO, H., La responsabilité selon la CIJ dans l'affaire du génocide bosniaque, in *Revue générale du droit international public*, 2007, p. 281.

[563] Ibid. pp. 285-304.

[564] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, CIJ, Recueil 2007, p. 43, § 393.

[565] Ibid., § 397.

des instructions données ou du contrôle exercé par ses organes et qui avaient conduit à la violation des obligations internationales. La Cour avait rappelé l'article 8 du projet de la CDI relatif au comportement sous la direction ou le contrôle de l'État, applicable en l'espèce[566]. Pour la CIJ, cette disposition ne pouvait se lire qu'à la lumière du critère du contrôle effectif constituant la solution de principe dégagée dans l'affaire Nicaragua. Aux yeux de la Cour, le critère du contrôle effectif se distinguait du critère de la « totale dépendance » qui permettait d'assimiler à un organe *de facto* de l'État, toute personne ou entité ne disposant pas du statut d'organe selon le droit interne de cet État. Dans l'hypothèse d'un comportement d'une personne ou entité sous le contrôle ou la direction d'un État, au regard de l'article 8, il était nécessaire de prouver que cette personne ou entité avait agi selon les instructions ou sous le contrôle effectif de l'État, « à l'occasion de chacune des opérations au cours desquelles les violations alléguées se seraient produites et non pas, en général, à l'égard de l'ensemble des actions menées par les personnes ou groupes de personnes ayant commis lesdites violations »[567]. La Bosnie-Herzégovine, demandeur en l'espèce, soutenait que le crime de génocide est de nature particulière, constitué de plusieurs actes distincts dans le temps et dans l'espace, justifiant « que le contrôle effectif de l'État dont la responsabilité est recherchée soit apprécié, non point au regard de chacun de ces actes particuliers, mais au regard de l'ensemble des opérations conduites par les auteurs directs du génocide »[568]. La Cour avait rejeté cet argument en estimant que:

> « En l'absence d'une lex specialis expresse, les règles relatives à l'attribution d'un comportement internationalement illicite à un État sont indépendantes de la nature de l'acte illicite en question. Le génocide sera regardé comme attribuable à l'État si et dans la mesure où les actes matériels, constitutifs du génocide, commis par des organes ou des personnes autres que ses propres agents l'ont été, en tout ou en partie, selon les instructions ou sous la direction ou le contrôle effectif de cet État. Ainsi se présente aujourd'hui le droit international coutumier en la matière, tel que reflété par les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État »[569].

169. La CIJ refuse le dialogue et définit ainsi la teneur du droit international coutumier relatif à la responsabilité internationale des États en estimant qu'il n'existe pas de *lex specialis* explicite permettant de rejeter le critère des instructions, de la direction et du contrôle effectif. Il serait possible d'aller à l'encontre de la position de la Cour en soulignant que l'absence

[566] Ibid., § 398. Cet article dispose que « le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État ».
[567] Ibid., § 400.
[568] Ibid., § 401.
[569] Ibid., § 401.

d'une règle spécifique d'attribution de la responsabilité découlant de violations particulièrement graves du droit international, fait tomber en désuétude le Chapitre III du projet de la CDI relatif aux violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général instituant une forme de responsabilité aggravée[570]. En effet, cette dernière ne peut aucune être mise en œuvre si l'opération d'attribution fait défaut en raison de critères extrêmement restrictifs, rendant celle-ci sans objet en la léguant au simple statut d'une responsabilité voulue en théorie, écartée en pratique, dès lors qu'il ne s'agit pas des organes *de jure* de l'État. Par ailleurs, la Cour est en contradiction au regard de sa propre jurisprudence. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, après avoir défini ce qu'elle entendait par les obligations *erga omnes*, elle estimait que « ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine […] », tout en identifiant certains droits de protection comme intégrés au droit international général[571], d'autres découlant « des instruments internationaux de caractère universel ou quasi-universel »[572]. La Cour identifie l'interdiction du génocide comme appartenant à la catégorie des obligations *erga omnes* mais n'en tire aucune conséquence en termes d'attribution d'un fait internationalement illicite à l'État. Ce constat devrait être de nature à déclencher un régime de responsabilité aggravée, assortie corrélativement de la possibilité d'engager la responsabilité de l'État en toutes circonstances, non seulement en vue de le dissuader de la commission de ce type d'actes, mais également pour garantir une réparation juste et équitable. Néanmoins, ce n'est pas la position de la Cour. La Cour avait refusé la doctrine du TPIY en raison de sa compétence *ratione materiae*. Elle avait estimé qu'il n'incombait pas au Tribunal, ni dans l'affaire *Tadić*, ni en règle générale, « de se prononcer sur des questions de responsabilité internationale des États, sa juridiction étant de nature pénale et ne s'exerçant qu'à l'égard des individus »[573]. Elle avait toutefois souligné qu'elle accordait « la plus haute importance aux constatations de fait et aux qualifications juridiques » adoptées par le Tribunal pour statuer sur la responsabilité pénale des accusés.

[570] V. les articles 40 et 41 de la CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité internationale des États pour fait internationalement illicite* (2001).

[571] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, CIJ, Recueil 2007, p. 43, §§ 161-162 : La Cour cite notamment un de ses avis consultatifs pour identifier l'interdiction des actes de génocide comme faisant partie intégrante du droit international général et comme faisant partie du *jus cogens* : *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23.

[572] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, § 34.

[573] *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, CIJ, Recueil 2007, p. 43, § 403.

C'était pour tempérer aussitôt ses propos en rappelant que « la situation n'est pas la même en ce qui concerne les positions adoptées par le TPIY sur des questions de droit international général qui n'entrent pas dans son domaine spécifique de compétence, et dont la résolution n'est d'ailleurs pas toujours nécessaire au jugement des affaires pénales qui lui sont soumises »[574]. La Cour avait jugé que dans le cadre de l'affaire *Tadić*, le critère du contrôle global visait à établir la nature et le degré d'implication d'un État dans un conflit armé, se déroulant sur le territoire d'un autre État, afin que le conflit puisse être qualifié d'international. Elle avait remarqué qu'il n'y avait aucune « contradiction logique » pour que les critères pour l'engagement de la responsabilité d'un État à raison des actes commis par des particuliers dans le cadre du même conflit, soient différents[575]. Par ailleurs, elle avait conclu que le critère du contrôle global présenterait « le défaut majeur d'étendre le champ de la responsabilité des États bien au-delà du principe fondamental qui gouverne le droit de la responsabilité internationale, à savoir qu'un État n'est responsable que de son propre comportement, c'est-à-dire de celui des personnes qui, à quelque titre que ce soit, agissent en son nom »[576].

170. La Cour cloisonne ainsi les critères d'attribution de la responsabilité en droit international public et ceux de la responsabilité pénale individuelle en droit international pénal[577]. Cette approche est critiquable dans la mesure où la complémentarité entre la

[574] Ibid.
[575] Ibid., § 405.
[576] Ibid., § 406.
[577] *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43, §§ 170-173. La Cour avait toutefois rappelé la dualité de la responsabilité internationale de l'État et de la responsabilité pénale individuelle, en se référant à la fois à la CDI qu'au Statut de Rome de CPI, en ces termes : « 173. La Cour relève que cette dualité en matière de responsabilité continue à être une constante du droit international. Cet élément figure au paragraphe 4 de l'article 25 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, auquel sont à présent parties cent quatre États: « Aucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international.» La Cour relève également que les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale, 12 décembre 2001) (ci-après «Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État») abordent, à l'article 58, la question par son autre aspect: «Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État.» Dans son commentaire sur cette disposition, la Commission indique ce qui suit : « Dans le cas de crimes de droit international commis par des agents de l'État, il arrivera souvent que ce soit l'État lui-même qui soit responsable pour avoir commis les faits en cause ou pour ne pas les avoir empêchés ou réprimés. Dans certains cas, notamment celui de l'agression, l'État sera par définition impliqué. Mais même dans ces cas, la question de la responsabilité individuelle est en principe à distinguer de celle de la responsabilité des États. L'État n'est pas exonéré de sa propre responsabilité pour le comportement internationalement illicite par le fait qu'il a poursuivi et puni les agents publics qui en sont les auteurs » (Rapport de la CDI, 2001, A/56/10, Commentaire de la CDI sur le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Commentaires sur l'article 58, par. 3.). La Commission cite le paragraphe 4 de l'article 25 du Statut de Rome et conclut comme suit : « L'article 58 ... précis[e] que les articles ne traitent pas de la question de la responsabilité individuelle en droit international de toute personne agissant au nom d'un État. L'expression « responsabilité individuelle » est revêtue d'une signification convenue à la lumière du Statut de Rome et d'autres instruments ; elle désigne la responsabilité de

responsabilité des États, de nature civile et régie par un objectif de réparation, et la responsabilité des individus, de nature pénale et régie par un objectif de répression, il serait nécessaire d'harmoniser les critères en vertu desquels les actes des particuliers peuvent être attribués à l'État, d'autant plus lorsqu'il s'agit du même conflit, des mêmes faits, des mêmes circonstances. Le critère du contrôle global a le mérite d'adopter une approche réaliste dans l'appréhension des opérations menées dans le cadre d'un conflit armé : il est impossible que les organes d'un État, selon son droit interne, puissent donner des instructions ou avoir un contrôle sur la totalité des opérations, prises individuellement et ayant commis à la commission de violations graves du droit international. Alors même que toute règle de droit aspire à l'effectivité et à son application pleine et entière en vue de pouvoir régir pleinement les faits potentiels pour lesquels elle a été instituée, la prohibition du génocide ou toute autre norme fondamentale visant à la protection de la personne humaine sont malmenées par un raisonnement formaliste et positiviste. N'est-ce pas le but même du droit international à travers sa juridictionnalisation qui a vocation à aller au-delà des relations interétatiques fondées sur des rapports de forces, pour instituer véritablement le règne du droit, puisque précisément la mise en œuvre effective de la responsabilité est le fondement même de toute ordre juridique effectif. Il suffirait pour un État de moduler habilement sa participation et son degré de contrôle dans un conflit armé ou dans tout autre situation susceptible d'engendrer des violations graves des droits de l'Homme pour échapper à sa responsabilité au titre du contrôle effectif.

171. La Cour rejette définitivement le critère dégagé par le TPIY en affirmant qu'il est non seulement inadapté, mais qu'il risque également de rompre « le lien qui doit exister entre le comportement des organes de l'État et la responsabilité internationale de ce dernier », justifiant ainsi son attachement à sa jurisprudence bien établie[578]. Ainsi, si ce dialogue asymétrique conduit à la cristallisation d'une jurisprudence divergente, l'absence de consensus à l'égard d'une question juridique commune reflète également le risque d'instrumentalisation du dialogue.

---

personnes individuelles, y compris des agents de l'État, d'après certaines règles de droit international s'appliquant à des comportements tels que la commission d'un génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité ».

[578] Ibid., § 407.

Section 2. La confirmation de l'absence de consensus par l'utilisation intéressée du dialogue

172. Le dialogue, en tant que pratique spontanée à la discrétion du juge, s'inscrit dans une approche dialectique. Dans la mesure où des règles du droit international peuvent rentrer en contradiction, l'usage de sources externes peut rendre compte des antagonismes de l'ordre juridique international. La protection des droits de la personne à travers la reconnaissance d'un recours individuel se heurte aux positions diverses des juridictions nationales et internationales sur des thématiques qui ne font pas l'unanimité. En dépit du caractère objectif des systèmes de protection dans lesquels les États ne peuvent disposer librement de leur engagement juridictionnel, le droit international général demeure bien souvent l'affaire des États, leur *opinio juris* conditionnant l'approche interprétative d'un organe de protection. Ainsi, il est légitime de se demander jusqu'où peut aller la liberté et la marge d'appréciation d'un interprète qui exerce néanmoins des fonctions judiciaires et impartiales, lorsqu'une interprétation excessivement progressiste risque de ne pas être bien reçue par les sujets premiers du droit international. En cela, l'opposition de la prohibition de la torture à la règle des immunités reconnues aux États est symptomatique de la difficulté de concilier des intérêts concurrents. En cela, la pratique du dialogue par le recours à des décisions ou instruments étrangers peut être artificielle, à savoir que cette incorporation n'aboutira pas nécesairement à interprétations protectrices des droits de la personne humaine, rendant compte ainsi des limites du droit et de la justice (§ 1). Parallèlement, la difficulté à concilier une règle protégéant la souveraineté et l'indépendance des États comme celle des immunités, sera le reflet de l'absence de consensus constituant la limite d'un dialogue effectif. En effet, les droits de la personne ou le droit international pénal ne poursuivent pas nécessairement les mêmes buts que les règles du droit international général, les divergences cristallisant ainsi un dialogue impossible entre ordres juridiques distincts (§ 2).

§ 1. L'incorporation artificielle des éléments extra-systémiques

173. L'incorporation artificielle des éléments extra-systémiques renvoie à la problématique de l'usage du dialogue comme pouvant aboutir à des interprétations conservatrices, qui n'oeuvrent pas dans le sens d'un accroissement et d'une consolidation de la protection des droits de la personne. L'interprète fera usage des éléments externes pour s'en détacher en considérant qu'il n'est pas possible d'adopter une interprétation extensive de l'instrument

qu'il est en charge de protéger. Ainsi, qu'il s'agisse d'un organe de protection des droits de la personne tel que la Cour EDH ou d'un organe à compétence générale comme la CIJ, le droit positif ou l'*opinio juris* des États primeront parfois sur l'exigence de protection de l'individu, en considérant qu'il n'est pas possible d'aller au-delà des règles déjà en vigueur. L'interaction entre la prohibition de la torture envisagée comme une norme impérative à laquelle aucune dérogation n'est permise et la règle de l'immunité civile des États, démontre les limites des effets attachés au *jus cogens* (A). Cependant, les opinions dissidentes des juges parties aux affaires démontrent qu'une interprétation alternative est toujours possible en adoptant un raisonnement juridique différent, se fondant sur des arguments prenant en compte des considérations d'humanité et de justice, au-delà des strictes exigences positivistes qui tendent à figer l'état du droit. Dès lors, en affirmant que la règle de l'immunité devrait être neutralisée en cas de violations graves des normes impératives comme l'interdiction de la torture, le dialogue des juges incarne le débat à l'égard d'un conflit irrésolu entre une règle substantielle et une règle procédurale (B).

A. La confrontation entre la prohibition de la torture en tant que norme impérative et l'immunité civile des États

174. La confrontation entre l'interdiction de la torture et l'immunité civile des États cristallise des rapports ambigüs dans l'ordre juridique international. D'un côté, cette prohibition fait l'unanimité et est universellement reconnue compte tenu de la pluralité des normes internationales interdisant la pratique de la torture et autres formes de mauvais traitements. De l'autre côté, les États sont réticents à renoncer au privilège des immunités qui incarne leur égalité souveraine et leur indépendance dans les relations internationales. Ne pouvant s'affranchir de constat, la Cour EDH a opté pour une approche réservée à l'égard des effets d'une norme impérative (1), engendrant de fortes critiques de plusieurs juges dissidents à l'affaire *Al-Adsani* qui a marqué un tournant majeur dans la protection des droits de la personne (2).

1. La position ambiguë de la Cour européenne à l'égard de la prohibition de la torture comme une norme du *jus cogens*

175. Le 21 novembre 2001, trois arrêts ont été rendus par la Cour européenne portant sur les relations entre la Convention et les immunités juridictionnelles reconnues par le droit international général aux États étrangers. Il s'agit des affaires *Fogarty*, *McElhinney* et *Al-Adsani*, toutes opposant les requérants au Royaume-Uni et dans lesquelles la Cour a, à chaque fois, jugé compatibles les immunités avec le droit à un procès équitable de l'article 6 § 1[579]. Celle qui nous intéresse plus particulièrement est l'affaire *Al-Adsani*[580].

176. Le requérant alléguait que le Royaume-Uni avait failli à son obligation de lui reconnaître le droit de ne pas être soumis à la torture en combinant l'interdiction de l'article 3 avec l'article 1 de la Convention renvoyant à l'obligation des États Parties de reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés garantis ainsi qu'avec l'article 13 relatif au droit à un recours effectif devant une instance nationale « alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ». Ainsi, le requérant estimait que les dispositions précitées combinées imposaient au Royaume-Uni d'aider l'un de ses ressortissants à obtenir un recours effectif contre un autre État pour des actes de torture, l'octroi à l'État koweïtien de l'immunité de poursuites civiles ayant fait obstacle à cet objectif[581].

177. Premièrement, la Cour avait estimé qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 3. Elle renvoyait à sa jurisprudence constante établie dans l'affaire *Soering*[582], en rappelant que l'engagement des États pris au titre de l'article 1 se bornait simplement à reconnaître aux personnes relevant de leur juridiction les droits et libertés établis par la Convention[583]. Elle avait réaffirmé que la lecture combinée des articles 1 et 3 faisait peser sur les États parties des obligations positives impliquant l'adoption de mesures propres afin d'empêcher que des actes de torture et autres formes de mauvais traitements soient commis[584]. Elle avait rappelé également que l'article 13, combiné avec l'article 3, imposait aux États l'obligation de mener une enquête officielle effective et approfondie en cas d'allégations d'actes de torture[585], *a*

[579] Pour un commentaire complet, v. ZARBIYEV, F., Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle de l'État étranger par la Cour européenne des droits de l'Homme, in *Revue Trimestrielle Des Droits De L'homme*, 59/2004, pp. 621-644.
[580] *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI.
[581] Ibid., § 35.
[582] V. arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A, n° 161, pp. 33-34, § 86.
[583] *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 37, CEDH 2001-XI.
[584] Ibid., § 38 ; v. *A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, § 22, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI.
[585] Ibid., v. *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 98, *Recueil* 1996-VI.

fortiori lorsque ces actes auraient été commis par des agents publics, en précisant néanmoins que cette obligation ne valait que pour les mauvais traitements prétendument commis dans la juridiction de l'État[586].

178. La jurisprudence *Soering* avait également consacré l'application de l'article 3 en dehors de la juridiction d'un État si la décision de celui-ci d'extrader ou d'expulser un individu était entachée de motifs sérieux et avérés de croire qu'elle pouvait l'exposer à un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Lorsque « l'acte [de l'État] a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés »[587] sa responsabilité peut être engagée sur le terrain de la Convention. Néanmoins, étant donné qu'en l'espèce, le requérant ne faisait pas valoir que les actes de torture subis aient été commis dans la juridiction du Royaume-Uni et que les agents britanniques aient un lien de causalité avec eux, la Cour avait conclu que l'État n'était pas tenu de garantir une voie de recours civil pour les actes perpétrés par les autorités koweïtiennes, bien qu'il soit un de ses ressortissants et qu'il n'y ait pas eu violation de l'article 3[588]. La Cour a refusé ainsi d'accorder une protection élargie à travers l'article 3 en raison d'une juridiction d'un État exceptionnellement étendue. En effet, à travers un raisonnement *a contrario* par rapport au principe de la compétence personnelle active que connaît le droit international pénal et au titre de laquelle l'État peut exercer ses prérogatives de juridiction en raison de l'individu qui est un de ses nationaux, il serait possible d'imaginer une interprétation de l'application de l'article 3 à la lumière d'un tel principe. En effet, l'obligation de garantir le droit à un recours effectif devrait être subordonnée au lien de nationalité existant entre un individu et l'État qui se doit de lui garantir une protection effective de ses droits et libertés dans la limite de l'exercice nécessaire de ses prérogatives de puissance publique. Ainsi, de la même manière que dans le cadre de la protection diplomatique où un État va représenter les intérêts de l'un de ses ressortissants, face aux intérêts d'un autre État, devant ses tribunaux nationaux, l'État devrait pouvoir neutraliser la règle de l'immunité en raison de l'impératif de garantir le droit à un recours effectif, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'allégations d'actes de torture, considérés comme des violations graves des droits de la personne. Le lien de nationalité pourrait être envisagé comme un lien de causalité suffisant pouvant justifier une responsabilité indirecte de l'État de garantir un accès effectif à ses tribunaux pour l'un de ses nationaux. L'interdiction de la torture, norme impérative,

[586] Ibid., v. *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, § 102, *Recueil* 1998-VIII.
[587] *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 39, CEDH 2001-XI. V. *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 91, série A n° 161.
[588] *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 40, CEDH 2001-XI.

impose des obligations *erga omnes* par sa nature même, justifiant un intérêt juridique de tous les États à ce que cette interdiction soit respectée. Dès lors, si un État tiers viole cette prohibition qui protège l'intégrité et la dignité de la personne, l'État de nationalité d'une personne lésée devait avoir le droit, voire le devoir de garantir effectivement le droit de recours en écartant le principe de l'immunité dans le cadre de d'actions devant les juridictions civiles. Même si l'État étranger conserve l'immunité d'exécution et qu'il ne peut être contraint à exécuter une décision étrangère, cette dernière ne doit pas nécessairement aboutir à une indemnisation forcée mais simplement constater les violations des droits en vue d'accorder une satisfaction équitable aux victimes. Néanmoins, cette approche en faveur de la protection de la personne humaine n'est pas celle qui s'est imposée dans la jurisprudence de la Cour EDH.

179. En ce qui concerne le grief tiré de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention[589], le requérant alléguait qu'il avait été privé de l'accès à un tribunal qui aurait statué sur sa plainte contre l'État du Koweït, alors même que le gouvernement contestait l'application de cette disposition à la procédure tout en affirmant que toute ingérence dans le droit d'accès à un tribunal serait conciliable avec l'article 6 § 1[590]. La Cour avait réaffirmé que dans le système de la Convention, il était admis depuis longtemps que la prohibition de l'article 3 consacre « l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques ». Le droit de ne pas être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants étant « un droit absolu qui ne souffre aucune dérogation en aucune circonstance »[591], le terme de « torture » visait à marquer d'une spéciale infamie, des traitements inhumains délibérés, d'une particulière gravité qui les distingue d'autres formes de mauvais traitements, provoquant de fort graves et cruelles souffrances[592]. Après avoir rappelé sa jurisprudence constante, la Cour s'est attachée à démontrer que l'importance primordiale de cette prohibition était reconnue par plusieurs domaines du droit international. Elle faisait ainsi référence à l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme ainsi qu'à l'article 5 du PIDCP comme les dispositions prohibant la torture. Elle avait rappelé également l'article 2 de la Convention des Nations Unies contre la torture qui faisait peser sur l'État l'obligation de prendre toutes mesures utiles et efficaces (législatives, administratives, judiciaires) pour éviter que des actes

[589] L'article 6 § 1 de la CEDH est libellé ainsi : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidéra, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».
[590] *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, §§ 42-43, CEDH 2001-XI.
[591] Ibid., § 59 ; v. égal. *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 62, *Recueil* 1996-VI.
[592] Ibid., v. égal. §§ 38-39 pour plusieurs affaires citées à l'appui de cette afirmation notam. *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 63, *Recueil* 1996-VI.

de torture ne soient commis dans tout territoire sous sa juridiction ; ainsi que l'article 4 qui imposait à l'État de veiller à ce que tous les actes de torture soient constitutifs d'infractions au regard du droit pénal national[593]. Enfin, la Cour avait également mentionné l'affaire *Furundzija* dans laquelle le TPIY avait affirmé, en se référant aux mêmes règles conventionnelles susmentionées, qu' « en raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe [interdisant la torture] est devenu une norme impérative ou jus cogens, c'est à dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier 'ordinaire' »[594].Dès lors, puisque la Conventions des Nations Unies contre la torture[595] a fondé la compétence universelle à l'égard des actes de torture commis par des agents de l'État, le but de cette Convention n'était pas d'exonérer des anciens chefs d'État en cas d'allégations d'actes de torture au titre de l'immunité à raison de leur qualité officielle[596].

180. C'est ainsi que la Cour européenne, admet dans l'affaire *Al-Adsani* :

> « […] Sur la foi de ces précédents jurisprudentiels, que l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international ; toutefois la présente affaire ne concerne pas, comme c'était le cas des décisions Furundzija et Pinochet, la responsabilité pénale d'un individu pour des actes de torture qui auraient été commis, mais l'immunité dont l'État jouit en cas d'action civile en dommages-intérêts pour des actes de torture qui se sont produits sur son territoire. 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. La Cour relève notamment que, aucun des instruments internationaux primordiaux auxquels elle a fait référence (l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les articles 2 et 4 de la

[593] *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, §§ 25-29, CEDH 2001-XI : pour les mentions au droit international applicable en matière de prohibition de la torture.

[594] Ibid., § 60. V. Décision de la Chambre des Lords du Royaume-Uni, *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate Ex parte Pinochet Ugarte* (n° 3), (1999) 2 WLR 827, mentionnée au § 34 de l'arrêt de la Cour, nous soulignons : « Dans l'affaire Pinochet du 24 mars 1999, la Chambre des Lords avait décidé que le sénateur Pinochet pouvait être extradé vers l'Espagne en raison des accusations visant une conduite considérée comme criminelle au Royaume-Uni, à l'époque où les faits avaient été prétendument commis. Pour la majorité des Law Lords, l'article 134 de la loi de 1988 sur la justice pénale instituait les actes de torture commis en dehors du for comme crime au Royaume-Uni. Cependant, « si la partie II de la loi de 1978 sur l'immunité des États accordait à un ancien chef d'État l'immunité des poursuites pénales au Royaume-Uni pour des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions officielles, la torture était un crime international prohibé par le *jus cogens* (principes impératifs de droit international) ».

[595] V. *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 29, CEDH 2001-XI : pour les dispositions citées.

[596] Ibid., § 34. Par ailleurs, la Cour mentionne le Lord Millet qui avait également précisé, dans l'affaire Pinochet (p. 278), que ses conclusions quant à l'immunité *ratione materiae* de poursuites pénales n'affectaient pas l'immunité *ratione personae* des États souverains étrangers en cas d'instances civiles pour actes de torture.

Convention des Nations unies contre la torture) n'a trait à une procédure civile ou à l'immunité des États »[597].

181. De manière très contradictoire, tout en se référant à plusieurs instruments internationaux et précédents jurisprudentiels pour admettre que la prohibition de la torture était une norme impérative à laquelle aucune dérogation n'est permise, la Cour a jugé qu'il n'existait « aucun élément solide » permettant l'évincement de l'immunité de l'État en cas d'action civile devant les juridictions d'un autre État devant lesquelles des actes de torture étaient allégués. Pour étayer sa position, la Cour s'était référée au rapport du Groupe de Travail de la Commission du droit international relatif aux *Immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*[598]. Dans ce rapport, il était avancé qu'en dépit de la tendance croissante au rejet de l'immunité de l'État devant plusieurs tribunaux nationaux, en cas de violation de normes protégeant les droits de l'Homme ayant le caractère de *jus cogens*, notamment la prohibition de la torture, dans la plupart des affaires, la CDI soulignait que la thèse de l'immunité souveraine avait été privilégiée[599]. Cependant, le Groupe de Travail avait également relevé des faits postérieurs à ces décisions, renforçant l'argument selon lequel l'immunité ne pouvait être invoquée par l'État en cas de violation des droits de l'Homme. Il faisait référence à l'exception à l'immunité prévue par l'amendement au *Foreign Sovereign Immunity Act* que les juridictions américaines avaient appliqué dans deux affaires ; ainsi qu'à l'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire *Pinochet* ayant souligné « les limites de l'immunité en cas de violation massive des droits de l'Homme par des agents de l'État »[600].

---

[597] *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 61, CEDH 2001-XI, nous soulignons.

[598] Ibid., §§ 23-24. V. CDI, *Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et commentaires y relatifs*, texte adopté par la Commission à sa quarante-troisième session, en 1991, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session. Le rapport, qui contient également des commentaires sur le projet d'articles, est reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 1991, vol. II (2). V. égal., Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, adoptée par l'AGNU le 2 décembre 2004, non encore en vigueur, Résolution 59/38 de l'Assemblée générale, annexe, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 49 (A/59/49).

[599] *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 62, CEDH 2001-XI.

[600] Ibid., § 63. Au § 64, la Cour ajoute : « En ce qui concerne l'amendement à la FSIA, le fait même qu'il était nécessaire semblerait confirmer la persistance de la règle générale du droit international selon laquelle l'immunité entre en jeu même en cas de plaintes pour actes de torture perpétrés par des agents de l'État. En outre, l'amendement est d'une portée limitée : l'État contrevenant doit être signalé comme un État cautionnant les actes de terrorisme et le plaignant doit être ressortissant des États-Unis. L'effet de la FSIA trouve encore une autre limitation en ce que, une fois obtenue une décision de justice, les biens de l'État étranger bénéficient de l'immunité de saisie et d'exécution sauf lorsque s'applique l'une des exceptions prévues par la loi (paragraphe 24 ci-dessus). Au § 65, relativement à l'Affaire Pinochet, la Cour relève que : « la majorité de la Chambre des lords a estimé que, depuis la Convention contre la torture et même avant, l'interdiction internationale frappant les actes de torture commis par des agents d'un État avait le caractère d'une norme de *jus cogens* ou norme impérative et qu'aucun tortionnaire d'aucun État partie à la Convention contre la torture ne jouissait de l'immunité de poursuites pénales dans un autre État. Cependant, comme le groupe de travail de la CDI l'a lui-même reconnu, cette affaire concernait l'immunité de responsabilité pénale *ratione materiae* d'un ancien chef d'État qui se

Néanmoins, la Cour européenne avait constaté que « ces faits ne [fournissaient] pas une base solide permettant de conclure que les États ne jouissent plus de l'immunité ratione personae en cas d'action civile pour actes de torture [et encore moins en 1996, année durant laquelle la Cour d'appel avait rendu son arrêt en l'espèce] »[601].

182. Ainsi, la Cour avait conclu qu'en dépit de « l'importance primordiale de la probition de la torture [qui] est de plus en plus reconnue, [elle] ne juge pas établi qu'il soit déjà admis en droit international que les États ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour des actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors de l'État du for »[602]. Elle avait jugé que la loi britannique de 1978 accordant l'immunité aux États en cas d'actions pour atteinte à l'intégrité de la personne, sauf si le préjudice a été causé au Royaume-Uni, n'était pas « en contradiction avec les limitations généralement admises par la communauté des nations comme relevant du principe de l'immunité des États »[603], avant de conclure qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention[604].

183. Ainsi, si la Cour européenne reconnaît la qualité de *jus cogens* à la prohibition de la torture en se référant au cadre général du droit international et à des instruments et décisions des autres systèmes de protection, elle n'en tire aucune conclusion sur le plan juridique en concluant qu'il ne peut exister une exception à la règle de l'immunité civile de l'État en cas de violation de normes impératives du droit international. Précisément, ces dernières constituent les règles d'exception de l'ordre juridique international, qui doivent répondre à plusieurs critères pour pouvoir accéder à ce statut conformément à l'article 53 de la CVDT et visant à la protection des valeurs les plus fondamentales de la communuté internationale[605]. C'est précisément ces caractéristiques intrinsèques des normes du *jus cogens* qui leur confèrent le potentiel d'évincer des règles qui rentrent en contradiction dans la mesure où aucune dérogation n'est permise à leurs prescriptions. En ce qui concerne la prohibition de la torture, en raison non seulement de la très large ratification de la Convention contre la torture

---

trouvait à l'époque physiquement au Royaume-Uni. Ainsi que les décisions judiciaires rendues dans cette affaire l'ont bien spécifié, la conclusion de la Chambre des lords n'avait aucune incidence d'aucune sorte sur l'immunité *ratione personae* dont jouissent les États souverains étrangers en cas d'actions civiles pour actes de ce genre (voir, en particulier, l'arrêt rendu par Lord Millet et mentionné au paragraphe 34 ci-dessus). Pour parvenir à sa décision, la Chambre des lords a cité en les approuvant les arrêts de la Cour d'appel précisément dans l'affaire *Al-Adsani* ».

[601] Ibid., § 63.

[602] Ibid., § 66.

[603] Ibid. ; elle ajoute au § 67 que « l'application que les cours et tribunaux anglais ont faite de la loi de 1978 pour accueillir la demande d'immunité formulée par le Koweït ne saurait passer pour une restriction injustifiée au droit d'accès du requérant à un Tribunal ».

[604] Ibid., § 67.

[605] V. CDI, *Deuxième rapport sur les normes impératives du droit international général (jus cogens*), présenté par Monsieur Dire Tladi, rapporteur spécial, 69ème session, 16 mars 2017, A/CN.4/706.

mais aussi du PIDCP, il ne fait aucun doute que la communauté internationale des États, dans leur ensemble, a conscience de l'importance fondamentale que rêvet cette interdiction pour la protection des droits humains. Cependant, la Cour européenne estime que le principe de l'immunité civile d'un État étranger prime sur les allégations de torture et de violation d'un droit à un recours effectif et de respect des droits de la personne, et cela, en toutes circonstances, indépendamment du fait qu'était en cause dans l'affaire une norme impérative du droit international, au motif qu'il n'existe pas de base solide pour affirmer le contraire : c'est ici que le droit redevient une question d'interprétation, un enjeu de politique judiciaire et un outil de révolution juridique. En l'espèce, une règle procédurale relative aux immunités étatiques semble s'imposer face à une règle substantielle qui protège l'intégrité et la dignité de la personne humaine, une règle qui fait l'unanimité dans l'ordre juridique international et qu'aucun État n'ose contester en s'estimant non lié par cette interdiction. Sans toutefois consacrer une exception générale à la règle de l'immunité, une exception limitée et strictement encadrée, lorsqu'aucun autre recours n'est offert à l'individu, aurait été un rempart contre l'impunité et la garantie d'un accès à la justice. Néanmoins, il semblerait que la rigidité des principes bien acquis du droit international positif n'est pas à même de réguler les enjeux qui s'attachent aux violations graves des droits humains. La position de la Cour a été très contestée lors de son adoption, dans la mesure où la décision a été adoptée à une majorité minime, à savoir 9 voix contre 8. Les multiples opinions individuelles des juges dissidents à l'affaire témoignent très largement du fait, qu'une autre interprétation aurait été possible et que la Cour aurait dû avoir le courage d'instituer une règle d'exception visant à l'écarter l'immunité civile d'un État en cas d'allégations d'actes de torture.

2. Une décision fortement critiquée par les opinions dissidentes

184. Dans leur opinion dissidente commune, les juges Rozakis et Caflisch, à laquelle s'étaient ralliés d'autres juges parties à l'affaire[606], avaient rejeté l'interprétation de la majorité en vertu de laquelle il n'y a pas eu violation de l'article 6 de la Convention en ce qui concerne le droit d'accès à un tribunal, estimant que le requérant a été privé de ce droit alors même que sa demande dirigée contre le Koweït se rapportait à des allégations d'actes de torture. Ils rappelent que la Cour a admis pleinement, en invoquant plusieurs précédents

[606] V. Opinion dissidente commune à MM. Les Juges Rozakis et Caflisch, à laquelle déclarent se rallier M. Wildhaber, M. Costa, M. Cabral Barreto et Mme Vajic, sous *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI.

jurisprudentiels, qu'au moment de la saisine des tribunaux d'une action civile, la règle prohibant la torture avait acquis le statut de norme impérative du droit international[607]. Ils estimaient que :

> « En admettant que la règle prohibant la torture est une règle de jus cogens, la majorité reconnaît que cette règle est hiérarchiquement supérieure à toute autre règle du droit international, générale ou particulière, coutumière ou conventionnelle, sauf bien sûr les autres normes de jus cogens. Une règle de jus cogens a en effet cette caractéristique essentielle que, en tant que source du droit dans l'ordre juridique international vu sous l'angle vertical, elle est supérieure à toute autre règle n'ayant pas la même qualité. 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 tenur de la règle impérative »[608].

185. Ils avaient rappelé la position de la majorité qui ne contestait pas le fait que les règles relatives à l'immunité des États, d'origine conventionnelle ou coutumière, ne relevaient pas du droit impératif puisque « elles n'ont assurément jamais été considérées par la communauté internationale comme des règles occupant un rang plus élevé dans la hiérarchie des normes »[609]. Dès lors que des dérogations leur sont permises, ces règles « n'ont pas le rang de règles de *jus cogens*, car celles-ci, qui protègent l'ordre public, c'est à dire les valeurs fondamentales de la communauté internationale, ne souffrent aucune dérogation unilatérale ou contractuelle à leur caractère impératif »[610]. Ainsi, donner pleinement effet à cette affirmation, signifie rejeter tout argument fondé sur la règle des immunités pour permettre à un État de se soustraire des conséquences liées à l'illicéité de ses actions. Les juges n'hésitaient pas à affirmer que :

> « La norme de *jus cogens* prohibant la torture et les règles en matière d'immunité des États étant imbriquées, l'obstacle procédural que représente l'immunité des États se trouve automatiquement écarté parce que, du fait qu'elles se heurtent à une norme de rang plus élevé, ces règles-ci ne déploient aucun effet juridique. De même, on ne peut invoquer le droit national, censé donner effet sur le plan interne aux règles internationales en matière d'immunité des États, pour l'ériger en

[607] Ibid., § 1. Dans leur opinion dissidente commune, les juges rappelent les Statuts du TPIY, du TPIR et de la CPI dont l'article 7, § 2 énonce une définition du crime de torture, tout en renvoyant à la pratique des États qui conforte cette conclusion, notamment l'affaire Sener c. Ministère public de la Confédération et Département fédéral de justice et police du Tribunal fédéral suisse qui, dès 1983, avait affirmé que la règle de l'article 3 de la Convention européenne faisait partie du *jus cogens*, à savoir « des règles contraignantes [impératives] du droit des gens ».
[608] Ibid.
[609] Ibid., § 2. Ils ajoutent que « chacun sait que des États se sont spontanément désistés à maintes reprises de leurs droits en matière d'immunité ; à maintes reprises ils ont conclu des contrats en en faisant abstraction ou en y renonçant ».
[610] Ibid.

obstacle à la compétence ; on doit au contraire l'interpréter dans les limites et à la lumière des principes impératifs du *jus cogens* »[611].

186. Les juges dissidents avaient rejeté l'interprétation de la majorité en vertu de laquelle il était nécessaire d'opérer une distinction entre la procédure pénale, où la règle impérative l'emporterait sur les règles relatives à l'immunité des États étrangers qui seraient privés de leurs effets juridiques ; et la procédure civile où, en l'absence de précédents jurisprudentiels, il est impossible d'avoir le même effet[612]. Premièrement, ils avaient rappelé que les tribunaux anglais n'avaient pas eu recours à cette distinction dans l'appréciation de la plainte du requérant mais également, que la dernière juridiction à avoir statué sur l'affaire, la Cour d'appel, à travers les observations de Lord Justice Stuart-Smith, a nié que la prohibition de la torture était une norme de *jus cogens*, cette constatation lui permettant de faire droit à l'obstacle procédural de l'immunité des États[613]. Deuxièmement, ils avaient estimé que la distinction entre la procédure civile et la procédure pénale pour moduler l'effet de la prohibition de la torture ne correspondait pas à la finalité même des règles de jus cogens. Ils affirment ainsi que « ce n'est pas la nature de la procédure, mais la valeur de norme impérative de la règle et son interaction avec une règle de rang inférieur qui déterminent les effets d'une règle de *jus cogens* sur une autre règle du droit international »[614]. A l'égard de l'interdiction de la torture en tant que norme impérative dans l'ordre juridique international, ce dernier devrait priver de toute effet juridique la règle de l'immunité des États étrangers indépendamment du caractère pénal ou civil de la procédure dans l'ordre national, en affirmant ainsi que « l'obstacle à la compétence [des tribunaux nationaux] est écarté par l'interaction même des règles internationales en jeu […] le juge national [ne pouvant] accueillir une exception d'immunité par l'État défendeur [pour ne pas examiner le fond de la demande du requérant et statuer sur les éventuels dommages subis] ».

187. Dans son opinion dissidente, le Juge Ferrari Bravo avait regretté le verdict de la Cour en affirmant qu' « en se prononçant sur la violation de l'article 6 § 1, [la Cour avait] une occasion en or pour émettre une condamnation nette et forte de tout acte de torture ». À ses yeux, il s'agissait de confirmer la jurisprudence *Pinochet* de la Chambre des Lords qui avait conclu, au même titre que l'affaire *Furundzija*, que la prohibition de la torture avait un caractère de *jus cogens*, sa pratique étant constitutive d'un crime de droit international pour

[611] Ibid., § 3.
[612] Ibid., § 4. Les juges précisent également qu'ils contestent le paragraphe 66 de l'arrêt dans lequel la majorité affirme notamment qu'elle n'est pas convaincue « *qu'il soit admis en droit international que les États ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour des actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors de l'État du for* ».
[613] Ibid.
[614] Ibid.

lequel l'État devait punir mais aussi « contribuer à la punition de la torture et ne peut pas se réfugier derrière des formalismes pour éviter de se prononcer ». En l'espèce, il ne pouvait pas y avoir une obligation de punir les actes de torture puisqu'ils ne s'étaient pas produits au Royaume-Uni, mais dans un État ne relevant pas de la juridiction de la Cour. Le Juge Ferrari Bravo estimait que la Cour s'était précisément retranchée « derrière un vieux formalisme « en affirmant qu'il n'existait pas en droit international des règles lui permettant de ne plus appliquer la règle de l'immunité en matière civile lorsque des actes de torture étaient en jeu en considérant que cette règle n'était pas encore acceptée. Il regrettait ainsi que la Cour ait manqué « une très bonne occasion de livrer une jurisprudence courageuse »[615].

188. Le juge Loucaides s'était rallié dans son opinion dissidente à celles des juges Rozakis et Caflisch. Il avait ainsi affirmé que « dès lors qu'on admet que la prohibition de la torture est une règle impérative du droit international qui l'emporte sur les règles en matière d'immunité des États, aucune immunité ne peut être invoquée dans le cadre d'une procédure judiciaire qui vise à faire reconnaître la responsabilité juridique de quelqu'un pour un acte de torture qui aurait été commis »[616]. Il réfutait la distinction entre procédure pénale et procédure civile adoptée par la majorité dans l'affaire. En effet, à son égard, la prohibition ayant un caractère absolu,

> « [C]e serait une parodie de justice que d'autoriser des exceptions en matière de responsabilité civile en permettant à un État d'exciper avec succès de son immunité pour défendre à une action en réparation engagée par une victime d'actes de torture. La raison d'être du principe du droit international voulant que les responsables de ces atrocités que sont les actes de torture en soient comptables ne repose pas uniquement sur les objectifs du droit pénal. Elle vaut également pour toute responsabilité juridique quelle qu'elle soit »[617].

189. Malgré ces critiques, la Cour européenne confirmera sa position notamment dans l'affaire *Jones c. Royaume-Uni*[618], mais également dans une affaire plus récente, *Naït-Liman c. Suisse* en confirmant l'absence de compétence universelle pour les juridictions civiles en matière de torture[619]. La CIJ, quant à elle, entérinera définitivement la question d'une exception à la règle de l'immunité en cas d'allégations d'actes de torture, en prenant comme point central de référence l'affaire *Al-Adsani*.

---

[615] Ibid.
[616] V. Opinion dissidente de M. Le Juge Loucaides, sous *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI.
[617] Ibid.
[618] *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n° 34356/06 et 40528/06, CEDH 2014.
[619] V. Infra. Partie II. Titre II. Chapitre 1 pour une analyse appronfondie de l'affaire *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, 15 mars 2018.

B. Le débat irrésolu à l'égard d'un conflit potentiel entre une règle substantielle et une règle procédurale

190. L'imperméabilité de la Cour internationale de justice à un raisonnement juridique évolutif s'illustre avec un véritable « dialogue de sourds »[620] entre la Cour et les juridictions italiennes à propos d'un contentieux opposant l'Allemagne et l'Italie au sujet des immunités juridictionnelles de l'État en cas de violations graves des droits de l'Homme et du droit international humanitaire.

191. Le contentieux trouve son origine dans une décision en date du 11 mars 2004 de la Cour de cassation italienne statuant sur un pourvoi présenté par un ressortissant italien déporté au cours de la 2nde Guerre Mondiale qui, après sa libération, avait intenté une action en réparation à l'encontre de l'Allemagne devant les tribunaux italiens. Les juridictions inférieures avaient débouté Monsieur Luigi Ferrini en déclarant irrecevable la demande pour défaut de compétence découlant de l'application de la norme internationale coutumière en matière d'immunité juridictionnelle des États. Cependant, la Cour de cassation italienne annule ces décisions au motif que même si les actions commises par les forces allemandes sont rattachées abstraitement à la catégorie des actes *jure imperii* de l'État, ces actions ne bénéficient pas de l'immunité juridictionnelle prévue par le droit international dans la mesure où il s'agit de violations graves des droits fondamentaux pouvant être qualifiées de crimes internationaux, d'où résulte l'impossibilité d'invoquer l'immunité devant les juridictions italiennes[621]. Suite à cette décision, d'autres procédures similaires sont intentées à l'encontre de l'Allemagne pour des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité et les tribunaux italiens accueillent favorablement ces actions en réparation. C'est ainsi que l'Allemagne décide de porter l'affaire devant la Cour internationale de justice qui a fait l'objet d'un arrêt en date du 3 février 2012[622].

192. L'Italie faisait valoir que le refus d'accorder l'immunité à l'État allemand dans le cadre des actions en réparations devant les juridictions italiennes « était justifié en raison de la nature particulière des actes qui faisaient l'objet de ces réclamations et compte tenu des circonstances dans lesquelles celles-ci s'inscrivaient », déclinant son argument en trois volets

[620] ARCARI, M., « En guise de… complément. Dialogue, dialectique ou conflit de juridictions ? », in ARCARI, M., BALMOND, L. (dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, Naples, Editoriale Scientifica, 2014, p. 327.

[621] Ibid., p. 328 ; v. la décision de la Cour de cassation italienne : Corte Di Cassazione (sez. un. civ.), *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, sentenza 11 marzo 2004, n°5044, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, pp. 540 et suiv.

[622] *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant)*, arrêt, 3 février 2012, C.I.J., Recueil 2012, p. 100.

distincts[623]. Premièrement, elle jugeait que les actes en cause étaient des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, constituant des violations graves aux règles du droit international applicables dans les conflits armés. Deuxièmement, elle soutenait que les règles du droit international qui avaient été transgressées étaient des normes impératives, relevant ainsi du *jus cogens*. Enfin, elle alléguait que l'exercice par les juridictions italiennes de leur compétence était nécessaire à titre de dernier recours puisque les requérants se sont vus refuser toute autre forme de réparation[624].

193. À l'égard de ces arguments, la Cour adopte un raisonnement formaliste et strictement positiviste. Tout d'abord, elle rappelle qu'il est clairement établi que les actes des forces armées allemandes et des autres organes de l'Allemagne nazie ayant donné lieu aux actions en réparation devant les juridictions italiennes, étaient effectivement constitutifs de violations graves au droit international humanitaire, constitutives de crimes en droit international, mais qu'il est nécessaire de déterminer si ces faits privent l'État allemand de son droit à l'immunité[625]. Premièrement, en ce qui concerne la restriction du droit à l'immunité en relation avec la gravité des violations qui constituait un des arguments de l'Italie, la Cour estimait que :

> « L'idée de subordonner, dans une certaine mesure, le droit à l'immunité à la gravité de l'acte illicite en cause pose un problème de logique. L'immunité de juridiction permet d'échapper non seulement à un jugement défavorable mais aussi au procès lui-même. Elle revêt donc nécessairement un caractère préliminaire. C'est par conséquent avant de pouvoir examiner le fond de l'affaire portée devant lui et avant que les faits aient été établis que le tribunal national saisi doit déterminer si, au regard du droit international, un État peut ou non prétendre à l'immunité. Si l'immunité devait être fonction du point de savoir si l'État a véritablement commis une violation grave du droit international des droits de l'Homme ou du droit des conflits armés, le tribunal interne saisi devrait se livrer à un examen au fond pour déterminer s'il a compétence. Si, en revanche, il suffisait d'accuser l'État d'avoir commis des actes illicites de cet ordre pour le priver de son droit à l'immunité, une présentation habile de la réclamation pourrait à elle seule avoir pour effet de faire échec à l'immunité »[626].

194. La Cour rappelait que la pratique d'autres États est d'une importance capitale et qu'elle révèle qu' « en droit international coutumier, le droit à l'immunité n'est pas fonction de la gravité de l'acte dont l'État est accusé ou du caractère impératif de la règle qu'il aurait

[623] *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant)*, arrêt, 3 février 2012, C.I.J., Recueil 2012, § 80.
[624] Ibid.
[625] Ibid., § 81.
[626] Ibid., § 82.

violée »[627]. La Cour met en exergue qu'il n'existe aucune pratique étatique et aucune preuve de l'évolution du droit international coutumier en vertu desquelles un État ne pourrait plus se prévaloir de son immunité en cas de violations graves des droits de l'Homme et du droit international humanitaire, en citant à l'appui de ses affirmations plusieurs décisions de juridictions nationales allant à l'encontre de la position des juridictions italiennes[628]. L'usage de sources externes sert ici la condition statique du droit, qui ne peut évoluer sous la plume d'un juge exerçant un pouvoir légitime d'interprétation tout en faisant preuve de retenue judiciaire dans la mesure où l'adoption d'une solution de justice reflète le choix d'une politique judiciaire.

195. Dans l'affaire *Ferrini*, la Cour de cassation italienne invoquait l'affaire *Pinochet* jugée au Royaume-Uni, mais la CIJ avait estimé qu'elle n'était pas pertinente dans la mesure où elle portait sur l'immunité de juridiction pénale d'un ancien chef d'État devant les tribunaux d'un autre État et non sur l'immunité de l'État lui-même dans le cadre d'une action en réparation visant à établir son obligation à réparer un préjudice[629]. Cette tentative d'avancée considérable

---

[627] Ibid., § 84.

[628] Ibid., § 83 : par exemple, dans l'affaire *Distomo*, la Cour de cassation grecque avait retenu une approche similaire à celle italienne, mais celle-ci a été écartée par le Tribunal supérieur spécial dans l'affaire Margellos, rendue deux ans plus tard. V. égal. § 85 où la Cour fait l'inventaire des jurisprudences rejetant cet argument : « Cette pratique ressort clairement des décisions des juridictions nationales. L'argument selon lequel le droit international n'imposerait plus l'immunité à un État lorsque sont en cause des allégations de violations graves du droit international des droits de l'Homme, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité a été rejeté par la justice canadienne (Bouzari c. République islamique d'Iran, Cour d'appel de l'Ontario, [2004] Dominion Law Reports (DLR), 4th Series, vol. 243, p. 406; ILR, vol. 128, p. 586 ; allégations de torture), française (arrêt de la Cour d'appel de Paris, 9 septembre 2002, et arrêt de la Cour de cassation, pourvoi no 02-45961, 16 décembre 2003, Bull. civ., 2003, I, no 258, p. 206 (l'affaire Bucheron); arrêts de la Cour de cassation, pourvoi no 03 41851, 2 juin 2004, Bull. civ., 2004, I, no 158, p. 132 (l'affaire X), et pourvoi no 04-47504, 3 janvier 2006 (l'affaire Grosz); allégations de crimes contre l'humanité), slovène (affaire no Up-13/99, Cour constitutionnelle de Slovénie ; allégations de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité), néo-zélandaise (Fang c. Jiang, Haute Cour, [2007] New Zealand Administrative Reports (NZAR), p. 420 ; ILR, vol. 141, p. 702 ; allégations de torture), polonaise (arrêt de la Cour suprême de Pologne en l'affaire Natoniewski, Polish Yearbook of International Law, vol. XXX, 2010, p. 299; allégations de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité) et britannique (Jones c. Arabie saoudite, Chambre des lords, [2007] 1 Appeal Cases (AC) 270 ; ILR, vol. 129, p. 629; allégations de torture) ».

[629] *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant)*, arrêt, 3 février 2012, C.I.J., Recueil 2012, § 87, pour plus de précisions : « Cette distinction entre l'immunité d'un représentant de l'État et celle de l'État lui-même a été soulignée par plusieurs juges ayant siégé en l'affaire Pino- chet (lord Hutton (p. 254 et 264), lord Millett (p. 278) et lord Phillips (p. 280-281)). Dans la décision qu'elle a ultérieurement rendue en l'affaire Jones c. Arabie saoudite ([2007] 1 AC 270; ILR, vol. 129, p. 629), la Chambre des lords a apporté un nouvel éclairage sur cette distinction, lord Bingham ayant qualifié la différence entre les procédures pénales et les procédures civiles de 'fondamentale aux fins de la décision' rendue en l'affaire Pinochet (par. 32). La Cour relève en outre que la décision rendue en l'affaire Pinochet était fondée sur les dispositions particulières de la convention des Nations Unies contre la torture de 1984, qui n'a aucune incidence en la présente espèce. 88. En ce qui concerne la législation nationale, l'Italie s'est référée à un amendement à la loi des États-Unis sur l'immunité des États étrangers adopté à l'origine en 1996. Cet amendement exclut l'immunité pour certains actes déterminés (par exemple, les actes de torture et les exécutions extrajudiciaires) qui auraient été commis par un État que le Gouvernement des États-Unis a 'désigné comme soutien du terrorisme' (28 USC 1605A). La Cour relève que cet amendement n'a pas d'équivalent dans la législation d'autres États. Aucun des États qui a légiféré

est freinée par la Cour qui refuse de neutraliser exceptionnellement l'immunité de l'État pour faire droit à une action en réparation en cas de violations graves d'une norme impérative[630]. Ainsi, si la responsabilité pénale de l'individu peut être mise en cause en cas d'actes de torture, les conditions de mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite sont interprétées de manière restrictive. L'article 41 du projet de la CDI sur la responsabilité internationale de l'État consacre des règles coutumières en la matière et envisage l'existence d'un régime de responsabilité aggravée pour violations graves du droit international découlant de la contrariété à des normes impératives. Cependant, il ne s'agit que d'un artifice théorique et illusoire qui ne déploie aucun effet concret, même lorsqu'il s'agit de neutraliser de façon exceptionnelle la règle de l'immunité, précisément en raison d'un intérêt à agir reconnu à tous les États pour le redressement de la violation.

196. La Cour s'attache ensuite à étudier la relation entre le *jus cogens* et la règle de l'immunité de l'État conformément aux arguments présentés par l'Italie. Selon la défense italienne, les règles violées par l'Allemagne entre 1943 et 1945, en étant des normes impératives, entrent en conflit avec la reconnaissance de l'immunité de l'État allemand. En effet, selon l'Italie, « [l]es règles de *jus cogens* prévalent toujours sur toute règle contraire du droit international, qu'elle figure dans un traité ou relève du droit international coutumier; la règle en vertu de laquelle un État jouit de l'immunité devant les juridictions d'un autre État n'ayant pas le statut de *jus cogens*, elle devrait donc être écartée »[631].

197. Cependant, la Cour n'était pas de cet avis en affirmant que pareil conflit entre des règles relevant du *jus cogens* et celles régissant l'immunité de l'État n'existe pas dans la mesure où les deux catégories de règles se rapportent à des questions différentes. Celles régissant 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. Les autres règles sont de nature substantielle, relevant du *jus cogens* et interdisant un certain type de

---

sur la question de l'immunité de l'État n'a pris de disposition pour limiter celle-ci en raison de la gravité des actes allégués ».

[630] V. notam. STERN, B., « Vers une limitation de « irresponsabilité souveraine » des États et des chefs d'État en cas de crime de droit international ? », in G. KOHEN, M. (dir.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'Homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber Amicorum Lucius Caflisch, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2007, pp. 511-548 ; v. égal. BIANCHI, A., L'immunité des États et les violations graves des droits de l'Homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international, in *Revue générale du droit international public*, n° 1, 2004, p. 98, qui affirme « qu'il serait contraire à toute logique de penser que l'ordre juridique international admette qu'un sujet puisse bénéficier d'un privilège alors qu'il agit à l'encontre des règles impératives qui constituent le fondement de ce même ordre juridique ». V. égal. GATTINI, A., The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law?, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, 2011, pp. 173-200.

[631] *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant)*, arrêt, 3 février 2012, C.I.J., Recueil 2012, § 92.

comportement comme la déportation ou le meurtre de civils en temps de conflit armé[632]. Pour la CIJ, les règles procédurales n'ont pas d'incidence sur le fait de savoir si les actions judiciaires engagées l'ont été à l'encontre d'actes licites ou illicites. Ainsi,

> « [L]es tribunaux ne doivent pas appliquer le droit de manière rétroactive aux fins de se prononcer sur des questions de licéité et de responsabilité [puisque] le fait de reconnaître l'immunité d'un État étranger conformément au droit international coutumier ne revient pas à juger licite une situation créée par la violation d'une règle de jus cogens, ni à prêter aide ou assistance au maintien de cette situation, et ne saurait donc contrevenir au principe énoncé à l'article 41 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État »[633].

198. La Cour renvoie à la jurisprudence des tribunaux nationaux pour illustrer que l'argument, tiré de la primauté du *jus cogens* sur le droit de l'immunité des États, a été écarté par les tribunaux nationaux du Royaume-Uni, de la Slovénie, de la Nouvelle-Zélande ainsi que de la Grèce[634]. Egalement, elle rappelle la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme avec les affaires *Al-Adsani c. Royaume-Uni* ainsi que *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne*[635] pour conclure, qu'à chaque fois, l'argument a été écarté après un examen attentif. Enfin, elle cite la décision de la Cour de cassation française dans l'affaire *La réunion aérienne c. Jama-hiriya arabe libyenne* qui avait décidé que, « en admettant qu'une norme de jus cogens puisse constituer une restriction légitime à l'immunité de l'État, les faits de l'espèce ne justifiaient pas pareille restriction », pour préciser accorder le droit à l'immunité[636]. Dès lors, au regard de la jurisprudence nationale et internationale[637], la Cour en

---

[632] Ibid., § 93. Pour une critique approfondie, notamment sur l'absence de conflit entre ces deux règles, v. l'opinion dissidente d'Antonio Augusto Cançado Trindade, sous *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant)*, arrêt, 3 février 2012, C.I.J., Recueil 2012; v. égal. ORAKHELASHVILI, A., The Classification of International Legal Rules: A Reply to Stefan Talmon, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, pp. 89–103 : « this artificial distinction does not reflect the functions international law actually accords to its various rules, and is instead a product of political and ideological preference to keep particular classes of plaintiffs out of certain jurisdictions ».

[633] *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant)*, arrêt, 3 février 2012, C.I.J., Recueil 2012, § 93.

[634] Ibid., § 96 : « En outre, cet argument tiré de la primauté du *jus cogens* sur le droit de l'immunité des États a été écarté par les tribunaux nationaux du Royaume-Uni (Jones c. Arabie saoudite, Chambre des lords, [2007] 1 AC 270; ILR, vol. 129, p. 629), du Canada (Bouzari c. République islamique d'Iran, Cour d'appel de l'Ontario, DLR, 4th Series, vol. 243, p. 406; ILR, vol. 128, p. 586), de la Pologne (Natoniewski, Cour suprême, Polish Yearbook of International Law, vol. XXX, 2010, p. 299), de la Slovénie (arrêt de la Cour constitutionnelle en l'affaire no Up-13/99), de la Nouvelle-Zélande (Fang c. Jiang, Haute Cour, [2007] NZAR, p. 420; ILR, vol. 141, p. 702) et de la Grèce (Margellos, Tribunal supérieur spécial, ILR, vol. 129, p. 525), ainsi que par la Cour européenne des droits de l'Homme dans les affaires Al-Adsani c. Royaume-Uni et Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne (qui sont examinées au paragraphe 90 ci-dessus); chaque fois, l'argument a été écarté après un examen attentif ».

[635] *Kalogeropoulou et autres c. Grèce et Allemagne* (déc.), n° 59021/00, CEDH 2002-X.

[636] Ibid.: « La Cour n'estime pas qu'une conclusion différente puisse être tirée de l'arrêt rendu le 9 mars 2011 par la Cour de cassation française en l'affaire La Réunion aérienne c. Jama- hiriya arabe libyenne (pourvoi no 09-14743, 9 mars 2011, Bull. civ., mars 2011, no 49, p. 49). Dans cette affaire, la Cour de cassation a seulement

déduit que l'application du droit international coutumier relatif à l'immunité des États ne saurait être écartée au motif que les actions intentées devant les juridictions italiennes mettaient en cause des règles du jus cogens[638]. Bien que la Cour adopte une interprétation restrictive et conservatrice de la règle d'immunité face à la portée des règles relevant du jus cogens, elle tient néanmoins à justifier sa position et précise qu'elle ne fait que s'aligner sur les décisions de juridictions nationales et celles de la Cour EDH ainsi que sur les lois nationales relatives à l'immunité de l'État dans la mesure où elle cite ces éléments à l'appui de ses arguments. À travers la perspective du dialogue des juges, il est possible de se demander si la Cour aurait pu adopter une solution différente si d'une part, plusieurs tribunaux nationaux avaient rendu une solution similaire à celle de la Cour constitutionnelle italienne; si d'autre part, la Cour EDH avait fait primer la prohibition de la torture sur la règle de l'immunité civile des États. La CIJ aurait-elle pris en considération de telles interprétations dynamiques ou les aurait-elle ignorées en verrouillant le dialogue par l'absence de référence à des décisions contredisant sa position ?

199. La Cour internationale de justice a affirmé très tôt son attachement au positivisme juridique en minimisant la mainmise des considérations morales ou d'humanité. Dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*, elle estimait que sa fonction est de « juge[r] le droit, et ne peut tenir compte des principes moraux que dans la mesure où on leur a donné une forme suffisante. Le droit […] répond à une nécessité sociale, mais c'est précisément pour cette raison qu'il ne peut y répondre que dans le cadre et à l'intérieur des limites de la discipline qu'il constitue »[639]. La prohibition de la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants, en relevant du droit international coutumier et en ayant acquis le caractère de norme impérative, il semblerait qu'une « forme suffisante » ait été atteinte pour élever au rang juridique, des principes initialement moraux visant la protection de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine. En imposant des États des obligations *erga omnes*, en ce qui concerne plus précisément les droits fondamentaux de la personne humaine, il s'agit d'affirmer que ces droits doivent être, par définition, protégés sur le plan juridique, en se distinguant ainsi par rapport aux simples intérêts : autrement, ils ne seraient pas des droits[640]. En effet, selon la formule de Charles de Visscher, « l'intérêt de l'individu est le but du

décidé que, en admettant qu'une norme de *jus cogens* puisse constituer une restriction légitime à l'immunité de l'État, les faits de l'espèce ne justifiaient pas pareille restriction ».

[637] Ibid.

[638] *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant)*, arrêt, 3 février 2012, C.I.J., Recueil 2012, § 97.

[639] *Affaire du Sud ouest africain (Ethiopie contre Afrique du Sud ; Libéria contre Afrique du Sud)*, arrêt, 18 juillet 1966, Rec., 1966, p. 34, § 49.

[640] GOY, R., *La Cour internationale de justice et les droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 14.

droit »[641], qui s'impose dès lors comme une nécessité sociale au juge lorsqu'il exerce son pouvoir d'interprétation en vue de l'application des règles juridiques. Devant la Cour internationale de justice, l'ordre juridique international demeure profondément ancré dans des considérations relatives à l'état strict du droit international positif. Ainsi, en s'attachant à la réaction du droit international pénal à l'égard de la règle des immunités, face à l'absence d'un consensus, le dialogue semble difficile entre un ordre juridique général et un ordre juridique spécialisé.

§ 2. L'absence de consensus comme rempart à un dialogue effectif : le dialogue difficile entre ordres juridiques distincts

200. Dans l'ordre juridique international, il est vrai que la compétence de la CIJ et celle des juridictions pénales internationales ne peuvent pas être en conflit en se superposant à un même litige. En effet, la CIJ est amenée à statuer sur des différends interétatiques au regard du droit international général alors que les juridictions pénales traitent de la responsabilité pénale individuelle pour crimes internationaux. Néanmoins, ces juridictions peuvent interpréter les mêmes règles du droit international, comme cela a été le cas à l'égard des critères de l'attribution d'un fait internationalement illicite à l'État et notamment en ce qui concerne la règle des immunités à l'égard des individus[642]. Ainsi, l'organe judiciaire principal des Nations Unies fait preuve de prudence dans ce domaine en optant pour une interprétation restrictive de l'immunité pénale individuelle (A). Parallèlement, les tribunaux pénaux internationaux, investis de la mission de poursuivre des individus pour crimes internationaux, ont une approche différente à l'égard des immunités en ne les considérant pas comme un obstacle à l'engagement de poursuites. La Cour pénale internationale, quant à elle, ira jusqu'à s'affranchir de l'immunité d'un chef d'État en exercice dans l'affaire *Al-Bashir* bien que cette initiative se heurte à un refus de coopération de la part des États (B).

[641] Formule reprise par le Juge Tanaka dans son opinion individuelle, p. 124, jointe à l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3.
[642] VAN ALEBEEK, R., « The judicial dialogue between the ICJ and International Criminal Courts on the Question of Immunity », in VAN DEN HERIK, L., STAHN, C. (dir.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, The Netherlands, Koninklijke Brill, 2012, pp. 93-116.

A. L'interprétation restrictive de la Cour internationale de justice à l'égard de l'immunité pénale individuelle

201. La question de l'immunité pénale individuelle est importante en matière de prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements lorsque les actes illicites atteignent un degré de gravité suffisant pour ne plus être seulement qualifiés comme des violations des normes internationales de protection des droits de l'Homme mais plutôt comme des crimes internationaux, au regard des critères de définition soit des crimes contre l'humanité, soit des crimes de guerre. Ainsi, au regard du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique, il apparaît essentiel de pouvoir établir la responsabilité des personnes agissant en qualité officielle et au nom de l'État lorsque leur pouvoir de décision implique très largement une influence dans la perpétration de violations graves aux droits de l'Homme et au droit international humanitaire. Toutefois, il serait nécessaire de pouvoir écarter les immunités dont jouissent les hauts représentants de l'État, notamment lorsque les crimes qui pourraient leur être attribués sont commis dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions[643].

202. Dans le cadre de l'affaire du *Mandat d'arrêt*[644], le 17 octobre 2000, la République démocratique du Congo avait déposé auprès de la CIJ une requête introduisant une instance à l'encontre de la Belgique. Le différend concernait un mandat d'arrêt international délivré le 11 avril 2000 par un juge d'instruction belge contre le Ministre des Affaires étrangères en exercice du Congo, Monsieur Abdulaye Yerodia Ndombasi. Le Congo reprochait à la Belgique d'avoir violé le principe selon lequel un État ne peut exercer son pouvoir sur le territoire d'un autre État, le principe de l'égalité souveraine entre les États affirmé par l'article 2, § 1 de la Charte des Nations Unies, ainsi que l'immunité diplomatique du Ministre des affaires étrangères d'un État, immunité reconnue par la jurisprudence de la Cour et découlant également de l'article 41, § 2 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques[645]. Dès lors, il demandait à la Cour d'annuler le mandat d'arrêt international, objet du litige, qui avait pour objectif l'arrestation provisoire du Ministre Yerodia préalablement à une demande d'extradition vers la Belgique, « pour de prétendus crimes constituant des violations graves de droit international humanitaire »[646]. En effet, le mandat

[643] ZAKR, N. La responsabilité du supérieur hiérarchique devant les tribunaux pénaux internationaux, in *Revue internationale de droit pénal*, 2002/1, vol. 73, pp. 59-80.
[644] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, CIJ, Recueil 2002, p. 3.
[645] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, CIJ, Recueil 2002, §§ 1 et 11.
[646] Ibid., § 10.

d'arrêt international émis par le juge d'instruction belge à l'encontre de Monsieur Yerodia, l'inculpait, en tant qu'auteur ou coauteur, de crimes constituant des infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 et à leurs Protocoles additionnels, ainsi que de crimes contre l'humanité, alors même qu'au moment de l'émission du mandat, il était Ministre des affaires étrangères du Congo[647]. Le mandat d'arrêt qui avait fait l'objet d'une diffusion internationale par sa transmission à Interpol[648], reprochait à Monsieur Yerodia d'avoir prononcé des discours incitant à la haine raciale au mois d'août 1998. Les crimes dont il était accusé étaient régis par la loi belge du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions de Genève et à leurs Protocoles additionnels, telle que modifiée par la loi du 10 février 1999 relative aux violations graves du droit international humanitaire dont l'article 7 fondait la compétence universelle de la Belgique à l'égard de ce type d'infractions, indépendamment du lieu où elles ont été commises. L'article 5 de cette même loi disposait que l'immunité attachée à une personne en raison de sa qualité officielle ne pouvait pas faire obstacle à son application[649]. Le Congo soutenait ainsi que la compétence universelle de la Belgique constituait « une violation du principe selon lequel un État ne peut exercer son pouvoir sur le territoire d'un autre État et du principe de l'égalité souveraine [des États] » et que l'applicabilité de la loi, en dépit de l'immunité accordée en raison de la qualité officielle d'une personne, en l'espèce, du Ministre des affaires étrangères en exercice constituait une violation de son immunité diplomatique reconnue tant par la jurisprudence de la Cour que par l'article 41, § 2 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques[650]. La Cour affirme que:

> « Il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales. Aux fins de la présente affaire, seules l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité d'un ministre des affaires étrangères en exercice doivent être examinées par la Cour »[651].

203. La Cour avait rappelé le préambule de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 qui précise que « le but des privilèges et immunités diplomatiques est 'd'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que

[647] Ibid., § 13.
[648] Ibid., § 14.
[649] Ibid., § 15.
[650] Ibid., § 17.
[651] Ibid., § 51.

représentants des États' »[652]. En vertu de l'article 32 de cette Convention, qui reflète le droit international coutumier et à laquelle la Belgique et le Congo sont Parties[653], seul l'État accréditant a le pouvoir de lever cette immunité. Elle estime qu'au regard du droit international coutumier, « les immunités reconnues au Ministre des affaires étrangères ne lui sont pas accordées pour son avantage personnel, mais pour lui permettre de s'acquitter librement de ses fonctions pour le compte de 1'État qu'il représente »[654]. Dès lors, en raison de ses fonctions qui impliquent notamment un pouvoir décisionnel et une représentation diplomatique dans le cadre des relations extérieures d'un État, « pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale à l'étranger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l'intéressé contre tout acte d'autorité de la part d'un autre État qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions »[655]. La Cour précise qu'il est impossible de distinguer entre les actes accomplis par un Ministre des affaires étrangères à titre officiel et ceux à titre privé, ainsi qu'entre les actes accomplis avant son entrée en fonction et ceux accomplis dans l'exercice de ses fonctions[656], dans la mesure où son appréhension constituera une entrave à leur exercice.

204. Dans son argumentation, la Belgique faisait valoir que les immunités accordées aux Ministres des affaires étrangères ne pouvaient les protéger en cas de soupçons, à leur égard, d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité en se référant aux divers instruments juridiques créant des juridictions pénales internationales, aux législations nationales ainsi qu'à la jurisprudence des juridictions internes et internationales[657]. Le Congo avait rejeté les arguments de la Belgique au motif qu' « en l'état actuel du droit international,

---

[652] Ibid., § 52.

[653] Ibid. ; par ailleurs, la Cour renvoie également aux dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 considérée comme appartenant au droit international coutumier et à laquelle la Belgique et le Congo sont également Parties.

[654] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, CIJ, Recueil 2002, § 53.

[655] Ibid., § 54.

[656] Ibid., § 55.

[657] Ibid., § 56. Premièrement, ce qui concerne les juridictions pénales internationales, la Belgique faisait valoir que leurs actes constitutifs précisent expressément que la qualité officielle d'un individu ne peut en aucun cas être un obstacle à l'exercice de leurs compétences. Deuxièmement, la Belgique rappelle la décision Pinochet rendue par la Chambre des Lords du Royaume-Uni le 24 mars 1999 en vertu de laquelle une exception à la règle de l'immunité aurait été admise en cas de crimes graves de droit international. En l'espèce, Lord Millet affirmait qu'on « ne peut supposer que le droit international ait institué un crime relevant du *jus cogens* tout en prévoyant une immunité ayant la même portée que l'obligation qu'il chercher à imposer », alors même que Lord Philips of Worth Matravers n'exposait qu'aucune « règle établie de droit international n'exige que l'immunité d'un État ratione materiae soit accordée dans le cadre de poursuites pour crime international ». Troisièmement, l'État renvoie à la décision Kadhafi de la Cour de cassation française en date du 13 mars 2001, qui aurait, elle aussi, reconnu explicitement de telles exceptions aux immunités en affirmant qu'en « l'état du droit international, le crime dénoncé [en l'espèce des faits de terrorisme], quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État en exercice ».

rien ne permet de soutenir qu'il existerait une quelconque exception au principe de l'immunité pénale absolue du Ministre des affaires étrangères en exercice dans le cas où il serait accusé d'avoir commis des crimes de droit international »[658]. S'appuyant sur la pratique des États, elle faisait valoir une toute autre interprétation visant à la consécration du caractère absolu de l'immunité pénale des chefs d'État et des Ministres des affaires étrangères[659]. En ce qui concerne les actes constitutifs des juridictions pénales internationales et leurs jurisprudences respectives relatifs aux immunités, le Congo faisait valoir qu'ils ne concernent que les juridictions internationales et qu'ils ne sauraient avoir une incidence sur « les actions pénales devant les juridictions nationales à l'encontre des personnes jouissant d'une immunité en droit international »[660].

205. Ainsi, la Cour examine la pratique des États, y compris les législations nationales et les décisions rendues par plusieurs juridictions pour en conclure qu'elle « n'est pas parvenue à déduire de cette pratique l'existence, en droit international coutumier, d'une exception quelconque à la règle consacrant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères en exercice, lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre I'humanité »[661]. La Cour n'hésite pas à se référer également aux Statuts des juridictions pénales internationales en ce qui concerne les règles relatives à l'immunité ou la responsabilité pénale des personnes exerçant une fonction officielle, pour en déduire que ces règles ne lui permettent pas non plus de conclure à l'existence d'une telle exception, en droit international coutumier, devant les juridictions nationales, dans la mesure où aucune des décisions de ces tribunaux ne traite des immunités d'un ministre des affaires étrangères en exercice devant de telles juridictions[662]. Il est intéressant de souligner que la Cour omet de se référer à l'affaire *Blaskic* du TPIY qui avait précisément conclu le contraire en jugeant qu'en cas de violations des normes prohibant les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité ou le génocide, les responsables de tels crimes, ne pouvaient pas invoquer leur immunité ni devant une juridiction nationale, ni devant une

[658] Ibid., § 57.
[659] Ibid. En ce qui concerne la décision Pinochet, le Congo cite le Lord Browne-Wilkinson selon lequel « l'immunité dont jouit un chef d'État en fonction ou un ambassadeur en exercice est une immunité totale liée à la personne du chef d'État ou de l'ambassadeur et qui exclut toute action ou poursuite judiciaire à son encontre ; concernant la décision Kadhafi, la Cour de cassation française aurait adopté la même position jurisprudentielle dans la mesure où elle affirmait que « la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger ».
[660] Ibid., § 57.
[661] Ibid., § 58.
[662] Ibid.

juridiction internationale, même si ces crimes ont été commis dans l'exercice de leurs fonctions officielles[663].

206. À ce constat de l'absence d'exception à la règle de l'immunité, la Cour oppose plusieurs solutions pour que la responsabilité pénale d'un ancien ministre des affaires étrangères soit recherchée dans d'autres circonstances. Premièrement, elle rappelle qu'il n'y a aucune immunité de juridiction pénale dans l'État de nationalité et que les anciens représentants peuvent être poursuivis devant les juridictions internes. Deuxièmement, la Cour précise que l'État de nationalité peut décider de lever l'immunité de juridiction de ses représentants pour qu'ils puissent être traduits devant les tribunaux d'un État étranger[664]. À ces arguments, il est possible de répondre à la Cour que ces remèdes potentiels tombent immédiatement lorsque les institutions judiciaires nationales n'exercent pas de pouvoirs effectifs et sont sous l'emprise du pouvoir politique. Troisièmement, la Cour renvoie à la possibilité pour un État d'engager des poursuites à l'encontre d'un ancien représentant au titre des actes accomplis avant ou après la période d'exercice de fonctions officielles ainsi que pour les actes commis à titre privé. Enfin, la Cour n'hésite pas à admettre qu'un ministre des affaires étrangères en exercice ou un ancien ministre peut être poursuivi devant certaines juridictions pénales internationales si celles-ci sont compétentes[665]. Elle renvoie au TPIR et au TPIY, ainsi qu'à la CPI qui n'exerçait pas encore ses fonctions à l'époque, en rappelant l'article 27 du Statut de Rome relatif au défaut de pertinence de la qualité officielle et des immunités qui lui sont rattachées, qui n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence. Ainsi, au terme de ce raisonnement contradictoire, la CIJ semble admettre l'existence d'une exception restreinte à la règle de l'immunité d'un ministre des affaires étrangères en cas d'allégations de crimes internationaux, mais seulement devant les juridictions pénales internationales. En l'espèce, elle conclut que le mandat d'arrêt émis par la Belgique avait non seulement entravé l'activité diplomatique du ministre des affaires étrangères, mais a également constitué une violation d'une obligation envers le Congo, en méconnaissant l'immunité du ministre en exercice et plus précisément, en violant l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité reconnues en vertu du droit international[666]. Le constat est sans appel : même en cas de violation de normes impératives qui imposent des obligations *erga omnes*, un

[663] TPIY, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de Première Instance II rendue le 18 juillet 1997, 29 octobre 1997, *Le Procureur c. Blaskic*, aff. n° IT-95-14-A, § 38. V. Infra. À la suite de l'affaire du *Mandat d'arrêt*, le TPIY tempérera sa jurisprudence pour ne plus affirmer explicitement ce principe, mais seulement de manière implicite.

[664] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, CIJ, Recueil 2002, § 61.

[665] Ibid.

[666] Ibid., § 71.

État étranger ne peut exercer une compétence universelle élargie au motif qu'il aurait un intérêt à agir en raison de la violation d'obligations qui intéressent la communauté internationale dans son ensemble et qui protégent des valeurs fondamentales comme l'intégrité et la dignité de la personne humaine.

207. La Cour poursuivra dans le sens d'une interprétation restrictive de la compétence universelle dans l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*[667]. Le Sénégal contestait la recevabilité des demandes de la Belgique qui invoquait la responsabilité internationale du Sénégal en raison du manquement à son obligation de poursuivre par les autorités nationales compétentes le cas d'Hissène Habré et à défaut, de l'extrader. Si aucune des victimes n'avait la nationalité belge au moment où les infractions alléguées avaient été commises, la Belgique soutenait que la compétence des juridictions belges était fondée en raison de la plainte déposée par un ressortissant belge d'origine tchadienne lui permettant d'exercer sa compétence personnelle passive. Par ailleurs, la Belgique étant un État Partie à la Convention contre la torture des Nations Unies, elle alléguait que l'article 5[668] lui conférait le droit d'exercer sa compétence et de demander l'extradition[669]. Ainsi, à la question de la qualité pour agir de la Belgique non seulement en tant que Partie à la Convention mais aussi en raison de l'existence d'un intérêt particulier qui la distinguerait des autres parties à cet instrument et lui conférerait un droit spécifique dans le cas de Monsieur Habré, la Cour rappelle que la Convention contre la torture précise dans son préambule que son objet et son but est « d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture […] dans le monde entier »[670]. La Cour considère qu' « en raison des valeurs qu'ils partagent, les États parties à cet instrument ont un intérêt commun à assurer la prévention des actes de torture et, si de tels actes sont commis, à veiller à ce que leurs auteurs ne bénéficient pas de l'impunité ». Elle rappelle que l'État partie a non seulement l'obligation de procéder à une enquête préliminaire pour l'établissement des faits, mais également de soumettre l'affaire à

---

[667] *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal),* arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422.

[668] Article 5 de la Convention contre la torture (1984) : « 1. Tout État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées à l'article 4 dans les cas suivants: a) Quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous la juridiction dudit État ou à bord d'aéronefs ou de navires immatriculés dans cet État; b) Quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit État; c) Quand la victime est un ressortissant dudit État et que ce dernier le juge approprié. 2. Tout État partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître desdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit État ne l'extrade pas conformément à l'article 8 vers l'un des États visés au paragraphe 1 du présent article. 3. La présente Convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales ».

[669] *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal),* arrêt, C.I.J. Recueil 2012, §§ 64-65.

[670] Ibid., §§ 66-68, v. égal. § 115.

ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale si l'auteur présumé est présent sur son territoire, indépendamment de la nationalité de l'auteur ou des victimes et du lieu où les infractions alléguées ont été commises. La Cour précise que « cet intérêt commun implique que les obligations en question s'imposent à tout État partie à la convention, à l'égard de tous les autres États parties [puisque] l'ensemble des États parties ont « un intérêt juridique à ce que les droits en cause soient protégés ». Enfin, elle qualifie ces obligations comme *erga omnes inter partes*, au regard desquelles, quelle que soit l'affaire, chaque État partie à la Convention contre la torture à un intérêt à ce qu'elles soient respectées[671].

208. Dès lors, la Cour conclut qu'en l'espèce, la Belgique, en tant qu'État partie à la Convention contre la torture, avait qualité pour invoquer la responsabilité du Sénégal en raison des manquements au principe *aut dedere, aut judicare*[672]. Ainsi, la Cour n'hésite pas à réaffirmer que :

> « [L]'interdiction relève du droit international coutumier et [qu'] elle a acquis le caractère de norme impérative [cette interdiction reposant] sur une pratique internationale élargie et sur l'*opinio juris* des États[673] [en rappelant qu'] elle figure dans de nombreux instruments internationaux à vocation universelle (notamment la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948; les conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre de 1949; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 ; la résolution 3452/30 de l'Assemblée générale sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, en date du 9 décembre 1975), et [qu'] elle a été introduite dans le droit interne de la quasi-totalité des États; [et] enfin, [que] les actes de torture sont dénoncés régulièrement au sein des instances nationales et internationales »[674].

209. En l'espèce, la Cour considère qu'en vertu de l'article 7 § 1 de la Convention contre la torture, l'État a l'obligation de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, indépendamment d'une demande d'extradition au préalable. Elle rappelle également que l'article 6 § 2 oblige l'État à effectuer une enquête préliminaire si le suspect se trouve sur son territoire[675]. Ainsi, pour se libérer de son obligation de poursuivre le suspect, l'État peut faire droit à une demande d'extradition. Ainsi, la Cour estime que « l'extradition

---

[671] Ibid., § 68. La Cour renvoie à l'*obiter dictum* de l'affaire de la *Barcelona Traction* (1970), préc., §§ 33-34. Par ailleurs, au regard des obligations *erga omnes*, la Cour ajoute que « de ce point de vue, les dispositions pertinentes de la convention contre la torture sont comparables à celles de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, au sujet desquelles la Cour a fait observer ce qui suit: «Dans une telle convention, les États contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement tous et chacun un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention ». V. *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23.

[672] *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, § 70. La Cour renvoie aux articles 6, § 2 et 7, § 1 de la Convention contre la torture (1984).

[673] Ibid., § 99.

[674] Ibid.

[675] Ibid., § 94.

est une option offerte par la convention à l'État, alors que la poursuite est une obligation internationale, prévue par la convention, dont la violation engage la responsabilité de l'État pour fait illicite »[676]. Néanmoins, l'État ne peut extrader l'individu vers l'État qui a fait la demande d'extradition, que si ce dernier est compétent pour le poursuivre ou le juger au titre de l'article 5 de la Convention contre la torture[677]. La Cour en conclut que le Sénégal a manqué à ses obligations internationales et lui enjoint de prendre, dans les plus brefs délais, les mesures nécessaires pour saisir les autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, s'il décide de ne pas extrader Monsieur Habré vers la Belgique[678].

210. Si dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles*, la CIJ n'a pas hésité à faire prévaloir la norme procédurale relative à l'immunité des États sur les actions en réparation pour actes de torture, en l'espèce, elle n'hésite pas à affirmer que la Convention contre la torture, prise dans sa globalité, consacre des obligations *erga omnes partes*, fondant le droit d'agir de la Belgique bien que l'enjeu ne soit pas le même. En effet, la Cour ne fait qu'appliquer le principe *pacta sunt servanda* en condamnant le Sénégal pour manquement à ses obligations internationales, dans la mesure où il les avait lui-même acceptées en devenant Partie à la Convention contre la torture[679]. Si la Cour a une conception étroite de sa fonction juridictionnelle en refusant de limiter les droits qui découlent de la souveraineté des États, et cela même dans des circonstances exceptionnelles, toute autre est la position des juridictions pénales internationales. Il est légitime, dès lors, de se demander si le droit international pénal peut contribuer à l'émergence d'une exception à la règle des immunités reconnues en droit international général.

B. La volonté d'affranchissement à l'égard de l'immunité d'un chef d'État en exercice

211. La création des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* a consolidé le développement de la justice pénale internationale après les procès de Nuremberg suite à la Seconde Guerre Mondiale. Ainsi, le Conseil de Sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, a institué le TPIY[680] ainsi que le TPIR[681] afin qu'ils puissent juger les présumés responsables des violations les plus graves des droits de la personne humaine. La

[676] Ibid., § 95.
[677] Ibid., § 120.
[678] Ibid., § 121.
[679] V. DUPUY, P.-M., « Le *jus cogens*, les mots et les choses. Où en est le droit impératif devant la CIJ près d'un demi-siècle après sa proclamation? », in CANNIZZARO, E. (dir.), *The present and the future of jus cogens*, Rome, Sapienza Università Editrice, 2015, pp. 99-130.
[680] Conseil de sécurité, 22 février 1993, S/RES/808 (1993).
[681] Conseil de sécurité, 8 novembre 1994, S/RES/955 (1994).

particularité de ces tribunaux est qu'ils aient pu bénéficier d'une légitimité renforcée en raison de leur création sur la base des résolutions du Conseil de Sécurité prises en application du Chapitre VII et s'imposant à la communauté internationale en vertu de l'article 103 de la Charte[682]. Qu'il s'agisse du Statut du TPIY ou du TPIR, tous deux affirment dans les dispositions relatives à la responsabilité pénale individuelle que « la qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine »[683]. Par ailleurs, les dispositions relatives aux compétences concurrentes entre les deux tribunaux et les juridictions nationales sont identiques et posent le principe de primauté sur les juridictions nationales en habilitant les tribunaux, à tout stade de la procédure, de demander à celles-ci officiellement de se dessaisir en leur faveur[684]. En raison du contexte de leur création et de ces dispositions, leur mandat est affirmé avec une force inégalée accordée au rejet des privilèges et immunités en raison de la qualité officielle d'une personne. Ainsi, le TPIY et le TPIR n'ont pas hésité à affirmer dans leur jurisprudence que la commission d'un crime international par un individu agissant en qualité officielle peut uniquement servir « to constitute an aggravating circumstance when it comes to sentencing because the official illegitimately used and abused a power which was conferred upon him or her for legitimate purposes »[685], tout en soulignant que ce principe est fermement ancré en droit international coutumier[686]. Néanmoins, les avis divergent quant à l'application de ce principe tant aux procédures devant les juridictions nationales qu'à celles devant les juridictions internationales[687]. Le TPIY avait considéré que les exceptions à l'immunité fonctionnelle résultent des normes du droit international pénal qui prohibent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide, en estimant que ceux responsables de tels crimes ne peuvent faire valoir leur immunité devant les juridictions nationales ou les juridictions internationales,

[682] En vertu de l'article 103 de la Charte des Nations Unies, « en cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ».

[683] Art. 7, § 2 du Statut actualisé du TPIY, adopté le 25 mai 1993, par la résolution du Conseil de Sécurité S/RES/827 (1993) ; art. 6, § 2 du Statut du TPIR, adopté le 8 novembre 1994, par la résolution du Conseil de Sécurité S/RES/955 (1994) ; par ailleurs, l'article 7 du Statut du Tribunal de Nuremberg affirmait déjà que « the official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Governement Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment ».

[684] Art. 9 du Statut du TPIY ; art. 8 du Statut du TPIR.

[685] TPIY, Ch. de 1ère inst., 22 février 2001, *Le Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, § 494 ; TPIR, Ch. I, jugement portant condamnation, 4 septembre 1998, *Le Procureur c. Kambanda*, ICTR-97-23-S, § 44.

[686] V. notam. TPIY, Ch. de 1ère inst., 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, § 140 ; TPIY, Ch. de 1ère inst., décision relative aux exceptions préjudicielles, 8 novembre 2001, *Le Procureur c. Milosevic*, IT-99-37-PT, § 28.

[687] Pour une analyse approfondie, v. VAN ALEBEEK, R., « The Judicial Dialogue between the ICJ and International Criminal Courts on the Question of Immunity », préc., pp. 97-100.

même si ces actes ont été commis dans l'exercice de leurs fonctions officielles[688]. Pourtant, suite à l'affaire du *Mandat d'arrêt*, le Tribunal adoptera une approche plus réservée, en tendant à affirmer ce principe seulement de façon implicite[689].

212. Si la Cour pénale internationale est la première juridiction pénale internationale permanente à vocation universelle, ses compétences et son mandat ne sont pas définis dans les mêmes termes que ceux des tribunaux *ad hoc*. Premièrement, au regard du dixième alinéa du Préambule du Statut de Rome, à l'article 1er ainsi qu'à l'article 17 relatif aux conditions de recevabilité, la Cour est complémentaire des juridictions pénales nationales et n'a pas vocation à engager des poursuites si celles-ci sont engagées de manière effective au niveau national. Deuxièmement, l'article 25 établit la compétence de la Cour à l'égard des personnes physiques en posant les conditions de l'établissement de la responsabilité pénale individuelle, l'article 27 étant relatif au défaut de pertinence de la qualité officielle. Ainsi, en vertu du § 2 de ce dernier, « les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne »[690]. Néanmoins, l'article 27 doit se lire au regard de l'article 98, § 1 du Statut de Rome. En effet, puisque la Cour ne dispose pas de pouvoirs de police propres, les États ont une obligation générale de coopérer pleinement au regard de l'article 86, qu'il s'agisse par exemple de la conduite des enquêtes, des entretiens avec les témoins et les victimes ou encore dans l'exécution des mandats d'arrêts émis par la Cour[691]. L'article 98 du Statut est relatif à la coopération en renonciation à l'immunité et le consentement à la remise. Cet article se lit comme suit :

> « 1. La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers, à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité.

---

[688] TPIY, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de Première Instance II rendue le 18 juillet 1997, 29 octobre 1997, *Le Procureur c. Blaskic*, IT-95-14-A, § 38.

[689] V. notam. TPIY, Ch. d'App., arrêt relatif à la demande d'injonctions, 1er juillet 2003, *Le Procureur c. Krstic*, IT-98-33-A, § 25-26 ; v. VAN ALEBEEK, R., « The Judicial Dialogue between the ICJ and International Criminal Courts on the Question of Immunity », préc., pp. 109-110.

[690] Art. 27 du Statut de Rome (1998) - Défaut de pertinence de la qualité officielle : « 1. Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine. 2. Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ».

[691] Les articles 87 à 97 ainsi que l'article 99 détaillent les différentes formes et procédures de coopération entre la Cour et les États parties.

2. La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux selon lesquels le consentement de l'État d'envoi est nécessaire pour que soit remise à la Cour une personne relevant de cet État, à moins que la Cour ne puisse au préalable obtenir la coopération de l'État d'envoi pour qu'il consente à la remise ».

213. Si la Cour peut exercer sa compétence lorsque l'auteur présumé est un ressortissant d'un État partie ou que ledit crime a été commis sur le territoire d'un État Partie, un État non partie peut également décider d'accepter sa compétence à l'égard d'une situation spécifique. Ces conditions sont écartées notamment, lorsqu'en vertu de l'article 13 du Statut[692], une situation est déférée au Procureur par le Conseil de Sécurité par une résolution adoptée eu égard le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. La première situation déférée à la Cour par le Conseil de Sécurité est celle du Darfour, une région située à l'ouest du Soudan. A la suite du rapport de la Commission internationale d'enquête sur les violations graves du droit international humanitaire et des droits de l'Homme au Darfour[693] et en raison de la menace à la paix et à la sécurité internationales, en 2005, la situation est déférée à la Cour par la résolution 1593 sur le fondement du Chapitre VII. Cette résolution lui donne ainsi compétence pour enquêter et poursuivre les crimes commis depuis le 1er juillet 2002 sur le territoire du Darfour au Soudan et par les ressortissants de cet État[694]. Il s'agit non seulement de la première enquête menée à l'égard d'un État qui n'est pas partie au Statut de Rome, mais Omar Al-Bashir est le premier chef d'État en exercice à être recherché par la CPI. Le 5 mars 2009, la Cour émet le premier mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Al-Bashir[695], énumérant sept chefs d'accusation mettant en cause sa responsabilité pénale individuelle au sens de l'article 25, 3), a) en tant que coauteur ou auteur indirect des actes, notamment de cinq chefs de crimes contre l'humanité, à savoir meurtre, extermination, transfert forcé de personnes, torture et viol[696]. Le 10 juillet 2010, un deuxième mandat d'arrêt est émis par la Chambre

[692] Art. 13 - Exercice de la compétence : « La Cour peut exercer sa compétence à l'égard d'un crime visé à l'article 5, conformément aux dispositions du présent Statut: a) Si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par un État Partie, comme prévu à l'article 14 ; b) Si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par le Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies ; ou c) Si le Procureur a ouvert une enquête sur le crime en question en vertu de l'article 15 ».

[693] V. *Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général*, S/2005/60, Rapport établi en application de la résolution 1564 (2004) du Conseil de sécurité, en date du 18 septembre 2004.

[694] Conseil de sécurité, 31 mars 2005, S/RES/1593 (2005). V. égal. DECAUX, E., La crise du Darfour. Chronique d'un génocide annoncé, in *Annuaire français de droit international*, vol. 50, 2004, pp. 731-754.

[695] CPI, Ch. Prélim. I, 5 mars 2009, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, ICC-02/05-01/09-1-tFRA, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Situation au Darfour, Soudan.

[696] Respectivement, art. 7, 1), a) ; art. 7, 1), b) ; art. 7, 1), d) ; art. 7, 1), f) et art. 7, 1), g) du Statut de Rome. Les deux autres chefs renvoient à des crimes de guerre, à savoir les attaques intentionnelles contre la population civile au regard de l'article 8, 2), e), i) et le pillage au regard de l'article 8, 2), e), v).

préliminaire I ajoutant aux chefs d'accusation le crime de génocide[697]. En dépit de l'ouverture des enquêtes de la CPI dès juin 2005, de l'obligation de coopération pleine et entière affirmée par la résolution 1593 du Conseil de Sécurité et pesant sur le gouvernement soudanais, sur toutes les parties au conflit, ainsi que sur tous les États et organisations régionales et internationales pouvant être concernés[698], ces deux mandats d'arrêt restent à ce jour inexécutés et en attendant l'arrestation d'Omar Al-Bashir, l'affaire demeure au stade préliminaire. Cette situation a non seulement fait surgir les zones d'ombre du Statut de Rome et les faiblesses de l'obligation de coopération des États lorsqu'il s'agit de l'arrestation d'un chef d'État en exercice qui bénéficie d'une immunité en raison de sa qualité officielle, mais également déclenché une crise entre les États africains et la Cour pénale internationale[699]. Le retrait du Burundi du Statut de Rome est devenu effectif le 27 octobre 2017, la Gambie a fait marche arrière de son intention initiale de retrait. Cependant, en décembre 2017, l'Afrique du Sud, lors de la 16ème Assemblée des États Parties à la CPI, a réaffirmé sa volonté de se retirer du Statut de Rome en confirmant que le déclenchement du processus s'inscrivait dans le respect des exigences constitutionnelles[700].

214. La République du Malawi et le Tchad ont été les premiers États à refuser de coopérer avec la CPI aux fins de l'arrestation et de la remise d'Al Bashir. Dans la décision concernant la République du Malawi, la CPI a rejeté l'argument de l'État concernant les États non parties au Statut de Rome et selon lequel le droit international offrirait une immunité aux chefs de ces États dans le cadre de procédures engagées devant les juridictions internationales[701]. Tant en ce qui concerne l'immunité des anciens chefs d'État que celle des chefs d'État en exercice dans le cadre des procédures internationales, la Cour renvoie à la Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions instituées dans le cadre de la Première Guerre mondiale[702], aux statuts et jugements des Tribunaux internationaux de Nuremberg et

---

[697] CPI, Ch. Prélim. I., 10 juillet 2010, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, ICC-02/05-01/09-95-tFRA, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Situation au Darfour, Soudan).
[698] S/RES/1593, préc., § 2.
[699] Au 15ème Sommet de l'Union africaine qui s'était déroulé du 15 au 27 juillet 2010 à Kampala, l'organisation regroupant 52 États membres, avait indiqué son refus de coopérer avec la CPI. V. sur cette question, GNAMOU, D., « Les viscissitudes de la justice pénale internationale : à propos de la position de l'Union africaine sur le mandat d'arrêt contre Omar Al Bashir », in AKANDJI-KOMBÉ, J.-F. (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1255-1295.
[700] V. le discours du Représentant de l'Afrique du Sud lors du Débat général à la 16ème Assemblée des États Parties à la CPI: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP16/ASP-16-ZA.pdf
[701] V. CPI, Ch. prélim. I, 13 décembre 2011, Rectificatif à la Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome relativement au manquement par la République du Malawi à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Situation au Darfour, Soudan), § 18.
[702] Ibid., § 23.

de Tokyo[703] et aux principes du droit international consacrés par ces tribunaux qui ont été adoptés par l'AGNU en 1950[704], aux statuts et décisions du TPIY et du TPIR[705], à l'article 7 du Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la CDI[706], et enfin à l'affaire du *Mandat d'arrêt* de la CIJ[707]. Au regard de cette affaire, la Chambre estime que la CIJ a analysé la question de l'immunité dans le contexte des différentes juridictions nationales, ses conclusions ne s'appliquant pas aux procédures menées devant les juridictions internationales[708]. A ce titre, la CPI renvoie également à un décision de la Chambre d'appel du Tribunal spécial pour le Sierra Leone qui, suite à l'affaire du *Mandat d'arrêt*, avait affirmé qu' « il semblerait que soit désormais établi le principe selon lequel l'égalité souveraine des États n'empêche pas qu'un chef d'État soit poursuivi par une juridiction pénale internationale »[709]. Ainsi, la CPI estime que :

> « [E]n droit international, l'immunité des chefs d'État, qu'ils soient ou non en exercice, ne peut être invoquée pour s'opposer à des poursuites menées par une juridiction internationale [ce principe s'appliquant] de la même manière aux chefs d'États non Parties au Statut […] dès lors que la Cour peut exercer sa compétence [en l'espèce, en raison] d'un revoi de la situation par le Conseil de Sécurité des Nations Unies, agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies et conformément à l'article 13-b du Statut »[710].

215. La Cour note qu'il existe un conflit entre les articles 27-2 et 98-1 du Statut et le rôle joué par l'immunité en cas de demande de coopération des États aux fins de l'arrestation d'un chef d'État[711], mais conclut qu'en raison notamment de la large ratification du Statut de Rome et de la pratique d'autres juridictions internationales, « le droit international coutumier crée une exception à l'immunité des chefs d'États lorsque des juridictions internationales

---

[703] Ibid., §§ 24-27.
[704] Ibid., § 28. Le Principe III se lit comme suit : « Le fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement ne dégage pas sa responsabilité en droit international ».
[705] Ibid., §§ 29-31.
[706] Ibid., § 32. V. CDI, Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires y relatifs, Texte adopté par la Commission à sa quarante-huitième session, en 1996, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session, reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 1996, vol. II (2). L'article 7 intitulé « Qualité officielle et responsabilité » se lit comme suit : « La qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, même s'il a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine ».
[707] Ibid., § 33.
[708] *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C. I. J. Recueil 2002, p. 3, § 61 : « […] Un ministre des affaires étrangères ou un ancien ministre des affaires étrangères peut faire l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes ». La CIJ a renvoyé expressément aux Statuts des TPI ainsi qu'à l'article 27 § 2 du Statut de Rome.
[709] Ibid., § 35. V. TSSL, Ch. d'App., 31 mai 2004, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, SCSL-2003-1-AR72(E), §§ 51-52.
[710] Ibid., § 36.
[711] Ibid., § 37-42.

demandent l'arrestation d'un chef d'État pour la commission de crimes internationaux, [l'article 98-1 du Statut ne pouvant pas s'appliquer puisqu'il] n'y a pas de conflit entre les obligations du Malawi envers la Cour et ses obligations en droit international coutumier »[712].

216. Dans une décision ultérieure à l'égard de la République Démocratique du Congo[713], la Cour note que les immunités dont jouit Omar Al Bashir constituent un « obstacle procédural » au déclenchement des poursuites, en s'appuyant sur l'affaire des *Immunités juridictionnelles* de la CIJ pour la notion d'obstacle procédural[714]. Néanmoins, elle précise que la coopération envisagée dans la résolution 1593 du Conseil de Sécurité a pour but d'éliminer tout obstacle de cet ordre, y compris par le biais de la levée des immunités. Dès lors, elle n'hésite pas à affirmer que la résolution, en exigeant la coopération du Soudan « avait implicitement levé les immunités dont jouissaient Omar Al Bashir en vertu du droit international et qui s'attachaient à sa fonction de chef d'État »[715]. L'affirmation de la Cour est audacieuse et n'hésite pas à accorder une force considérable à la résolution du Conseil de sécurité adoptée en vertu du Chapitre VII.

217. Dans la décision relative à l'Afrique du Sud[716], la Cour poursuivra dans cette voie en étayant davantage son argumentation. Lors du Sommet de l'Union africaine qui s'est déroulé à Johannesburg du 7 au 15 juin 2015, ayant été informée qu'Omar Al-Bashir avait l'intention d'y participer, la Cour avait adressé aux autorités compétentes de l'Afrique du Sud une demande de coopération en vue de procéder à son arrestation et à sa remise. En dépit de cette demande, l'Afrique du Sud n'a pas procédé à l'arrestation d'Omar Al-Bashir. En raison de ces évènements, la CPI a ouvert une procédure en application de l'article 87-7 du Statut de Rome et conformément à la norme 109 du Règlement de la Cour[717]. Si l'Afrique du Sud n'est pas le

---

[712] Ibid., § 43. La Cour transposera le même raisonnement à l'égard de la République du Tchad en reprenant textuellement des passages de la décision à l'égard de la République du Malawi : v. CPI, Ch. prélim. I, 13 décembre 2011, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome relativement au manquement par la République du Tchad à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Situation au Darfour, Soudan).

[713] CPI, Ch. prélim. II, 9 avril 2014, Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour, ICC-02/05-01/09, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Situation au Darfour, Soudan).

[714] V. *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)*), C.I.J. Recueil 2012, 99. V, § 58.

[715] CPI, Ch. prélim. II, 9 avril 2014, Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour, préc., § 29, v. égal. §§ 25-26 et §§ 30-33.

[716] CPI, Ch. prélim. II, 6 juillet 2017, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par l'Afrique du Sud de la demande que lui a adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Situation au Darfour, Soudan).

[717] Fiche d'information sur l'affaire Situation au Darfour (Soudan), *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, ICC-PIDS-CIS-SUD-02-005/17_Fra ; mise à jour : 6 avril 2017. Depuis l'émission des deux mandats d'arrêts, plusieurs États africains ont manqué à leur obligation de coopération avec la Cour et

seul État ayant manqué à son obligation de coopération avec la Cour dans le cadre de cette affaire, cet exemple nous intéresse particulièrement en raison de la décision de retrait de cet État du Statut de Rome et en raison d'un arrêt de la Cour suprême sud-africaine. Dans une décision adoptée à l'unanimité le 15 mars 2016, celle-ci a jugé illégal le refus du gouvernement d'arrêter et de remettre à la Cour, Omar Al-Bashir, alors que celui-ci était présent au 25ème sommet de l'Union Africaine en juin 2015 à Johannesburg, au motif que le président soudanais en exercice bénéficiait d'une immunité en raison de sa qualité officielle[718]. Tout d'abord, la Cour supreme a rappelé qu'en l'état du droit positif, « it would go too far to say that there is no longer any sovereign immunity for jus cogens (immutable norm) violations. In those circumstances, [it cannot be] hold that at this stage of the development of customary international law, there is an international crimes exception to the immunity and inviolability that Heads of State enjoy when visiting foreign countries and before foreign national Courts »[719]. Ainsi, elle n'affirme pas que le gouvernement avait l'obligation d'arrêter et de remettre Omar Al-Bashir au regard d'une exception à la règle de l'immunité qui existerait en tant que principe du droit international coutumier en cas de contradiction avec une norme du *jus cogens*. C'est précisément au regard de l'acte de transposition du Statut de Rome dans l'ordre juridique national que cette obligation s'imposait à l'Afrique du Sud puisque le *South African Implementation of the Rome Statute of the ICC*[720], impose à l'État de ne pas considérer la règle des immunités comme un obstacle à la poursuite des crimes internationaux et à la coopération avec la CPI[721].

---

les situations ont été déférées au Conseil de Sécurité et à l'Assemblée des États Parties à la suite de décisions rendues au regard de l'article 87-7 du Statut. Il s'agit notamment de la République du Malawi (2011) ; du Tchad (2011 et 2013) ; la République démocratique du Congo (2014) ; la République du Soudan (2015) ; la République de l'Ouganda et la République de Djibouti (2016). Enfin, en décembre 2017, la Cour a rendu une nouvelle décision et décidé de référer la situation à l'Assemblée des États Parties et au Conseil de Sécurité en ce qui concerne le refus de la Jordanie d'arrêter et de remettre à la Cour Omar Al-Bashir.

[718] The Supreme Court of Appeals of South Africa, judgment, *The Minister of Justice and Constitutional Development v The Southern African Litigation Centre* (867/15) [2016] ZASCA 17 (15 March 2016). V. AKANDE, D., The Bashir Case: Has the South African Supreme Court Abolished Immunity for all Heads of States?, in *European Journal of International Law*, 29 mars 2016.

[719] Ibid., § 84.

[720] South African Implementation of the Rome Statute of the ICC Act, assented to 22 July 2002, with effect from 16 August 2002 ; en ligne : http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2002-027.pdf :

« […] When South Africa decided to implement its obligations under the Rome Statute by passing the *Implementation Act* it did so on the basis that all forms of immunity, including head of state immunity, would not constitute a bar to the prosecution of international crimes in this country or to South Africa cooperating with the ICC by way of the arrest and surrender of persons charged with such crimes before the ICC, where an arrest warrant had been issued and a request for cooperation made. […] In the light of the earlier discussion of head of state immunity, that in doing so South Africa was taking a step that many other nations have not yet taken. If that puts this country in the vanguard of attempts to prevent international crimes and, when they occur, cause the perpetrators to be prosecuted that seem to me a matter for national pride rather than concern. It is wholly consistent with our commitment to human rights both at a national and an international level. And it does not

218. Dans la décision de la CPI, il était question de savoir si l'Afrique du Sud était tenue d'arrêter Al-Bashir et de le remettre à la Cour lors du sommet de l'Union africaine qui a eu lieu sur son territoire en juin 2015 ou si elle était en droit de ne pas le faire en invoquant l'argument de l'immunité[722]. La Cour, en s'appuyant sur l'affaire du *Mandat d'arrêt*, rappelle que le droit international coutumier empêche les États d'exercer une compétence pénale à l'égard des chefs d'autres États[723]. Ainsi, elle doit analyser s'il peut y avoir une dérogation au régime général des immunités en droit international lorsque la Cour demande l'arrestation et la remise d'une personne qui jouït d'immunités en raison de sa qualité de chef d'État[724]. Elle renvoie à l'article 27-2 du Statut de Rome sur le défaut de pertinence de la qualité officielle accordant privilèges et immunités qui n'empêchent pas la compétence de la Cour, pour préciser qu'il ne s'applique pas aux États tiers au Statut[725]. Cependant, puisque la situation au Darfour a été déférée à la Cour par le Conseil de sécurité en imposant au Soudan une obligation de coopération, ce dernier a des droits et devoirs analogues aux États Parties au Statut de Rome, la Chambre jugeant la conclusion conforme à la Charte des Nations Unies qui permet au Conseil d'imposer des obligations à un État[726]. Dès lors, elle estime que l'article 27-2 s'applique également au Soudan, rendant inapplicable toute immunité s'attachant à la qualité officielle du chef de l'État et engendrant l'obligation d'arrêter et de remettre Al Bashir à la Cour[727]. Par ailleurs, elle n'hésite pas à affirmer que les immunités du chef d'État en

---

undermine customary international law, which as a country we are entitled to depart from by statute as stated in section 232 of the Constitution. What is commendable is that it is a departure in a progressive direction »[720].

[721] Le 16 février 2018, la Cour d'Appel du Kenya a rendu une décision ordonnant aux autorités d'arrêter Al Bashir la prochaine fois qu'il se trouvera sur le territoire kenyan en estimant que « as a matter of general customary international law it is no longer in doubt that a Head of State will personally be liable if there is sufficient evidence that he authorised or perpetrated those internationally recognised serious crimes ». V. en ligne : https://www.standardmedia.co.ke/article/2001270156/arrest-bashir-if-he-comes-to-kenya-appeal-court-orders-state ; https://justicehub.org/article/icj-media-review-appeal-court-nairobi-orders-al-bashirs-arrest-next-time-he-visits-kenya . V. égal. http://opiniojuris.org/2018/02/27/kenyan-appeals-court-strongly-affirms-that-al-bashir-cannot-claim-immunity-as-a-defense-against-the-iccs-arrest-warrants/ .

[722] CPI, Ch. prélim. II, 6 juillet 2017, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par l'Afrique du Sud de la demande que lui a adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Situation au Darfour, Soudan), §§ 64-67. L'Afrique du Sud estimait que l'argument de l'immunité était fondé au regard du droit international coutumier compte tenu de la qualité de chef d'État en exercice et en vertu de l'article VII 1) de l'accord conclu avec l'Union africaine aux fins de l'accueil sur son territoire du sommet de l'Union africaine – accordant privilèges et immunités aux fonctionnaires et membres des Commissions de l'Union Africaine et autres organisations intergouvernementales. Néanmoins, la Cour a estimé que l'immunité d'origine conventionnelle était non applicable à Al Bashir.

[723] Ibid., § 68. V. *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C. I. J. Recueil 2002, p. 3, §§ 51 et 54.

[724] Ibid., § 71.

[725] Ibid., § 72.

[726] Ibid., §§ 88-89. La Cour s'appuie sur la jurisprudence de la CIJ : v. *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, avis consultatif, 21 juin 1971, C.I.J. Recueil 1971, § 116.

[727] Ibid., §§ 91-92.

exercice ne s'appliquent pas non plus aux États parties au Statut rendant l'article 98-1 inapplicable et justifiant qu' « il n'est pas nécessaire de lever quelque immunité que ce soit et les États parties peuvent accéder à la demande d'arrestation et de remise d'Al Bashir sans violer les droits reconnus au Soudan en droit international »[728]. Enfin, elle précise qu'il ne peut y avoir une interprétation unilatérale de l'article 98 puisque son interprétation incombe à la Cour en vertu de la Règle 195 du Règlement de procédure et de preuve[729]. Ainsi, elle en conclut que dans la mesure où l'article 27-2 s'impose au Soudan en vertu de la résolution 1593 du Conseil de sécurité et que l'article 98-1 n'est pas applicable en l'espèce, les États parties sont tenus d'exécuter les mandats d'arrêts de la Cour et de procéder à l'arrestation et à la remise d'Al Bashir[730]. Dès lors, elle juge que l'Afrique du Sud, en refusant de coopérer avec la Cour, a empêché celle-ci d'exercer les fonctions et pouvoirs conférés par le Statut de Rome en ce qui concerne les procédures pénales engagées à l'encontre d'Al Bashir[731].

219. Enfin, la Jordanie a également fait l'objet d'une décision de la Cour en raison de son refus de répondre à la demande de coopération lors du 28ème Sommet de la Ligue des États arabes qui a eu lieu à Amman le 29 mars 2017 et qui avait accueilli Al Bashir[732]. La Jordanie avait jusitifié son refus de coopération en raison de l'immunité souveraine d'un chef d'État en exercice[733]. Cependant, contrairement aux autres États mis en cause par la CPI jusqu'à présent, elle a un adopté un raisonnement plus approfondi soulevant des questions supplémentaires de droit. Ainsi, la Jordanie a fait valoir que, puisque le Soudan est un État tiers au Statut de Rome, leurs relations sont régies par le droit international coutumier et celles des traités régissant l'immunité des chefs d'État et des délégués aux réunions de la Ligue des États arabes, d'autant plus il n'y pas eu de renonciation à l'immunité de ses répresentants à l'égard de la juridiction pénale de la Cour ou d'autres États[734]. A l'égard de la résolution 1593 (2005), la Jordanie a admis que le Conseil de sécurité a, certes, le pouvoir de suspendre les obligations imposées aux États en vertu du droit international coutumier et conventionnel à l'égard de l'immunité d'un chef d'État étranger, mais en l'espèce il ne l'a pas exprimé explicitement dans la résolution donc il n'y a pas d'obligation de lever l'immunité absolue

[728] Ibid., § 93.
[729] Ibid., § 102. V. § 105 : L'article 98 dispose que la Cour ne doit pas solliciter la coopération des États parties avant d'avoir obtenu elle-même auprès de l'État tiers la levée de l'immunité.
[730] Ibid., §§ 107-109.
[731] Ibid., § 123. V. §§ 110-122 pour le raisonnement détaillé de la Cour.
[732] CPI, Ch. prélim. II, 11 décembre 2017, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par la Jordanie de la demande que lui a adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Situation au Darfour, Soudan).
[733] Ibid., § 7.
[734] Ibid., § 15.

d'un chef d'État en exercice[735]. L'argumentation est audacieuse puisqu'il est légitime de se demander si une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII, qui défère une situation à la CPI et qui impose une obligation de coopération, est susceptible de rendre implicitement inapplicable l'immunité d'un chef d'État en exercice. En l'espèce, la Chambre adopte un raisonnement semblable à la décision relative à l'Afrique du Sud en rejettant toute interprétation unilatérale de l'article 98, en déclarant l'article 27-2 relatif aux immunités applicables au Soudan sur prescription du Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte, et en concluant que les immunités d'un chef d'État en exercice ne sont pas un obstacle pour coopérer avec la Cour[736]. Puisque la Jordanie a empêché la Cour d'exercer les fonctions et pouvoirs conférés par le Statut de Rome en ce qui concerne les procédures pénales engagées[737], la Chambre a décidé de renvoyer la situation à l'Assemblée des États parties et au Conseil de sécurité[738]. Suite à l'appel interjeté par la Jordanie à l'encontre de cette décision et face aux difficultés irrésolues de l'affaire *Al-Bashir*, le 29 mars 2018, la Cour a invité les organisations internationales, les États parties et les professeurs de droit international à présenter des observations sur les questions de droit soulevées par la Jordanie, en estimant qu'elles pourraient avoir des implications allant au-delà de l'affaire[739].

220. Le 6 mai 2019, la Chambre d'Appel de la CPI a rendu un arrêt dans le cadre de l'affaire *Al-Bashir* qui semble déjà controversé. En effet, dans le résumé de la décision, la Chambre d'Appel affirme que l'article 27-2 du Statut de Rome « represents more than a stipulation in treaty law. The provision also reflects the status of customary international law, as it concerns the jurisdiction that an international criminal court is properly entitled to exercise ». Par ailleurs, elle valide le raisonnement adopté par la Chambre préliminaire dans le cadre de l'affaire relative à la République du Malawi, en considérant que cette dernière et le TSSL dans le cadre de l'affaire *Charles Taylor* « have adequately and correctly confirmed the absence of a rule of customary international law recognising Head of State immunity before

[735] Ibid., § 16.
[736] Ibid., §§ 20-21 et §§ 44-45.
[737] Ibid., § 50.
[738] Ibid., § 55.
[739] CPI, Ch. d'app., 29 mars 2018, Ordonnance invitant à une manifestation d'intérêt pour une intervention en qualité d'amici curiae dans le cadre d'une procédure judiciaire (conformément à la règle 103 du Règlement de procédure et de preuve), aff. n° ICC-02/05-01/09 OA2, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Situation au Darfour, Soudan). V. les observations soumises en qualité d'amici curiae, CPI, Ch. d'App., 17 juin 2018, Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, Cryer, deGuzman, Lafontaine, Oosterveld, and Stahn, aff. n° ICC/02/05-01/09 OA2, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Situation au Darfour, Soudan). Par ailleurs, Omar Al-Bashir a été déstitué par l'armée soudanaise au mois d'avril 2019, mais le conseil militaire de transition a indiqué d'ores et déjà qu'il ne livrera pas le président déchu à la CPI, v. MAUPAS, S., Soudan : la junte ne livrera pas Omar Al-Bachir à la CPI, Journal *Le Monde*, 12 avril 2019, [en ligne, consulté le 19 avril 2019] : https://www.lemonde.fr/afrique/article/2019/04/12/soudan-le-transfert-d-omar-al-bachir-a-la-cpi-demeure-peu-probable_5449266_3212.html

international courts in the exercise of proper jurisdiction »[740]. Il n'est pas encore certain quelles seront les implications de la solution adoptée par la Chambre d'Appel. Il faudra attendre le texte définitif de la décision avant de pouvoir conclure avec certitude que les chefs d'État ne jouissent pas d'une immunité devant les tribunaux internationaux en vertu du droit international coutumier. Toutefois, les premières réactions à la lecture du résumé de la décision sont assez critiques en jugeant que la CPI n'avait pas à se prononcer sur cette question, mais plutôt sur le fait de savoir si, les chefs d'État peuvent se prévaloir de leur immunité face aux autorités d'autres États qui cherchent à exécuter un mandat d'arrêt à la demande d'une juridiction pénale internationale[741].

[740] CPI, Ch. d'App., 6 mai 2019, *Le Procureur c. Al-Bashir*, lecture par le Juge Eboe-Osuji, Président de séance, La Haye, résumé, § 39.
[741] AKANDE, D., 6 may 2019, ICC Appeals Chamber Holds that Heads of State Have No Immunity Under Customary International Law Before International Tribunals, in European Journal of International Law: Talk!, consulté le 6 mai, disponible en ligne: https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity-under-customary-international-law-before-international-tribunals/

CONCLUSION DU DEUXIÈME CHAPITRE

221. Au regard de la jurisprudence internationale, le dialogue judiciaire n'est pas seulement source de positions convergentes à l'égard d'une même question donnée. La référence à des sources externes peut être utilisée par l'interprète pour s'en détacher et réaffirmer les caractéristiques propres à son système juridique. Dans la mesure où le dialogue est une pratique spontanée, une primauté traditionnelle est accordée aux positions jurisprudentielles intrasystémiques. L'attribution d'un fait internationalement illicite à l'État illustre cet aspect puisqu'il existe une différence inconciliable dans les critères du contrôle en vue de l'attribution d'un comportement à l'État en cas de violations graves des droits de la personne. Pour la CIJ et au regard du droit international public, le critère du contrôle effectif s'impose comme étant le seul approprié aux exigences découlant de la mise en œuvre de la responsabilité de l'État, alors qu'en droit international pénal, et plus particulièrement pour le TPIY, le critère du contrôle global semble être le seul lui permettant d'accomplir effectivement ses missions à travers l'opération de qualification d'un conflit armé comme étant international et engendrant l'application des dispositions les plus protectrices du droit international humanitaire. La libre appréciation de chaque interprète face aux sources externes rend possible la coexistence de positions qui peuvent être divergentes. La nature de l'organe de protection ou l'absence de consensus parmi les membres de la communauté internationale contribuent à la superposition de régimes juridiques distincts. Cela est d'autant plus symptomatique lorsqu'il est question des immunités en conflit avec une norme impérative du droit international. Si, en ce qui concerne l'immunité civile de l'État, celle-ci s'impose face à la prohibition de la torture, qu'il s'agisse de la CIJ ou de la Cour EDH, il n'en est pas de même en ce qui concerne l'immunité pénale d'un représentant de l'État en exercice. En effet, pour la Cour mondiale, un Ministre des affaires étrangères en exercice bénéficie d'une immunité et d'une inviolabilité totales, alors même que la CPI tend à vouloir s'affranchir de l'immunité d'un chef d'État en exercice en raison de la situation dudit État qui lui a été référée par le Conseil de Sécurité. S'il s'agit d'un domaine où les incertitudes sont nombreuses et que les évolutions du droit ne sont pas à exclure, il reste à savoir si le dialogue judiciaire pourra jouer un rôle substantiel dans la résolution des différends interprétatifs à l'égard de questions communes.

CONCLUSION DU TITRE I

222. Tout d'abord, le dialogue juridictionnel a été envisagé comme une méthode d'interprétation et comme une source du droit. Les techniques juridiques du dialogue avec la jurisprudence à l'égard de la prohibition de la torture, en lien avec des questions procédurales ou substantielles s'y rapportant et en l'envisageant comme une interdiction transversale, commune au droit international des droits de l'Homme, au droit international pénal ou au droit international humanitaire, ont permis de montrer l'existence de positions convergentes et divergentes. Lorsque le dialogue juridictionnel renvoie à une source du droit secondaire, il permet une modulation du pouvoir d'interprétation accordé aux organes internationaux de protection des droits de la personne qui, à travers les emprunts normatifs, consacrent soit les spécificités de leur propre système, soit les points de contact avec les autres systèmes ou domaines du droit international. Lorsque le dialogue judiciaire s'apparente à une méthode d'interprétation, la technique juridique comparative faisant usage de sources externes dans l'interprétation du sens et de la portée d'une règle juridique, s'avère être une pratique spontanée mais connue de tous les organes internationaux de protection étudiés. La référence à des décisions ou des instruments étrangers s'apparente à une méthode complémentaire d'interprétation, à combiner avec les méthodes classiques définies par la CVDT. La notion d'interprétation globale par contextualisation normative et systémique a été évoquée afin de montrer tout d'abord que l'interprétation des droits de la personne, en raison de leurs caractéristiques intrinsèques, justifie un positionnement par rapport à un contexte élargi plutôt que celui d'un seul système juridique de protection. La prohibition de la torture illustre cette approche globale en raison de son caractère transversal et des problèmes juridiques communs qu'elle engendre. La contextualisation de l'interprétation d'une telle interdiction démontre une continuité entre organes internationaux de protection indépendants, dans la mesure où les décisions et les instruments étrangers relatifs à cette question permettent de mettre en lumière tant des pratiques convergentes, à savoir une interprétation similaire d'une question similaire ; que des pratiques divergentes, à savoir une différence d'approche tenant à la nature de l'organe, au contexte juridique, aux spécificités de chaque système ou en raison de l'absence de consensus parmi la communauté internationale. Néanmoins, même en cas de positions divergentes, il y a une contextualisation de l'interprétation, d'abord par rapport aux autres normes relatives au même domaine afin de pouvoir s'en détacher ; ensuite, par rapport aux autres systèmes, pris dans leur globalité, afin de montrer la nature spécifique de son propre système et de justifier l'impossibilité d'usage des sources externes pour ces motifs. En ce qui

concerne le deuxième aspect qui envisage le dialogue comme une source du droit, il s'agit du corpus de décisions juridictionnelles qui intègrent des sources externes. La circulation de ces décisions et des instruments de protection, elles-mêmes incorporant des éléments extra-systémiques, pour être incluses dans d'autres décisions, contribuent à la création et à la consolidation d'un corpus normatif trans-systèmes, dont les organes internationaux de protection s'inspirent, mais qu'ils complètent également par leur pratique et leur développement progressif. Ainsi, le dialogue juridictionnel contribue à la concrétisation d'une interdépendance matérielle des systèmes juridiques de protection.

TITRE II. L'interdépendance matérielle des systèmes juridiques de protection face à leur indépendance formelle

223. L'interdépendance matérielle des systèmes internationaux juridiques de protection des droits de l'Homme découle de l'affirmation de ces derniers comme étant universels et visant à la protection de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine. En raison de la diversité des cultures et traditions juridiques, des contextes socio-historiques ainsi que de la pluralité des ordres juridiques internes aux côtés des mécanismes internationaux de protection, le pluralisme est également inhérent aux droits de l'Homme, tout autant que l'universalisme qui demeure un idéal commun (Chapitre 1). La pratique du dialogue juridictionnel contribue à une globalisation de la protection offerte par les systèmes juridiques particuliers, dans la mesure où l'interprétation jurisprudentielle contribue à la détermination de principes communs à travers la convergence normative, reflet de la concrétisation d'une hiérarchisation matérielle. Toutefois, la difficulté à déterminer précisément les effets des normes impératives dans l'ordre juridique international contribue à l'indétermination de la portée de cette hiérarchisation découlant de la jurisprudence (Chapitre 2).

Chapitre 1. La perméabilité entre les systèmes juridiques de protection, entre pluralisme et universalisme

224. Dans l'ordre juridique international, la pluralité des systèmes de protection des droits de l'Homme engendre une superposition des régimes juridiques qui protègent les individus, tant dans le cadre universel que dans les cadres régionaux, selon des spécificités propres (Section 1). En même temps, les références croisées entre les organes internationaux de protection contribuent à une unité sur le plan normatif, la convergence entre le droit international des droits de l'Homme, le droit international humanitaire et le droit international pénal en étant le reflet au regard de leurs rapports complémentaires (Section 2).

Section 1. Une protection plurielle des droits de la personne dans l'ordre juridique international

225. Aux côtés de la singularité affirmée des systèmes juridiques de protection des droits de l'Homme, par rapport aux autres domaines du droit international (§1), émerge une continuité, dans la jurisprudence internationale des organes de protection, qui découle de leur interprétation harmonisée des droits de l'Homme et du droit des conflits armés, tandis que le système de justice pénale internationale déploie toute son originalité (§ 2).

§ 1. La singularité des systèmes juridiques de protection des droits de la personne

226. Si la spécificité des traités de protection des droits de l'Homme caractérise tant les instruments universels que régionaux sur le plan normatif (A), une distinction doit être établie entre le cadre universel et les cadres régionaux, ces derniers tendant à une plus grande homogénéité (B).

A. La spécificité des traités de protection des droits de la personne

227. Si le droit international des droits de l'Homme se caractérise par un « foisonnement normatif »[742] et « une réelle densité normative »[743], c'est en raison de la préférence accordée à

[742] BURGORGUE-LARSEN, L., Le droit international des droits de l'Homme existe-t-il?, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, n° 08, p. 6. V. VASAK, K., « L'universalité des droits de l'homme à la lumière du

la forme conventionnelle dans le développement des différents domaines de l'ordre juridique international. En effet, la CVDT n'hésite pas à souligner, dans son préambule, « le rôle fondamental des traités dans l'histoire des relations internationales », « l'importance de plus en plus grande des traités en tant que source du droit international » mais aussi comme « moyen de développer la coopération pacifique entre les nations » indépendamment des régimes constitutionnels et sociaux[744]. Au regard de ce recours privilégié à la forme conventionnelle, la spécificité des traités internationaux de protection des droits de l'Homme a été questionnée[745] dans la mesure où cette source du droit est celle qui reflète de la manière la plus traditionnelle l'emprise du volontarisme étatique sur le droit international. Pourtant, la juridictionnalisation particulièrement aboutie du DIDH interroge à son tour l'assimilation de ce domaine du droit international à un domaine qui ne présente pas de caractéristiques particulières par rapport à d'autres. La singularité des droits de l'Homme a été soulignée dès 1978 par la Cour européenne dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* en considérant que « [à] la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants [puisque] [e]n sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une 'garantie collective' »[746].

228. Ainsi, la Cour n'avait pas hésité à affirmer dans sa jurisprudence qu'elle a l'obligation de « tenir compte de la nature particulière de la Convention, instrument constitutionnel de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains » en estimant que son rôle, au regard de l'article 19 de la Convention était « d'assurer le respect par les Parties contractantes des engagements souscrits par elles »[747]. La Cour EDH considère la Convention comme un instrument objectif de protection des droits de la personne, eu égard son objet et son but, qui appellent à une interprétation et une application de ses dispositions de telle manière à en

---

droit international positif des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Jorge Campinos*, Paris, PUF, 1996, pp. 417-424.

[743] HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H., *Traité de droit international des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2016, p. 87.

[744] V. le Préambule de la CVDT (1969), § 1 et § 2.

[745] PELLET, A., « Les traités des droits de l'Homme : entre banalité et spécificité », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux. Réciprocité et universalité – Sources et régimes du droit international des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2017, pp. 59-60.

[746] *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, n° 5310/71, § 239, série A, n° 25.

[747] *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, § 80, CEDH 2001-XII. Dans cette affaire, la Cour estime qu'au regard de cette exigence, refuser de reconnaître une portée extraterritoriale à la Convention reviendrait à méconnaître l'objectif d'ordre public de la Convention. La formule désignant la Convention comme « un instrument constitutionnel de l'ordre public européen » a été utilisée par la Cour pour la première fois dans l'affaire *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, § 75 et § 93, série A n° 310. V. égal. *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 141, CEDH 2011.

rendre les exigences concrètes et effectives[748]. C'est dans ce contexte que pour le juge européen, les États sont tenus de garantir un contrôle du respect de la Convention afin de préserver les fondements de l'ordre public européen dont l'une des composantes fondamentales est le principe de l'État de droit dont l'arbitraire incarne la négation[749]. Cette attitude va à l'encontre du volontarisme étatique dans la mesure où le caractère objectif des traités de protection des droits de l'Homme, la notion d'ordre public associée en raison des objets et buts de ces textes vont à l'encontre de la logique interétatique, fondée sur l'arbitraire lorsque des engagements juridiques sont pris mais que leur non-respect n'entraîne pas la mise en œuvre d'une sanction. Ce qui distingue le contentieux des droits de l'Homme est l'existence d'un juge capable de constater la violation de droits opposables à l'État qui lui-même a reconnu en accordant, par ailleurs, aux personnes sous sa juridiction, l'éventualité d'un recours direct.

229. La Cour IADH, en se référant à la jurisprudence de la Cour EDH, rappelle que les instruments de protection des droits de l'Homme sont des « instruments vivants » qui doivent être interprétés à la lumière des conditions de vie actuelle et en tenant compte de leur aspect évolutif[750]. Il est intéressant de souligner que la Cour interaméricaine estime que ce positionnement est en accord avec la règle générale d'interprétation définie dans le cadre du système interaméricain par l'article 29 de la Convention ainsi que par la CVDT[751]. Elle précise, par ailleurs, qu'au regard du principe *pro persona* applicable à l'interprétation des droits de l'Homme, il est « always necessary to choose the alternative that is most favorable to protection of the rights enshrined in said treaty, based on the principle of the rule most

[748] *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], n° 5809/08, § 145, 21 juin 2016. Sur le caractère objectif de la Convention, v. égal. *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, § 145, CEDH 2010. Sur l'interprétation et l'application de la Convention en vue de rendre ses exigences concrètes et effectives, v. un des premiers arrêts affirmant ce principe, *Artico*, 13 mai 1980, série A n° 37, § 33.

[749] *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], n° 5809/08, § 145, 21 juin 2016: la Cour ajoute que « même dans le domaine de l'interprétation et de l'application du droit interne, où la Cour laisse aux autorités nationales une très large marge de manœuvre, elle le fait toujours, explicitement ou implicitement, sous réserve d'interdiction de l'arbitraire ». V. égal. *García Ruiz c. Espagne* [GC], n° 30544/96, §§ 28-29, CEDH 1999-I, et *Storck c. Allemagne*, n° 61603/00, § 98, CEDH 2005-V.

[750] Cour IADH, arrêt, *Case of the "Mapiripán Massacre" c. Colombie* (merits, reparations and costs), September 15, 2005, Series C, n° 134, § 106 : faisant référence à *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, série A, n° 26, § 31.

[751] Ibid., v. égal. Cour IADH, avis consultatif, *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, OC-16/99, October 1, 1999, Series A, n° 16, § 114. Parmi les affaires contentieuses, v. égal. Cour IADH, arrêt, *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay* (merits, reparations and costs), June 17, 2005, Series C, n° 125. Cour IADH, arrêt, *Case of the Gómez Paquiyauri Brothers v. Peru* (merits, reparations and costs), July 8, 2004, Series C, n° 110, § 146, § 165. Cour IADH, *Case of Juan Humberto Sánchez v. Honduras* (interpretation of the judgment on preliminary objections, merits and reparations) (Art. 67 American Convention on Human Rights), November 26, 2003, Series C, n° 102, § 56; Cour IADH, arrêt, *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* (merits, reparations and costs), August 31, 2001. Series C, n° 79, §§ 146-148; Cour IADH, arrêt, *Case of Barrios Altos v. Peru* (merits), March 14, 2001. Series C, n° 75, §§ 41-44.

favorable to the human being »[752]. Cette attitude rompt avec le formalisme juridique traditionnel et caractéristique du droit international, d'autant plus lorsque la CIADH n'hésite pas à affirmer que :

> « While the American Convention itself explicitly refers to the rules of general International Law for its interpretation and application, the obligations set forth in Articles 1(1) and 2 of the Convention are ultimately the basis for the establishment of the international responsibility of a State for abridgments to the Convention. Thus, said instrument constitutes lex specialis regarding State responsibility, in view of its special nature as an international human rights treaty vis-à-vis general International Law. Therefore, attribution of international responsibility to the State, as well as the scope and effects of the acknowledgment made in the instant case, must take place in light of the Convention itself »[753].

230. Dès son 2ème avis consultatif relatif aux effets des réserves à l'égard de l'entrée en vigueur de la Convention américaine, et en prenant appui sur la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes ainsi que sur le positionnement de la CIJ à l'égard des réserves à la Convention pour la prévention et la répression du génocide, la Cour interaméricaine a mis en lumière que :

> « Modern human rights treaties in general, and the American Convention in particular, are not multilateral treaties of the traditional type concluded to accomplish the reciprocal exchange of rights for the mutual benefit of the contracting States. Their object and purpose is the protection of the basic rights of individual human beings irrespective of their nationality, both against the State of their nationality and all other contracting States. In concluding these human rights treaties, the States can be deemed to submit themselves to a legal order within which they, for the common good, assume various obligations, not in relation to other States, but towards all individuals within their jurisdiction »[754].

---

[752] Cour IADH, arrêt, *Case of the "Mapiripán Massacre" c. Colombie* (merits, reparations and costs), September 15, 2005, Series C, n° 134, § 106. V. égal. Cour IADH, arrêt, *Case of Ricardo Canese v. Paraguay* (merits, reparations and costs), August 31, 2004, Series C, n° 111, § 181; Cour IADH, arrêt, *Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica* (preliminary objections, merits, reparations and costs), July 2, 2004, Series C, n° 107, § 184; Cour IAHD, arrêt, *Case of Baena Ricardo et al. v. Panama* (merits, reparations and costs), February 2, 2001, Series C, n° 72.

[753] Cour IADH, arrêt, *Case of the "Mapiripán Massacre" c. Colombie* (merits, reparations and costs), September 15, 2005, Series C, n° 134, § 107, nous soulignons.

[754] Cour IADH, avis consultatif, *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights*, September 24, 1982, OC-2/82, séries A, n° 2, § 29, nous soulignons. En ce qui concerne la référence *in extenso* au système européen, la Cour precise que « [t]he distinct character of these treaties has been recognized, inter alia, by the European Commission on Human Rights, when it declared : "that the obligations undertaken by the High Contracting Parties in the European Convention are essentially of an objective character, being designed rather to protect the fundamental rights of individual human beings from infringements by any of the High Contracting Parties than to create subjective and reciprocal rights for the High Contracting Parties themselves. (Austria vs Italy, Application No. 788/60, 4 European Yearbook of Human Rights 116, at 140 (1961). The European Commission, relying on the preamble to the European Convention emphasized, furthermore, "that the purpose of the High Contracting Parties in concluding the Convention was not to concede to each other reciprocal rights and obligations in pursuance of their individual national interests but to realize the aims and ideals of the Council of Europe...and to establish a common public order of the free democracies of Europe with the object of safeguarding their common heritage of political traditions, ideas, freedom and the rule

231. Si la conclusion des traités des droits de l'Homme ne présente pas de spécificités hormis la restriction de la liberté contractuelle par l'article 53 de la CVDT, leur conclusion a même été qualifiée comme étant une banalité[755]. Cependant, puisqu'il s'agit d'instruments internationaux tout à fait classiques, conformes à la définition de l'article 2 § 1 de la CVDT, leur contenu substantiel et leurs objets les rendent singuliers et d'une importance primordiale lorsqu'il s'agit de protéger l'intégrité et la dignité de la personne humaine des dérives arbitraires de l'État. Il est certain que des droits bénéficient à l'individu car les États ont exprimé leur volonté en ce sens[756]. Néanmoins, comme a pu le souligner le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, ces traités « visent à protéger les personnes » et justifient ainsi « l'existence d'un régime spécifique aux réserves [formulées à l'égard des] traités de protection des droits de l'Homme »[757]. Ainsi, le Comité estime interdites les réserves contraires à des normes impératives qui seraient incompatibles avec l'objet et le but du PIDCP puisque :

> « Les traités qui constituent un simple échange d'obligations entre États autorisent certes ceux-ci à formuler entre eux des réserves à l'application de règles du droit international général, mais il en est autrement dans le cas des instruments relatifs aux droits de l'Homme qui visent à protéger les personnes relevant de la juridiction des États. En conséquence, les dispositions du Pacte qui représentent des règles de droit international coutumier (a fortiori lorsqu'elles ont le caractère de normes impératives) ne peuvent pas faire l'objet de réserves. Ainsi, un État ne peut se réserver le droit de pratiquer l'esclavage ou la torture, de soumettre des personnes à des traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants, de les priver arbitrairement de la vie, de les arrêter et de les détenir arbitrairement […]. Et si des réserves à des dispositions particulières de l'article 14 peuvent être acceptables, une réserve générale au droit à un procès équitable ne le serait pas »[758].

---

of law (Ibid. at 138) ». V. égal. § 30: « Similar views about the nature of modern humanitarian treaties have been enunciated by the International Court of Justice in its Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1951). […] ». Enfin au § 31, la Cour IADH juge ces principes comme étant dotés d'une force supplémentaire en raison du cadre normatif spécifique : « These views about the distinct character of humanitarian treaties and the consequences to be drawn therefrom apply with even greater force to the American Convention whose first two preambular paragraphs read as follows: 'Reaffirming their intention to consolidate in this hemisphere, within the framework of democratic institutions, a system of personal liberty and social justice based on respect for the essential rights of man; Recognizing that the essential rights of man are not derived from one's being a national of a certain state, but are based upon attributes of the human personality, and that they therefore justify international protection in the form of a convention reinforcing or complementing the protection provided by the domestic law of the American states' ».

[755] PELLET, Alain, « Les traités des droits de l'Homme : entre banalité et spécificité », préc., pp. 62 et suiv.

[756] Ibid., p. 62.

[757] V. CDH, *Observation générale n° 24*, Observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte, 2 novembre 1994.

[758] Ibid., point 8, nous soulignons.

232. En limitant les réserves à l'égard des normes impératives, le Comité entend limiter la volonté des États à moduler leurs engagements afin de ne pas vider de sa substance le Pacte. Une telle limite va à l'encontre du droit international général qui postule que l'État peut ne pas être lié par un instrument conventionnel parce qu'il n'a pas manifesté un consentement en ce sens ou en étant un « objecteur persistant ». De l'affirmation du CDH, il est possible d'en déduire que toute réserve allant à l'encontre de telles dispositions du Pacte serait déclarée nulle et que la compétence du Comité pour statuer, serait tout de même établie si l'État a ratifié le Protocole facultatif relatif aux communications individuelles.

233. La caractéristique fondamentale et la contribution remarquable de la Cour EDH et de la Cour IADH en tant que Cours régionales de protection des droits de l'Homme les plus anciennes réside dans ce qui a pu être qualifiée de « position ferme » à l'égard de l'établissement de « limites au volontarisme des États, garantissant ainsi l'intégrité des Conventions relatives aux droits de l'Homme respectives et la primauté des considérations d'ordre public par rapport à la volonté des États individuels »[759]. En effet, à de nombreuses reprises, en alléguant la nécessité de protéger l'ordre public établi par la Convention, la Cour européenne a implicitement limité la volonté des États[760] ainsi que la Cour interaméricaine[761]. Ce constat conforte l'idée d'objectivisme jurisprudentiel en matière de protection des droits de l'Homme qui émerge de la pratique interprétative à l'égard de la portée des droits afin de ne pas dénaturer leur substance. Imposer des limites au volontarisme étatique apparaît nécessaire afin de garantir l'objet et le but des instruments internationaux de protection des droits de l'Homme. La volonté des États est ainsi modulable avant de consentir au respect des droits et libertés, des limites s'imposant en raison de la nature de ces derniers. Face aux violations graves et systématiques, particulièrement du noyau dur des droits fondamentaux qui inclut le droit à la vie et la prohibition de la torture, l'objectivisme jurisprudentiel découle de l'indépendance et de l'impartialité du juge qui cherche à redresser le préjudice découlant des violations des droits de l'Homme en restreignant la marge d'appréciation des États quant à la réparation ou aux implications futures découlant de la décision de justice. En effet, c'est précisément en établissant des standards internationaux de protection exigeants à l'égard de

[759] CANÇADO, TRINDADE, A. A., Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice : développements, état actuel et perspectives, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Brill | Nijhoff, Leiden | Boston, vol. 391, 2018, pp. 42-43.

[760] V. parmi d'autres, Belilos c. Suisse, 29 avril 1988, série A, n° 132; *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, série A n° 310; *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, CEDH 2004-VII.

[761] Cour IADH, arrêt, *Ivcher Bronstein v. Peru* (compétence) September 24, 1999, Series C, n° 54; Cour IADH, arrêt, *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad et Tobago* (preliminary exceptions), September 1, 2001, Series C, n° 80.

droits qui ne peuvent pas faire l'objet de négociations, que les organes internationaux de protection contribuent à la définition de normes plus élevées visant à orienter le comportement des États, tout en établissant un degré de contrôle sur la possibilité pour ces derniers d'adopter des mesures restrictives portant atteinte aux droits et libertés, tout en renforçant le statut de sujet du droit international pour l'individu « libéré de tout lien de sujétion vis-à-vis de son propre État » à travers l'exercice du recours individuel[762]. Ainsi, dans le cadre du procès international, il a été affirmé que la Cour EDH et la Cour IADH rejettent toute perspective volontariste, en préservant l'intégrité et l'intangibilité de leur compétence, sans donner la primauté à la volonté des États en cours de procédure puisqu' « elles interprètent et appliquent le *jus necessarium* et non le *jus voluntarium* », tandis que la Cour africaine s'est montrée consciente à l'égard de cette question dès ses premières années d'activité[763].

234. Les tribunaux pénaux internationaux ont contribué à la consolidation d'un ordre juridique international répressif à travers la poursuite et la sanction des responsables des violations graves des droits de l'Homme et du droit international humanitaire en luttant contre l'impunité. L'adoption du Statut de Rome et l'institution de la Cour pénale internationale visent également cet objectif en instituant le principe de complémentarité et en reconnaissant toutefois la primauté des juridictions nationales à l'inverse de la compétence de principe des TPI qui primait sur celle des tribunaux nationaux tout en accordant une place prépondérante à la participation des victimes dans la procédure devant la Cour [764]. Par ailleurs, la reconnaissance de la personnalité juridique et de la responsabilité internationale des individus a pour effet de leur accorder d'une part, le statut de sujets passifs du droit international devant les juridictions pénales internationales en vue d'établir leur responsabilité pénale individuelle;

[762] CANÇADO, TRINDADE, A. A., Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice : développements, état actuel et perspectives, op. cit., p. 43. V. CANÇADO TRINDADE, A. A., *The Trans-Atlantic Perspective: The Contribution of the Work of the International Human Rights Tribunals to the Development of Public International Law*, in *The European Convention on Human Rights at 50 – Human Rights Information* - Bulletin, n° 50, edition spéciale, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2000, pp. 8 et suiv.; CANÇADO TRINDADE, A. A., The Merits of Coordination of International Courts on Human Rights, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004, p. 309-312; COSTA, J.-P., La Cour européenne des droits de l'Homme – Des juges pour la liberté, Paris, Dalloz, 2013, pp. 9-259.

[763] CANÇADO, TRINDADE, A. A., Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice : développements, état actuel et perspectives, op. cit., pp. 43-44. Sur le système africain en particulier, v. par ex. PINA-DELGADO, J., « The African Court on Human and Peoples' Rights and Its Position in the International and African Judicial Architectures », in MOURA VICENTE, D. (dir.), *Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2016, p. 98-135; YERIMA, T. F., African Regional Human Rights Courts: Features and Comparative Critique with the European and the Inter-American Court of Human Rights, in *Indian Journal of International Law*, vol. 50, 2010, pp. 592-616.

[764] CANÇADO, TRINDADE, A. A., Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice : développements, état actuel et perspectives, op. cit., p. 45.

d'autre part, le statut de sujets actifs du droit international devant les juridictions internationales de protection des droits de l'Homme pour mettre en œuvre la responsabilité internationale des États. Ainsi, les avancées jurisprudentielles des dernières années ainsi que la juridictionnalisation du droit international qui pouvaient apparaître impossibles autrefois, ont permis de rendre la justice aux victimes et d'apporter une primauté de l'État de droit tant au niveau national qu'au niveau international en rendant le droit international applicable aux États, aux organisations internationales et aux individus[765].

235. Ainsi, la « subjectivisation internationale des individus [va de pair avec] l'humanisation du droit international contemporain »[766] à travers le renforcement de l'accès à la justice et la place centrale accordée aux victimes, et s'inscrit dans une dialectique entre volontarisme étatique, prônant une liberté totale des États en droit international et l'objectivisme jurisprudentiel, qui s'impose au fur et à mesure du renforcement de la compétence des tribunaux internationaux. La notion de *jus necessarium* incarne le mouvement vers une compétence obligatoire des juridictions internationales du moins pour certaines, notamment pour la Cour EDH depuis l'adoption du Protocole n°11, du Statut de Rome de la CPI ou encore avec le statut particulier qu'incarne la CJUE[767]. En effet, cette dernière a très tôt affirmé la spécificité et la nature autonome du droit communautaire en affirmant sa primauté sur les droits nationaux des États membres de l'UE[768], l'effet direct des normes communautaires directement invocables par les particuliers devant leurs juridictions nationales et applicables aux États[769], ainsi que la nécessaire protection des droits fondamentaux qui découle d'une organisation régionale d'intégration à vocation initialement économique[770]. Ainsi, les avancées vers une juridiction internationale obligatoire visent à assurer la primauté du *jus necessarium* sur le *jus volontarium*[771]. Il a été affirmé que l'application des traités de protection des droits de l'Homme ne présente qu'une « originalité

[765] Ibid., pp. 47-49.
[766] Ibid., pp. 50-51.
[767] CANÇADO, TRINDADE, A. A., Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice : développements, état actuel et perspectives, op. cit., pp. 54 et suiv. V. CANÇADO TRINDADE, A. A., International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part II, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 317, 2005, pp. 173-245 : sur les développements intervenus dans le domaine du mécanisme international de règlement des différends et la juridiction obligatoire.
[768] CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. Enel*, affaire n° 6-64.
[769] CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, affaire n° 41-74; CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, affaire n° 26-62.
[770] CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, affaire n° 11-70.
[771] CANÇADO, TRINDADE, A. A., Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice : développements, état actuel et perspectives, op. cit., p. 57.

relative » avec le principe de non-réciprocité et des effets particuliers en termes de responsabilité, alors même que la procédure de conclusion des traités relatifs aux droits de l'Homme demeure classique au regard de la Convention de Vienne sur le droit des traités[772]. À propos de la Convention contre la torture, la CIJ a rappelé que les États ont un « intérêt commun » à ce que les obligations découlant de cette Convention soient respectées ainsi que les droits à protéger qui en découlent puisqu'il s'agit d'obligations *erga omnes*[773]. En effet, « dans une telle convention, les États contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement tous et chacun un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention »[774]. L'organe judiciaire principal des Nations Unies a souligné, par ailleurs, que :

> « [L]'intérêt commun des États parties à ce que soient respectées les obligations pertinentes énoncées dans la convention contre la torture implique que chacun d'entre eux puisse demander qu'un autre État partie, qui aurait manqué auxdites obligations, mette fin à ces manquements. Si un intérêt particulier était requis à cet effet, aucun État ne serait, dans bien des cas, en mesure de présenter une telle demande. Il s'ensuit que tout État partie à la convention contre la torture peut invoquer la responsabilité d'un autre État partie dans le but de faire constater le manquement allégué de celui-ci à des obligations *erga omnes* partes, telles que celles qui lui incombent en application du paragraphe 2 de l'article 6 et du paragraphe 1 de l'article 7 [de la Convention contre la torture], et de mettre fin à un tel manquement »[775].

236. Si ce droit de recours élargi en cas de violation d'obligations *erga omnes* a pu être qualifié de « droit d'*actio popularis* en faveur de tout et chaque État partie »[776], il s'agit simplement de la conséquence particulière attachée aux violations graves du droit international, codifiée à l'article 48 du Projet de la CDI sur la responsabilité internationale de l'État[777]. Ainsi, les finalités propres assignées aux normes internationales de protection des

---

[772] PELLET, A., « Les traités des droits de l'Homme : entre banalité et spécificité », préc., pp. 69 et suiv.

[773] *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422, § 68. V. égal. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3. § 33.

[774] *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422, § 68. V. égal. *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23.

[775] Ibid., § 69.

[776] PELLET, A., « Les traités des droits de l'Homme : entre banalité et spécificité », préc., p. 69, v. égal. pp. 70-71. V. égal. DOMINICÉ, C., « À la recherche des droits *erga omnes* », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 370 : l'auteur s'interroge sur la réalité de la notion de « droit *erga omnes* » en droit international qu'il définit comme « un droit opposable à tous, qui correspond à une obligation *erga omnes*, et dont la violation vaut à son titulaire les droits usuels de l'État lésé et, en outre, s'ils y sont disposés, l'appui d'autres États pour l'aider à rentrer dans ses droits ».

[777] Cet article relatif à l'invocation de la responsabilité par un État autre que l'État lésé par la violation, est rédigé comme suit : « 1. Conformément au paragraphe 2, tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si : a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe; ou b) L'obligation violée est due

droits de la personne influent sur l'application de la règle générale d'interprétation de l'article 31 de la CVDT, application reconnue par la jurisprudence internationale [778]. Cette interprétation objective en fonction de l'objet et du but découlant du texte prime sur l'interprétation subjective, fonction de l'intention présumée des parties[779]. Pourtant, en dépit de méthodes d'interprétations communes utilisées par les organes internationaux de protection, les approches extensives s'affirment plus aisément dans les cadres régionaux par rapport au cadre universel plus hétérogène[780].

B. La distinction ou dialectique entre cadre universel et cadres régionaux

237. La différence principale entre le niveau universel et les cadres régionaux réside dans la portée non contraignante des communications individuelles émanant des organes des traités spécialisés en matière de droits de l'Homme, ainsi qu'en leur compétence, pour recevoir des requêtes individuelles, qui demeure optionnelle dans la mesure où il est nécessaire pour les États de ratifier des Protocoles facultatifs afin de reconnaître la compétence de ces organes. Sur cette question, il existe une différence entre les cadres régionaux mêmes. En ratifiant la Convention européenne, la juridiction de la Cour devient obligatoire et n'est pas optionnelle, alors que dans le contexte de l'OÉA, la compétence de la Cour interaméricaine doit être reconnue de façon expresse en adhérant à la Convention américaine, autrement seule la CommIADH a compétence pour évaluer les plaintes et effectuer des enquêtes au regard des

---

à la communauté internationale dans son ensemble. 2. Tout État en droit d'invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'État responsable : a) La cessation du fait internationalement illicite et des assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30; et b) L'exécution de l'obligation de réparation conformément aux articles précédents, dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéfi ciaires de l'obligation violée ».

[778] V. *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 29, série A, n° 18; *Fogarty c. Royaume-Uni* [GC], n° 37112/97, § 35, CEDH 2001-XI (extraits); *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, § 65, CEDH 2008; *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie* [GC], n° 18030/11, § 119, 8 novembre 2016. Cour IADH, arrêt, *Case of the "Street Children" (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala* (merits), November 19, 1999, Series C, n° 63, § 193. Cour IADH, arrêt, *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad et Tobago* (preliminary exceptions), September 1, 2001, Series C, n° 81, § 75.

[779] *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, § 8, série A, n° 7: « 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. Or, on ne concevrait pas pourquoi la protection que l'article 5 (art. 5) de la Convention cherche à assurer aux personnes soupçonnées d'infractions contre des détentions préventives prolongées à l'excès ne se continuerait pas jusqu'au jour du prononcé du jugement et s'arrêterait au moment de l'ouverture du procès ». V. *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie* [GC], n° 18030/11, § 121, 8 novembre 2016 ; *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, § 86.

[780] PARARAS, J. P., L'impossible universalité des droits de l'Homme, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 85/2011, pp. 3-22.

violations alléguées de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'Homme. Dans le contexte africain, il en est de même : la compétence de la Commission africaine est automatique alors que la compétence de la Cour ADHP nécessite une approbation expresse à travers la ratification du Protocole facultatif.

238. Par ailleurs, la pratique du Comité des droits de l'Homme à l'égard du dialogue et de l'usage explicite de sources externes est plus discrète puisque sa jurisprudence témoigne davantage d'une forme d'isolement. Néanmoins, la convergence de certaines solutions adoptées par le Comité et la Cour EDH ou les organes interaméricains témoignent d'une forme de perméabilité, d'une influence qui s'exerce de façon implicite et difficilement mesurable[781]. Agissant dans le cadre universel, il semblerait que l'usage de sources externes émanant d'un cadre régional pourrait porter atteinte à la légitimité du Comité. L'usage régulier du dialogue juridictionnel explicite pourrait engendrer des critiques de la part des États à l'égard d'une interprétation des droits protégés par le Pacte jugées trop extensive sous l'influence de sources régionales par exemple. Néanmoins, si le Comité des droits de l'Homme ne s'inscrit pas explicitement dans une dynamique de dialogue par la référence à des éléments extrasystémiques, les références à sa jurisprudence par les autres organes internationaux tels que la CIJ, la Cour EDH ou les organes interaméricains démontrent une forme de reconnaissance de la jurisprudence du Comité, qui, à terme, par la citation répétée des mêmes solutions, pourraient renforcer l'autorité de ses positions. Quoi qu'il en soit, si les organes des traités sont plutôt réticents au dialogue et montrent de la réserve jurisprudentielle à l'ouverture aux sources externes, ceci se justifie probablement par la volonté de prudence à l'égard des États afin de ne pas leur imposer des solutions régionales dans un cadre universel. Les rares références du Comité des droits de l'Homme à des éléments extrasystémiques ont suscité des critiques virulentes par ses membres. À propos d'une peine capitale prononcée à la suite d'un procès jugé non équitable et contraire ainsi à l'article 14 du Pacte, le Comité a conclu qu'il s'agissait d'un traitement inhumain et qu'une telle violation du droit à un procès équitable était également contraire à l'article 7 en se référant à la jurisprudence de la Cour EDH[782]. Ce renvoi a été critiqué par Monsieur Nisuke Ando, un des membres du Comité, qui

[781] HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H., *Traité de droit international des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1ère éd., 2016, p. 643.

[782] CDH, *Larranaga c. Philippines*, communication n° 1421/2005, 24 juillet 2006, § 7.11: « With regard to the alleged violation of article 7, the Committee considers that to impose a death sentence on a person after an unfair trial is to subject that person wrongfully to the fear that he will be executed. In circumstances where there is a real possibility that the sentence will be enforced, that fear must give rise to considerable anguish. Such anguish cannot be dissociated from the unfairness of the proceedings underlying the sentence. Indeed, as the Committee has previously observed [FN58], the imposition of any death sentence that cannot be saved by article 6 would automatically entail a violation of article 7. The Committee therefore concludes that the imposition of the death

estimait que cette référence n'était pas appropriée[783] tandis que Mme Ruth Wedgwood estimait que, l'absence de consensus parmi les États au niveau universel à l'égard de la ratification du Protocole additionnel relatif à la peine de mort n'autorisait pas le Comité à parvenir à une telle conclusion en important une source externe de la Cour européenne, opérant dans un cadre où la peine de mort avait été abolie[784]. Dans le cadre d'une communication qui soulevait une question relative à la définition des disparitions forcées, la Comité a rappelé la définition donnée à ces dernières par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale[785]. Dans une opinion dissidente commune, plusieurs membres du Comité ont souligné que la définition des disparitions forcées figurant dans le Statut de Rome n'était pas la même que dans le projet de Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées. Ils ont ainsi estimé qu'en faisant siens les critères de Statut de Rome, « qui appartiennent à un autre instrument international, le Comité perd de vue qu'il doit appliquer le Pacte, tout le Pacte et rien que le Pacte »[786] ce qui témoigne d'une conception extrêmement restrictive à l'égard des normes externes.

239. *A contrario*, d'autres membres du Comité ont pu plaider en faveur de son ouverture aux éléments extrasystémiques en rejettant la position restrictive susmentionnée en prônant

---

sentence on the author after the conclusion of proceedings which did not meet the requirements of article 14 of the Covenant amounts to inhuman treatment, in violation of article 7 ». Le Comité se réfère en note de bas de page à CEDH, 12 mai 2005, Öcalan c. Turquie, req. n° 43221/99, §§ 167-175.

[783] V. Opinion individuelle du membre du Comité Monsieur Nisuke Ando, sous *Larranaga c. Philippines*, communication n° 1421/2005, 24 juillet 2006, § 2.

[784] V. Opinion individuelle du membre du Comité Mme Ruth Wedgwood, sous *Larranaga c. Philippines*, communication n° 1421/2005, 24 juillet 2006: « Rather, the Committee's abrupt holding seems to be an importation from the European Court of Human Rights, from the case of Ocalan v. Turkey, application no. 43221/99, 12 May 2005, paras. 167-175. But the Strasbourg court has argued that the wide consensus within the European Community on the abolition of the death penalty is itself justification for using a teleological mode of interprÉtation. See Ocalan v. Turkey, paras. 162-164. In contrast, the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights Aiming at the Abolition of the Death Penalty, which came into force on 11 July 1991, currently is limited to 57 states parties and 7 additional signatories. This is a minority out of the 156 states parties and 6 signatories who have adhered to the Covenant itself. The conscientious views of members of the Committee concerning the death penalty do not supply a warrant for setting aside the treaty text and disregarding the consent of sovereign states. In any event, as the record of this case shows, the Philippines has now abolished capital punishment ».

[785] CDH, *Norma Yurich c. Chili*, communication n° 1078/2002, 2 novembre 2005, § 6.3 : « Le Comité note que les faits dénoncés par l'auteur en relation avec la disparition de sa fille se sont produits avant l'entrée en vigueur non seulement du Protocole facultatif, mais aussi du Pacte. Le Comité rappelle la définition de la disparition forcée donnée à l'article 7, paragraphe 2, alinéa i, du Statut de Rome de la Cour pénale internationale: Par «disparitions forcées de personnes», on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée. En l'espèce, les actes originels d'arrestation, de détention ou de séquestration, ainsi que le refus de donner des informations sur la privation de liberté − deux éléments cruciaux de l'infraction ou de la violation − sont intervenus avant l'entrée en vigueur du Pacte pour l'État partie ».

[786] V. Opinion individuelle dissidente de Mme Christine Chanet, M. Rajsoomer Lallah, M. Michael O'Flaherty, Mme Elisabeth Palm et M. Hipólito Solari-Yrigoyen, sous CDH, *Norma Yurich c. Chili*, communication n° 1078/2002, 2 novembre 2005.

une interprétative évolutive du PIDCP, grâce aux éléments issus du *corpus juris* contemporain du droit international des droits de l'Homme, en ces termes :

> « 10. As is clearly stated in the dissenting minority opinion of the Human Rights Committee in Norma Yurich v. Chile, it is the Committee's obligation to "apply the Covenant, the whole Covenant and nothing but the Covenant". This does not, however, prevent the Committee from employing an evolutive interpretation of the International Covenant on Civil and Political Rights and enriching it by drawing upon elements of the contemporary corpus juris of international human rights law in order to accomplish its object and purpose more fully and arrive at an effective interpretation.
> 11. This interpretive task, which is an intrinsic function of a body belonging to a comprehensive international system for the promotion and protection of the inherent rights of each and every woman and man, should be performed on the basis of the pro persona principle and in line with that postulate's implications. International bodies have a responsibility to make sure that they do not end up adopting a decision that weakens standards already established in other jurisdictions. However, any new interpretation based on their own areas of competence that leads to the introduction of more protective interpretations makes a contribution to the system as a whole, creates greater safeguards for the rights of victims of human rights violations and sends a signal to States regarding their future conduct. This is without prejudice to the fact that, in any individual case, all that the Human Rights Committee has to decide is whether or not a communication is admissible and, if so, whether or not the established facts constitute one or more violations of the Covenant »[787].

240. En affirmant que l'interprétation évolutive est une fonction intrinsèque d'un organe qui s'inscrit dans le cadre d'un système international cohérent de protection des droits de la personne et qui doit nécessairement prendre en considération le principe *pro persona*, les membres du Comité renvoient implicitement à la position des organes interaméricains sur cette question et démontrent qu'une approche extensive de la pratique interprétative du Comité est possible. *A contrario*, les décisions émanant des Cours européenne et interaméricaine sont plus susceptibles de s'inspirer de la pratique des organes des traités agissant dans le cadre universel. En effet, puisque la prohibition de la torture a été définie de façon détaillée dans par la Déclaration adoptée par l'Assemblée générale en 1975 et par la Convention contre la torture adoptée en 1984, les organes régionaux ont su accorder une portée juridique renforcée à ces définitions universelles en les intégrant dans leurs systèmes juridiques particuliers à travers l'interprétation des instruments régionaux conforme aux instruments internationaux. Ainsi, dans le cadre régional, la définition des actes de torture et des mauvais traitements a été le fruit d'une œuvre jurisprudentielle s'inspirant des instruments

[787] V. Opinion individuelle dissidente de Madame Helen Keller et Monsieur Fabián Salvioli, sous CDH, *Cifuentes Elgueta c. Chili*, décision d'irrecevabilité, communication n° 1536/2006, 28 juillet 2009, nous soulignons.

des Nations Unies témoignant précisément d'un terrain propice au développement du dialogue en vue de la définition d'un socle commun visant le noyau dur des droits fondamentaux[788]. Ainsi, il semblerait qu'en dépit de la diversité des systèmes juridiques de protection institués dans l'ordre juridique international, une forme de continuité normative se dégage dans la pratique des interprètes des droits de la personne. Les rapports entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'Homme, enrichis par la spécificité du droit international pénal, semblent être caractérisés par leur complémentarité.

§ 2. Une continuité dans la protection des droits de la personne dans l'ordre juridique international

241. La continuité dans la protection des droits de la personne découle, tout d'abord, des rapports complémentaires entre droit international des droits de l'Homme et droit international humanitaire (A). Il sera intéressant ensuite d'exposer la position de la Cour interaméricaine à l'égard des interactions entre ces deux corps de normes (B), puis celle de la Cour européenne (C) avant de souligner l'originalité du système de justice pénale internationale (D).

A. Des rapports complémentaires entre droit international des droits de l'Homme et droit international humanitaire

242. Traditionnellement, le DIH et le DIDH peuvent être considérés comme deux domaines distincts du droit international, ayant des objets différents et comme ayant évolué sans s'influencer mutuellement ; mais en la matière, deux thèses se sont opposées. Selon la thèse « confusionniste » ou « intégrationniste », le DIH ne serait « qu'un aspect particulier [du DIDH] réglant la situation des droits de l'homme pendant les conflits armés »[789]. Selon la thèse « autonomiste » ou « séparatiste », le DIH et le DIDH seraient « irréductibles et incompatibles […] [en raison de] la différence d'objet des droits de l'homme et du droit des conflits armés, de la nature des droits protégés, pour conclure à l'inutilité sinon au danger de l'intégration »[790]. Toutefois, il est important de préciser que le droit des conflits armés se subdivise en deux branches : le droit de La Haye qui détermine les droits et devoirs des

[788] V. Supra. Partie I. Titre I. Chapitre 1.
[789] VASAK, K., Le droit international des droits l'homme, In *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 141, 1974, p. 351.
[790] Ibid.

bélligerants dans la conduite des hostilités et dans le choix des moyens[791] et le droit de Genève qui protège les populations civiles et les personnes qui ne participent plus directement aux hostilités[792]. Ainsi, c'est surtout cette deuxième branche qui a vocation à interagir avec les normes internationales de protection des droits de l'Homme en raison de l'existence d'un « véritable *continuum* entre les deux droits : c'est en temps de guerre que le droit humanitaire s'applique pleinement, le droit international des droits de l'homme ne jouant qu'un rôle d'appoint. L'inverse est vrai en temps de paix […] [alors que] la période la plus dangeureuse pour les droits de l'homme [est] celle des conflits armés non internationaux »[793].

243. Une perspective historique relative à l'adoption des Conventions de Genève de 1949 démontre que loin de s'opposer, le DIDH a non seulement exercé une influence sur le contenu du DIH au moment de l'adoption des textes principaux, mais également qu'il complète ce droit spécifique aux conflits armés[794]. En effet, au regard de la pratique récente et de l'évolution historique, le DIDH s'applique, sans conteste, aux situations de conflits armés. La question soulevée par ce constat est de savoir comment aboutir à une application cohérente de ces deux corps de règles : le temps de guerre se distingue par rapport au temps de paix par son caractère exceptionnel. Le droit à la vie est atténué dès lors qu'il s'agit d'atteindre un objectif militaire légitime ou neutraliser un combattant des forces armées adverses puisque le but est

[791] Issu essentiellement de la Convention de La Haye de 1899, révisée en 1907; v. égal. le Protocole de Genève de 1925.

[792] Issu principalement des Conventions de Genève adoptées en 1949 et des deux Protocoles additionnels de 1977.

[793] VASAK, K., Le droit international des droits l'homme, préc., p. 352. V. égal. p. 353. L'auteur fait un classement des règles applicables en fonction de la nature du conflit. Ainsi, lorsqu'il est question d'un conflit armé international régi par l'article 2 commun aux Conventions de Genève (guerre ou autre conflit armé international), par l'article 15 § 1 de la CEDH et l'article 27 § 1 de la CADH (guerre) et par l'article 4 § 1 du PIDCP (danger public exceptionnel mençant l'existence de la nation), les règles applicables sont le droit de Genève dans son intégralité ainsi que le noyau des instruments de protection des droits l'Homme défini par l'article 15 § 2 de la CEDH, l'article 27 § 2 de la CADH et l'article 4 § 2 du PIDCP. En cas de conflit armé non international régi par l'article 3 commun aux Conventions de Genève (conflit armé ne présentant pas un caractère international), par l'article 15 § 1 de la CEDH (danger public mençant la vie de la nation), par l'article 27 § 1 de la CADH (danger public menaçant l'indépendance ou la sécurité d'un État) et par l'article 4 § 1 du PIDCP (danger public exceptionnel mençant l'existence de la nation), les règles applicables sont l'article 3 commun aux Conventions de Genève [et le Protocole additionnel II de 1977] ainsi que le noyau des instruments de protection des droits de l'homme. En cas de troubles intérieurs, régis par l'article 1 § 2 du Protocole additionnel II (troubles intérieurs ou troubles internes), ar l'article 15 § 1 de la CEDH (danger public mençant la vie de la nation), par l'article 27 § 1 de la CADH (autre situation de crise menaçant l'indépendance ou la sécurité d'un État) et par l'article 4 § 1 du PIDCP (danger public exceptionnel mençant l'existence de la nation), ni le droit de Genève, ni leurs Protocoles additionnels ne sont applicables, les règles protectrices étant celles du noyau dur des instruments internationaux de protection des droits de l'Homme ou toutes leurs dispositions si des demandes de dérogation n'ont pas été formulées.

[794] DROEGE, C., Droits de l'Homme et droit humanitaire: des affinités électives?, in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 871, septembre 2008, p. 1. V. pour une comparaison entre droits de l'Homme et droit international humanitaire d'un point de vue historique, VAN WIJK, B., Human rights in war: on the entangled foundations of the 1949 Geneva Conventions, in *American Journal of International Law*, vol. 112, 2018, pp. 553-582.

de prendre l'avantage militaire sur la partie adverse. Néanmoins, en ce qui concerne la prohibition de la torture, le DIH et le DIDH sont unanimes quant à son interdiction en toutes circonstances, y compris comme arme de guerre. Pourtant, l'usage systématique du viol en Syrie, dans le cadre d'une politique coordonnée par les forces militaires gouvernementales, a été mis en lumière par un rapport d'enquête récent des Nations Unies, ce qui témoigne de la difficulté d'éradiquer les violences sexuelles en temps de conflit[795]. L'enjeu est l'applicabilité pleine et entière des règles protégeant l'intégrité et la dignité des personnes, *a fortiori* dans le contexte d'exception de la guerre. Lorsque ces règles ne sont pas respectées, surgit le défi des poursuites et l'opportunité d'une action judiciaire pour rendre la justice aux victimes. Ainsi, s'il s'agit d'un juge ordinaire, au regard de quel corps de règles devrait-il apprécier la légalité d'une action militaire et le seuil de gravité que doit atteindre un acte pour recevoir la qualification d'acte de torture et pas seulement d'un acte cruel, inhumain ou dégradant ? D'une part, les rapports en DIDH et DIH devraient être régis par la complémentarité et l'influence respective des normes dans la plupart des situations[796]. D'autre part, plus

[795] *Rapport du Secrétaire général des Nations Unies sur les violences sexuelles liées aux conflits*, 23 mars 2018, S/218/250, § 75: « Depuis sept ans, le conflit et la crise humanitaire infligent d'intolérables souffrances à la population et les violences sexuelles sont utilisées comme tactique de guerre, de torture et de terrorisme. De nombreuses femmes et filles ont été victimes d'actes de violence sexuelle, de harcèlement, d'enlèvement et de mariage forcé. La peur d'être agressée sexuellement au passage des points de contrôle est constante et limite leurs déplacements. Ce sont les femmes et les enfants déplacés depuis des villes assiégées qui sont les plus vulnérables (voir le rapport A/HRC/36/55). Les témoignages recueillis directement auprès de femmes qui ont été détenues dans le cadre du conflit font systématiquement état de violences sexuelles, de torture et de traumatismes psychologiques. Les viols commis sur les Hommes et les garçons et les tortures sexuelles qui leur sont infligées dans les lieux de détention, souvent utilisés comme moyens de leur arracher des aveux durant les interrogatoires, constituent également une terrible face cachée de ce conflit. Conformément aux normes sociales et aux codes d'honneur en vigueur, les Hommes reçoivent en général les louanges de leur communauté à leur libération, tandis que les femmes sont honnies, stigmatisées et rejetées par leurs époux et leurs parents, qui présument qu'elles ont été violées durant leur détention. Des femmes et des filles ont par ailleurs été assassinées au nom de l'honneur à la suite non seulement d'un viol, mais aussi d'une simple présomption de viol, d'un attentat à la pudeur ou d'un harcèlement subi dans la rue. Il semble que ces prétendus « crimes d'honneur » soient plus fréquents depuis le début de la crise à cause de la recrudescence des violences sexuelles, de l'anarchie et de la prolifération de groupes extrémistes. Les Syriennes évoquent un combat mené au quotidien pour survivre aux violences sexuelles qu'elles ont subies et aux graves séquelles physiques d'un viol telles que les fistules traumatiques et les maladies sexuellement transmissibles. Nouvellement conçu comme un moyen de parer au risque élevé d'agression sexuelle, le mariage d'enfants est passé du statut de pratique culturelle à celui de mécanisme de survie. Bien que les mariages précoces ne soient pas un phénomène nouveau en Syrie, la prolongation du conflit a provoqué une hausse du taux de ces mariages et une baisse de l'âge des épousées. Cette situation a eu des conséquences catastrophiques pour les filles, en les exposant à la violence conjugale, à des mauvais traitements et à des grossesses non désirées, en les privant de chances d'éducation et de possibilités d'emploi, en les condamnant à l'isolement et en portant atteinte à leur santé psychologique. Les adolescentes, les femmes chefs de famille, les veuves et les divorcées sont les plus exposées aux mariages for cés, à la polygamie et aux mariages temporaires en série ».

[796] MIGLIAZZA, A., L'évolution du droit de la guerre par rapport au mouvement pour les droits de l'homme, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 137, 1972, pp. 185-203; SICILIANOS, L.-A., Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force, vol. 403, 2008, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, p. 219 : « Outre le droit international humanitaire, les normes internationales en matière de droits de l'homme sont applicables, elles aussi, en situation de conflit armé. Cette coexistence, voire l'imbrication de ces deux corpus normatifs, ne fait

rarement, lorsqu'il existe des contradictions, celles-ci devraient être encadrées par la prééminence de la norme la plus spécifique au regard d'une situation donnée qui ne serait autre chose que l'application de l'adage *lex specialis derogat legi generali*, la difficulté étant celle d'identifier la norme spéciale eu égard les circonstances[797]. Par ailleurs, la question de l'application extraerritoriale des droits de l'Homme renvoie à l'application du DIDH non seulement aux situations de conflit armé dans un État mais également dans les situations de conflits armés se déroulant à l'étranger[798]. Cette dernière hypothèse a suscité des controverses précisément par rapport à l'application de la CEDH aux États du Conseil de l'Europe, membres de la coalition, dirigées par les États-Unis tant en Irak qu'en Afghanistan où la pratique de la torture s'est avérée particulièrement problématique[799].

244. La position du CICR à l'égard de la torture pourrait influencer les instances internationales lorsqu'elles ont à interpréter des actes de torture dans le contexte d'un conflit armé international ou non international. Le CICR se positionne en faveur de la lutte contre la torture et autres formes de mauvais traitements en considérant que « la torture consiste (1) en l'infliction de douleurs ou souffrances aiguës, physiques ou mentales, (2) aux fins notamment d'obtenir des informations ou des confessions, d'exercer de pressions, d'intimider ou d'humilier »[800]. Ainsi, il fait sienne la définition de la torture telle que donnée par le droit international des droits de l'Homme qui exige un but spécifique afin de pouvoir qualifier un acte de torture, alors que la définition droit international pénal ne s'attache pas au but dans lequel l'acte est commis, mais à la situation de vulnérabilité danas laquelle est placée la victime par rapport à l'auteur de l'acte. En ce qui concerne tout d'abord les traitements cruels ou inhumains, que le CICR considère comme synonymes, il les définit comme « des actes qui engendrent des douleurs ou souffrances graves, physiques ou mentales, ou qui constituent une atteinte grave à la dignité de la personne » et comme ne poursuivant pas d'objectif particulier,

---

plus de doute aujourd'hui, ainsi qu'en témoignent la pratique conventionnelle et les approches convergentes de la CIJ, des organes des traités des Nations Unies, de la Cour européenne des droits de l'homme et des organes du système interaméricain. Certes, en cas de conflit entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme c'est le premier qui l'emporte en tant que lex specialis ».

[797] DROEGE, C. Droits de l'Homme et droit humanitaire : des affinités électives?, préc., p. 2; STURMA, P., « Rapports entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme », in AKANDJI-KOMBÉ, J.-F. (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1429-1446.

[798] SICILIANOS, L.-A., Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force, préc., 419.

[799] DROEGE, C. Droits de l'Homme et droit humanitaire : des affinités électives?, préc., p. 9.

[800] *Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) face à la torture et aux traitements cruels, inhumains ou dégradants infligés aux personnes privées de liberté*, doctrine adoptée par le Conseil de l'Assemblée du CICR, 9 juin 2011, in *Revue internationale de la Croix Rouge*, volume 93, 2011/2, p. 384.

à la différence de la torture[801]. Ensuite, en ce qui concerne les traitements dégrandants ou humiliants, également considérés comme synonymes, ils sont définis comme « des actes qui entraînent une humiliation grave et réelle ou une atteinte grave à la dignité humaine et qui sont d'une intensité telle que toute personne raisonnable se sentirait outragée »[802]. Enfin, le CICR considère l'expression « mauvais traitements » comme n'étant pas juridique mais comme recouvrant tous les actes susmentionnés. Le CICR souligne que la prohibition de la torture « couvre un champ d'application particulièrement vaste » en visant à protéger l'intégrité et la dignité des individus privés de liberté ou non, en intégrant certaines formes de discrimination, la difficulté d'accès aux soins médicaux, les destructions illégales de bâtiments civils comme les maisons, ou encore les violences sexuelles commises lors d'opérations militaires ou d'opérations de police qui peuvent être assimilées à des actes de torture dépendamment des circonstances[803]. Pour le CICR,

> « [L]a conviction profonde du caractère inacceptable de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants [au fondement de son action] est renforcée par les dispositions du droit international humanitaire, du droit international, universel et régional des droits de l'Homme et du droit pénal international, qui font de la prohibition de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants une obligation absolue à laquelle il ne saurait être dérogé pour quelque raison que ce soit […] [d]e telles dispositions se [retrouvant] également intégrées dans de nombreux droits nationaux »[804].

---

[801] Ibid.

[802] Ibid. V. égal. pp. 384-385, nous soulignons : « Les mauvais traitements constituent une atteinte intolérable à la dignité de la personne humaine. Les victimes de la torture et des traitements cruels inhumains ou dégradants, mais également leurs familles sont durablement atteintes dans leurs chairs et dans leur esprit par la souffrance à laquelle elles ont été soumises et par cette négation de leur humanité. En outre, les mauvais traitements portent en eux les germes de la destruction du lien social au sein d'une communauté ou d'une société. Enfin, ils constituent une violation flagrante du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'Homme. L'ensemble de ces raisons fonde la conviction profonde du CICR que les actes de torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants doivent être prohibés de manière absolue et qu'aucune raison, qu'elle soit politique, économique, sécuritaire, culturelle ou religieuse, ne saurait conduire ni à les tolérer ni à les justifier. Le combat contre ce fléau requiert une vigilance permanente, tant le caractère absolu de la prohibition de ces actes est remis en cause de manière récurrente dans les discours, mais également dans les faits. En effet, depuis l'origine, les partisans de l'abolition de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants doivent se battre en permanence contre toutes les tentatives visant à remettre en cause le caractère absolu de cette prohibition ou certains de ses effets. Ainsi, les mêmes arguments qui tiennent inter alia à l'efficacité de telles pratiques, à la réalité ou à l'imminence du danger combattu, à la pression de la société ou encore à des sensibilités culturelles différentes sont sans cesse avancés par les opposants à cette prohibition absolue. Plus fondamentalement encore, l'histoire montre qu'aucun pays et qu'aucune communauté n'est jamais à l'abri de l'apparition ou de la persistance d'un tel phénomène. On ne peut malheureusement que constater que la pratique de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants perdure dans le monde entier, quand bien même son interdiction est consacrée par les normes internationales et régionales pertinentes ».

[803] Ibid. p. 385.

[804] Ibid. p. 386. À cet égard, le CICR renvoie à l'article 4 du PIDCP, à l'article 15 de la Convention européenne, à l'article 27 de la Convention inter-américaine, à l'article 2, 2) de la Convention contre la torture et à l'article 4, b) de la Charte arabe des droits de l'Homme. V. égal. p. 387 pour l'ensemble des dispositions pertinentes du droit international humanitaire, du droit international des droits de l'Homme et du droit international pénal : « Ainsi, l'article 3 commun aux Conventions de Genève, l'article 12 des Première et Deuxième Conventions, les articles 17 et 87 de la Troisième Convention, l'article 32 de la Quatrième Convention, l'article 75-2 a) et e) du

245. Il existe une convergence incontestable entre le DIDH et le DIH dans la mesure où ils visent tous deux à la protection de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine. Pourtant des divergences subsistent en ce qui concerne les mécanismes en vue de garantir leur application puisque si le DIDH peut faire l'objet d'un contrôle devant les organes internationaux spécialisés, les mécanismes judiciaires en matière de DIH sont quasi-inexistants hormis l'hypothèse de la compétence incidente des juridictions pénales internationales dans le domaine pour sanctionner les violations graves au DIH et précisément les organes internationaux de protection des droits de l'Homme qui peuvent jouer un rôle complémentaire dans la mise en œuvre du DIH[805].

---

premier Protocole additionnel et l'article 4-2 a) et h) du deuxième Protocole additionnel prohibent la torture. Dans les conflits armés internationaux, la torture constitue une infraction grave au sens des articles 50, 51, 130 et 147 respectivement de ces quatre Conventions. Selon l'article 85 du premier Protocole additionnel de 1977, ces infractions sont considérées comme des crimes de guerre. Dans les conflits armés non internationaux, il s'agit d'une violation grave. Par ailleurs, l'article 3 commun aux Conventions de Genève, ainsi que les articles 75-2 b) et e) du premier Protocole additionnel et 4-2 a) et h) du deuxième Protocole additionnel prohibent les « atteintes à la dignité personnelle, en particulier les traitements humiliants et dégradants ». Dans les conflits armés internationaux, ces actes sont constitutifs d'infractions graves. Dans les conflits armés non internationaux, ils sont constitutifs de violations graves. Enfin, la prohibition de la torture, des traitements cruels ou inhumains et des atteintes à la dignité de la personne, en particulier les traitements humiliants et dégradants est reconnue comme une règle coutumière par l'étude du CICR sur le droit coutumier (Règle 90) et par le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. […] La prohibition de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants se retrouve également dans le champ du droit international, universel et régional, des droits de l'Homme. Ainsi, la Déclaration universelle des droits de l'Homme (article 5), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 7), la Convention des Nations Unies contre la Torture, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (article 3), la Convention interaméricaine des droits de l'Homme (article 5-2), la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (article 5) et la Charte arabe des droits de l'Homme (article 8) contiennent des dispositions relatives à cette prohibition. […] [Enfin] [e]n vertu du Statut de la Cour Pénale Internationale, la torture et les traitements cruels inhumains ou dégradants constituent des crimes de guerre au sens de l'article 8 (2)(a)(ii), (iii) et (xxi) et (c)(i) et (ii) et des crimes contre l'humanité au sens de l'article 7 (1)(f) et (k) du Statut de Rome ». V. enfin p. 388, en ce qui concerne le droit national, le CICR rappelle que les « constitutions nationales ou autres textes fondamentaux, le droit pénal (matériel et processuel), mais également le droit civil et le droit administratif reflètent ou devraient refléter ces obligations internationales et participer ainsi de la pleine mise en œuvre de la prohibition et de la prévention de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Ce rappel des dispositions prohibant la torture et l'érigeant tantôt en infraction, qu'une violation grave du droit international, voire en crime international, nous paraît particulièrement intéressant pour montrer la continuité qui existe entre les instruments aussi variés que nombreux, issus de systèmes juridiques différents et que le CICR considère comme réglementant de façon générale la prohibition de la torture.

[805] V. MARMIN, S., Les organes de contrôle du droit international des droits de l'Homme et le droit international humanitaire, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2012, pp. 818-819. V. TIGROUDJA, H., « Droit international des droits de l'Homme, droit international humanitaire, droit international pénal, vers une confusion des branches? », in AKANDJI-KOMBÉ, J.-F. (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1465-1487.

B. Le droit international des droits de l'Homme et le droit international humanitaire dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine

246. Les premiers arrêts de la Cour IADH relatifs à des situations de conflits armés internes ne se réfèrent pas explicitement au DIH, la Cour faisant simplement usage du langage du DIH afin d'identifier les acteurs du conflit armé et les situations de fait portant atteintes aux droit protégés par la Convention américaine dans ce contexte[806], s'y référant ainsi de manière implicite[807]. Dans l'affaire *Las Palmeras c. Colombie* jugée le 4 février 2000[808], la Cour interaméricaine avait utilisé de manière explicite le DIH selon les suggestions de la plainte de la Commission interaméricaine qui affirmait, depuis plusieurs années, sa propre compétence pour appliquer directement le DIH [809] . Dans cette affaire relative aux exécutions extrajudiciaires à l'encontre de plusieurs personnes commises par la police nationale et l'armée colombienne, la Commission demandait à la Cour de reconnaître la violation de l'article 4 de la Convention américaine relatif au droit à la vie ainsi que la violation de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949. Cependant, la Cour avait estimé qu'elle avait compétence pour « déterminer la compatibilité des actes ou des normes des États avec la seule Convention et non avec les Conventions de Genève », refusant ainsi d'appliquer le droit international humanitaire en se déclarant compétente seulement pour interpréter la Convention américaine à la lumière de celui-ci[810]. Néanmoins, cette affaire a marqué un tournant dans la jurisprudence de la Cour[811], cette dernière opérant des renvois explicites au

[806] IBÁÑEZ RIVAS, J. M., Le droit international humanitaire au sein de la jurisprudence de la Cour interméricaine des droits de l'Homme, in *La Revue des droits de l'Homme* [en ligne], 11 | 2017, mis en ligne le 23 décembre 2016, consulté le 27 décembre 2018. URL : http://journals.openedition.org/revdh/2799 ; DOI : 10.4000/revdh.2799. V. égal. MARTIN, F., Application du droit international humanitaire par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, in *Revue Internationale de la Croix Rouge*, décembre 2001, vol. 83, n° 844, pp. 1037-1066; SALMON, E., Institutional approach between IHL and IHRL : Current Trends in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, in *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 2014, pp. 152-185.

[807] FLAUSS, J.-F., « Le droit international humanitaire devant les instances de contrôle des conventions européenne et interaméricaine de droits de l'Homme », FLAUSS, J.-F. (dir.), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire. Actes du colloque du 12 avril 2002 organisé par l'Institut d'études de droit international de l'Université de Lausanne*, Némésis/Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 124.

[808] Cour IADH, arrêt, *Case of Las Palmeras v. Colombia* (preliminary exceptions), February 4, 2000, Serie C, n° 67 ; Cour IADH, arrêt, *Case of Las Palmeras v. Colombia* (merits), December 6, 2001, Series C, n° 90; Cour IADH, arrêt, *Case of Las Palmeras v. Colombia* (reparations and costs), November 26, 2002, Series C, n° 96.

[809] CommIADH, 30 septembre 1997, *Arturo Ribón Ávila*, Colombie, affaire n° 11.142, rapport n° 26/97; CommIADH, 18 novembre 1997, *Juan Carlos Abella*, Argentine, affaire n° 11.137, rapport n° 55/97; CommIADH, 16 octobre 1997, *Hugo Bustíos Saavedra*, Pérou, affaire n° 11.137, rapport n° 38/97; CommIADH, 26 février 1999, *Troisième rapport sur la situation des droits de l'Homme en Colombie*, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1.

[810] Cour IADH, arrêt, *Case of Las Palmeras v. Colombia* (preliminary exceptions), February 4, 2000, Serie C, n° 67, § 33.

[811] Particulièrement pour les affaires soumises relatives à la Colombie, au Salvador, au Guatemala et au Pérou qui ont connu des situations de conflits armés non internationaux ; v. V. BURGORGUE-LARSEN, L., UBEDA

DIH soit en tant que complément pour enrichir le contenu et la portée des droits de l'Homme et des obligations générales incombant aux États au regard de la Convention, soit en intégrant le DIH au raisonnement de la décision jusqu'à en tirer des conséquences en termes de responsabilité internationale de l'État en allant dans ce cas précis, au-delà de la simple interprétation[812]. Si les organes internationaux de protection des droits de l'homme sont régis par le principe de spécialité qui restreint leur compétence *ratione materiae* conformément aux dispositions incluses dans les instruments qu'ils sont en charge de protéger, la tendance croissante au dialogue juridictionnel faisant usage de sources externes, témoigne d'une conception de plus en plus élargie à l'égard des corps de normes que ces organes sont en mesure d'incorporer dans leur raisonnement en vue de leur interprétation et dans une moindre mesure de leur application. Les références explicites au DIH s'inscrivent dans cette tendance. Néanmoins, la condition première pour l'incorporation du DIH est le constat de fondements factuels témoignant de l'existence d'un conflit armé au moment des actes constituant des violations à l'égard de l'instrument de protection des droits de l'Homme. Le silence de l'État ou l'absence de contestation quant à l'existence alléguée d'un conflit armé dans le cadre d'une affaire suffisent à la Cour pour les considérer comme des preuves suffisantes. Elle se fie également aux rapports des Commissions-vérité comme un moyen pertinent d'établir les faits de l'affaire et l'existence d'un conflit armé ainsi que la responsabilité internationale de l'État[813]. Ni le préambule ni les articles de la Convention américaine ne contiennent des références expresses au DIH, mais plusieurs dispositions conventionnelles peuvent justifier le renvoi à ce corpus de normes. En effet, il s'agit notamment de l'article 29 relatif aux normes d'interprétation qui habilite la Cour interaméricaine, non seulement à interpréter les dispositions de la Convention à la lumière d'autres instruments internationaux[814], mais aussi si les dispositions de l'ordre interne de l'État et ses agissements sont conformes aux droits et

---

DE TORRES, A., War in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, in *Human Rights Quaterly.*, 2011, pp. 148-174 : v. égal pour des développements historiques dans le cadre du continent américain particulièrement marqué par les régimes dictatoriaux et les conflits armés internes.

[812] IBÁÑEZ RIVAS, J. M., Le droit international humanitaire au sein de la jurisprudence de la Cour interméricaine des droits de l'Homme, préc.

[813] Ibid.

[814] Cour IADH, arrêt, *Case of Rodríguez Vera et autres (The Disappeared from the Palace of Justice) et al. v. Colombia* (preliminary objections, merits, reparations and costs), November 14, 2014, Series C, n° 287, § 39; Cour IADH, avis consultatif, *« Otros Tratados » Objeto de la Funciòn Consultativa de la Corte (art. 64 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme)*, 24 septembre 1982, OC-1/82, série A, n°1. V. l'article 64 relatif à la compétence consultative de la Cour et l'article 27 relatif aux suspensions des garanties prévues par la Convention dans des circonstances exceptionnelles et qui est, par ailleurs, la seule disposition à mentionner le terme de « guerre » et les droits indérogeables dans un tel contexte. V. sur l'interprétation de cet article, Cour IADH, avis consultatif, *Habes Corpus in emergency situations* (Arts. 27.2, 25.1 et 7.6 American Convention on Human Rights), January 30,1987, OC-8/87, Series A, n° 8, § 19.

obligations prévues par la Convention telle qu'interprétée par rapport aux autres traités[815]. Dans la mesure où il existe une convergence entre d'une part, le contenu de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949, et d'autre part, celui de la Convention américaine et d'autres instruments internationaux de protection des droits de l'Homme, en particulier ceux qui ne peuvent faire l'objet de dérogations, la Cour s'estime compétente pour prendre en considération les éléments pertinents du droit de Genève afin d'interpréter les dispositions de la Convention[816]. Néanmoins, elle refuse d'appliquer directement le DIH dans les affaires qui lui sont soumises bien qu'elle affirme la possibilité de constater que les violations des droits de l'Homme protégés par les textes qui rentrent dans sa compétence constituent également des violations d'autres instruments internationaux, comme les Conventions de Genève et plus particulièrement l'article 3 commun [817] . La Cour interaméricaine considère également que l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités constitue le fondement d'une interprétation évolutive de la Convention, notamment à la lumière d'autres instruments internationaux, *a fortiori* lorsque l'État mis en cause a ratifié les traités relatifs au droit international humanitaire[818]. De la même manière que la Cour EDH, la CIJ ou encore le CDH, la Cour IADH considère que le DIDH et le DIH sont deux corpus de normes complémentaires et convergentes, le premier ayant vocation à s'appliquer en temps de paix et en temps de guerre alors que le deuxième est celui qui s'applique seulement en temps de conflit, son statut de *lex specialis* n'entravant pas l'application des normes de protection

[815] Cour IADH, arrêt, *Case of Las Palmeras v. Colombia* (preliminary exceptions), February 4, 2000, Serie C, n° 67, § 32.
[816] Cour IADH, arrêt, *Case of Bámaca Velásquez c. Guatemala* (merits), November 25, 2000, Series C, n° 70, § 209 ; Cour IADH, arrêt, *Case of the "Mapiripán Massacre" c. Colombie* (merits, reparations and costs), September 15, 2005, Series C, n° 134, § 114.
[817] Cour IADH, arrêt, *Case of Bámaca Velásquez c. Guatemala* (merits), November 25, 2000, Series C, n° 70, § 208.
[818] Cour IADH, arrêt, *Case of Rodríguez Vera et autres (The Disappeared from the Palace of Justice) et al. v. Colombia* (preliminary objections, merits, reparations and costs), November 14, 2014, Series C, n° 287, § 39: « In the instant case, neither the Commission nor the representatives have asked the Court to declare the State responsible for possible violations of norms of international humanitarian law. In accordance with Article 29(b) of the American Convention and the general rules for the interpretation of treaties contained in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, the American Convention can be interpreted in relation to other international instruments. Starting with the case of Las Palmeras v. Colombia, the Court has indicated that the relevant provisions of the Geneva Conventions may be taken into account as elements for interpreting the American Convention. Therefore, when examining the compatibility with the Convention of a State's actions or norms, the Court may interpret the obligations and the rights contained in this instrument in light of other treaties. In this case, by using international humanitarian law as a norm of interpretation that complements the Convention, the Court is not ranking the different laws, because the applicability and relevance of international humanitarian law in situations of armed conflict is not in doubt. It merely means that the Court may observe the rules of international humanitarian law as a specific law in the matter, in order to apply the norms of the Convention more precisely when defining the scope of the State's obligations. Hence, if necessary, the Court may refer to provisions of international humanitarian law when interpreting the obligations contained in the American Convention in relation to the facts of this case"

des droits de l'Homme même dans ce contexte d'exception[819]. En se référant à la jurisprudence de la CIJ et de la Cour EDH, la Cour interaméricaine a estimé que le contenu de l'article 4 de la Convention relatif au droit à la vie pouvait être complété par les dispositions relevant du DIH particulièrement en ce qui concerne les actes arbitraires se déroulant dans le cadre d'un conflit armé[820]. En plus des garanties imposées par l'article 5 relatif au droit l'intégrité, la Cour considère qu'au regard de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, l'État a l'obligation de protéger la population civile et les personnes qui ne participent plus directement aux hostilités de tout traitement inhumain ou dégradant[821].

247. La Cour rappelle l'interdiction absolue de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants même dans des circonstances exceptionnelles telles que les conflits armés ou les troubles internes, la lutte contre le terrorisme et autres formes de situations d'urgence en se référant non seulement à l'article 3 commun aux Conventions de Genève mais également à d'autres dispositions spécifiques de ces dernières[822]. En se référant aux règles coutumières du DIH établies par le CICR[823], la Cour considère que le droit à la vérité des proches des victimes de disparitions forcées survenues dans le contexte d'un conflit armé, implique la divulgation d'informations que l'État a en sa possession et des enquêtes effectives afin que les crimes ne restent pas impunis, un comportement contraire donnant lieu à la violation de l'intégrité personnelle reconnue aux proches des victimes[824]. Le droit

---

[819] Cour IADH, arrêt, *Case of the Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador* (preliminary exceptions), November 23, 2004, Series C, n° 118, §§ 111-113, §§ 114-116 et § 118. La Cour justifie son interprétation au regard de l'article 27 de la Convention américaine, de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, de l'article 4 du Protocole Additionnel II et de l'article 75 du Protocole Additionnel I. V. égal. Cour IADH, arrêt, *Case of Santo Domingo Massacre v. Colombia* (preliminary objections, merits and reparations), November 30, 2012, Series C, n° 259, § 24 ; Cour IADH, arrêt, *Case of Rodríguez Vera et autres (The Disappeared from the Palace of Justice) et al. v. Colombia* (preliminary objections, merits, reparations and costs), November 14, 2014, Series C, n° 287, § 39.

[820] Cour IADH, Cruz Sánchez et autres c. Pérou, préc., § 272. V. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, § 25 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, §§ 106-113; *Varnava et autres c. Turquie* [GC], n° 16064/90 et 8 autres, § 185, CEDH 2009.

[821] Cour IADH, *Case of Bámaca Velásquez v. Guatemala* (merits), November 25, 2000, Series C, n° 70, § 207; Cour IADH, arrêt, *Case of the "Mapiripán Massacre" c. Colombie* (merits, reparations and costs), September 15, 2005, Series C, n° 134, § 114; Cour IADH, arrêt, *Case of the Massacres of El Mozote and nearby places v. El Salvador* (merits, reparations and costs), October 25, 2012, Series C, n° 252, §§ 148, 153 et 155.

[822] Cour IADH, *J. c. Pérou*, p., § 304, et *Espinoza Gonzáles c. Pérou*, préc., § 141 : « La prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aún en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas ». La Cour renvoie aux articles 49, 52, 87, 89 et 97 de la 3ème Convention; aux articles 40, 51, 95, 96, 100 et 119 de la 4ème Convention; à l'article 75, (2), a), ii) du Protocole Additionnel I et à l'article 4, 2), a), 7) du Protocole Additionnel II.

[823] HENCKAERTS, J.-M., DOSWALD-BECK, L., *Droit international humanitaire coutumier – Volume I : Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 878 p.; v. p. 555, la règle 117 sur l'obligation de rendre des comptes sur le sort des personnes disparues.

[824] Cour IADH, arrêt, Case of *Gudiel Álvarez et al. (Diario Militar) v. Guatemala* (merits, reparations and costs), November 20, 2012, Series C, n° 253, §§ 295-302. V. égal. en ce qui concerne la privation arbitraire de liberté

international humanitaire a également permis à la Cour interaméricaine de préciser les obligations générales des États parties à la Convention codifiées aux articles 1 et 2, notamment en ce qui concerne l'interdiction de lois d'amnistie suite à un conflit armé non international notamment lorsque leur octroi conduirait à une impunité totale et ne serviraient pas un objectif de rétablissement de la paix puisque les États sont tenus de conduire des enquêtes effectives en vue de poursuivre et de punir les responsables de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité tels que définis par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale[825]. L'article 35, 1, f) du Règlement de la Cour interaméricaine prévoit la possibilité pour cette dernière de désigner des experts pouvant intervenir dans le cadre d'une affaire lorsque « l'ordre public interaméricain des droits de l'Homme est particulièrement affecté ». Ainsi, la Cour a eu recours à cette possibilité dans une affaire soulevant des interrogations quant au droit international humanitaire et afin d'évaluer la responsabilité internationale de l'État pour violation du droit à la vie et du droit à l'intégrité, à la lumière des principes de distinction, de proportionnalité et de précaution[826] ou encore lorsqu'il a été question de la convergence et de la complémentarité des normes du DIDH et du DIH et de l'usage de la force dans le contexte d'un conflit armé non international[827]. La Cour IADH a également pu utiliser le droit international humanitaire en l'incorporant dans les mesures de réparation consistant en des garanties de non répétition. Il s'agit, par exemple, des mesures visant à la formation des agents de l'État exerçant des fonctions militaires, administratives ou judiciaires[828] ou encore l'incorporation des normes internationales dans l'ordre juridique

---

en cas de disparition forcée, analysée également par la Cour à la lumière du DIH : Cour IADH, arrêt, *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 26 de Noviembre de 2013, Serie C, n° 274, § 113, § 120; Cour IADH, arrêt, *Case of Rodríguez Vera et autres (The Disappeared from the Palace of Justice) et al. v. Colombia* (preliminary objections, merits, reparations and costs), November 14, 2014, Series C, n° 287, § 402; v. égal. sur les violences, notamment sexuelles, à l'égard des femmes dans les conflits armés : Cour IADH, *Centre Pénitentiaire Miguel Castro Castro c. Pérou* (fond et réparations), 25 novembre 2006, Série C, n° 160, §§ 223-224; *Case of the Massacres of El Mozote and nearby places v. El Salvador* (merits, reparations and costs), October 25, 2012, Series C, n° 252, § 165 ; Cour IADH, arrêt, Case of *Espinoza Gonzáles v. Peru* (preliminary objections, merits, reparations and costs), November 20, 2014, Series C, n° 289, § 226.

[825] V. Cour IADH, arrêt, *Case of the Massacres of El Mozote and nearby places v. El Salvador* (merits, reparations and costs), October 25, 2012, Series C, n° 252, §§ 285-286; Cour IADH, arrêt, *Case of Rodríguez Vera et autres (The Disappeared from the Palace of Justice) et al. v. Colombia* (preliminary objections, merits, reparations and costs), November 14, 2014, Series C, n° 287, § 478, § 496.

[826] Cour IADH, arrêt, *Case of Santo Domingo Massacre v. Colombia* (preliminary objections, merits and reparations), November 30, 2012, Series C, n° 259, v. la Résolution du Président de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme du 5 juin 2012 (Décision de Convocation à l'Audience publique), §§ 22-23 § 26, § 211.

[827] Cour IADH, *Marino López et autres* (*Opération Génesis) v. Colombie*, préc., v. la Résolution du Président de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme du 19 décembre 2012 (Décision de Convocation à l'Audience publique), § 21, §§ 24-30, § 222.

[828] Cour IADH, arrêt, *Case of the "Mapiripán Massacre" v. Colombia* (merits, reparations and costs), September 15, 2005, Series C, n° 134, §§ 316-317 ; Cour IADH, arrêt, *Case of Ituango Massacres v. Colombia* (preliminary objection, merits, reparations and costs), July 1, 2006, Series C, n° 148, § 409; Cour IADH, arrêt, *Case of La*

interne et à la modification du droit interne afin de le rendre conforme aux normes de protection des droits de l'Homme et à celles issues du DIH et d'accroître leur effectivité[829]. Les disparitions forcées constituant des violations à caractère continu, dont les effets ne cessent qu'une fois la vérité entourant les circonstances du crime dévoilées, la Cour a ainsi pu imposer à l'État l'interdiction d'adopter des lois d'amnisties afin de ne pas se soustraire à son obligation d'enquête effective tant que le sort des victimes n'a pas été élucidé[830].

C. Le droit international des droits de l'Homme et le droit international humanitaire dans la jurisprudence de la Cour européenne

248. Le juge Linos-Alexandre Sicilianos a pu identifier cinq grandes étapes dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour à l'égard du DIH[831]. Premièrement, la Cour a traversé une période de réticence à l'égard du droit des conflits armés estimant qu'elle était tenue d'interpréter et d'appliquer les Conventions et les Protocoles additionnels seuls conformément aux limites à sa compétence *ratione materiae* définies à l'article 19 de la Convention européenne définissant la Cour comme une juridiction internationale régie par le principe de spécialité. Deuxièmement, la Cour a assoupli légèrement sa position à l'égard du DIH notamment dans l'affaire *Varnava* relative à une affaire de disparitions forcées en affirmant que :

> « ['article 2 relatif au droit à la vie] doit être être interprété dans la mesure du possible à la lumière des principes du droit international, notamment des règles du droit international humanitaire, qui jouent un rôle indispensable et universellement reconnu dans l'atténuation de la sauvagerie et de l'inhumanité des conflits armés […]. La Grande Chambre souscrit donc au raisonnement de la chambre selon lequel dans une zone de conflit international les États contractants doivent protéger la vie de ceux qui ne sont pas ou plus engagés dans les hostilités, ce qui requiert notamment de fournir une assistance médicale aux blessés. Quant à ceux qui meurent au combat ou succombent à leurs blessures, l'obligation de rendre des comptes implique que leurs corps soient correctement inhumés et que

---

Rochela Massacre c. Colombia (merits, reparations and costs), May 11, 2007, Series C, n° 163, §303 ; Cour IADH, arrêt, *Case of the « Las Dos Erres » Massacre v.. Guatemala* (preliminary objection, merits, reparations and costs), November 24, 2009, Series C, n° 211, §251.

[829] Cour IADH, arrêt, *Case of Bámaca Velásquez c. Guatemala* (reparations and costs), February, 22, 2002, Series C, n° 91, § 85.

[830] Cour IADH, arrêt, *Case of the Massacres of El Mozote and nearby places v. El Salvador* (merits, reparations and costs), October 25, 2012, Series C, n° 252, §§ 296 et 318.

[831] SICILIANOS, L.-A., *L'articulation des droits de l'Homme et du droit international humanitaire dans la jurisprudence de la Cour EDH*, propos dans le cadre d'une Rencontre avec une délégation de la Cour internationale de justice, Strasbourg, 25-26 juin 2015.

> les autorités collectent et communiquent des informations sur l'identité et le sort des intéressés ou autorisent des organes tels que le CICR à le faire »[832].

249. Ainsi, en raison de la convergence entre les droits protégés par la Convention européenne et le droit international humanitaire, ce dernier est utilisé par la Cour afin de renforcer l'interprétation adoptée à l'égard de la Convention. Troisièmement, la Cour a accepté d'opérer un examen incident du droit international humanitaire, en s'y référant en amont, face au principe *nullum crimen sine lege*, l'interprétation du droit des conflits armés étant la condition préalable en vue de l'application de la Convention aux faits de l'espèce[833]. Dans l'affaire *Kononov c. Lettonie*, les juridictions nationales avaient condamné le requérant pour ces crimes de guerre en se fondant sur le droit national qui opérait un renvoi un droit international. La question était de savoir si en 1944, au moment des faits, la notion de crime de guerre était suffisamment claire et précise pour faire partie du droit international coutumier et satisfaire aux exigences du principe de la légalité des délits et de peines. La Cour a rappelé que :

> « [Ce principe codifié à l'article 7 de la Convention européenne] était un élément essentiel de la prééminence du droit, [qui] occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation en cas de guerre ou d'autre danger public. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, condamnations et sanctions arbitraires »[834].

250. Après avoir analysé l'évolution du droit international humanitaire depuis l'adoption du Code Lieber en 1863 jusqu'à l'adoption des Principes de Nuremberg[835], en se référant également à la jurisprudence de la CIJ[836], la Cour en conclut que les poursuites engagées à l'encontre du requérant et sa condamnation sur le fondement du droit international en vigueur au moment des faits, n'étaient pas imprévisibles et ne pouvant entraîner, dès lors, une

---

[832] *Varnava et autres c. Turquie* [GC], n° 16064/90 et 8 autres, § 185, CEDH 2009. V. égal. *Loizidou c. Turquie (fond)*, 18 décembre 1996, § 43 , Recueil des arrêts et décisions 1996-VI. V. *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, §§ 164 et suiv., CEDH 2011: sur la convergence entre les obligations découlant de la Convention et celles découlant du droit international humanitaire en contexte de conflit armé.

[833] SICILIANOS, L.-A., L'articulation des droits de l'Homme et du droit international humanitaire dans la jurisprudence de la Cour EDH, préc., p. 2.

[834] *Kononov c. Lettonie* [GC], n° 36376/04, § 185, CEDH 2010. V. égal. *Korbely c. Hongrie* [GC], n° 9174/02, § 69, CEDH 2008.

[835] Ibid., §§ 200-242.

[836] Ibid., § 203. V. Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996, Recueil CIJ 1996, §§ 74-87 : sur la distinction entre population civile et combattants comme étant un principe cardinal « dans les textes formant le tissu du droit international humanitaire ». V. aussi pour d'autres références à la jurisprudence de la CIJ, § 215 de l'arrêt Kononov.

violation de l'article 7 de la Convention[837]. De manière similaire, dans l'affaire *Korbely c. Hongrie*, le requérant avait été reconnu coupable d'homicide multiple, infraction que les juridictions nationales avaient qualifiée de « crime contre l'humanité » en vertu de l'article 3 commun aux Conventions de Genève[838]. Condamné sur le seul fondement du droit international, le requérant alléguait que l'acte ne constituait pas une infraction en droit interne au regard de l'article 7[839]. La Cour analyse la définition de la notion de crime contre l'humanité en 1956, au moment où les faits ont été commis[840] ainsi que le statut de l'une des victimes afin de savoir si elle pouvait être identifiée comme une personne « ne participant pas directement aux hostilités » au sens de l'article 3 commun[841]. Elle remarque que les juridictions nationales ont simplement cherché à déterminer si les victimes bénéficiaient de la protection offerte par l'article 3 commun aux Conventions de Genève sans vérifier les autres éléments constitutifs du crime contre l'humanité, comme l'attaque massive et systématique contre la population civile ou encore la commission des actes dans le cadre d'une politique étatique[842]. Par ailleurs, la Cour a considéré que les victimes ne relevaient d'aucune des catégories de non-combattants protégés par l'article 3 commun, cette disposition ne pouvant dès lors servir de fondement à une condamnation pour crime contre l'humanité au regard des normes pertinentes du droit international applicables au moment des faits[843]. Dès lors, en l'espèce, elle conclut qu'il y a eu violation du principe de légalité des délits et des peines tel que défini par l'article 7 de la Convention. Ensuite, la Cour a pu prendre en compte le droit international humanitaire invoqué par les parties à l'affaire afin de les écarter en les identifiant comme n'étant pas pertinentes pour la résolution du litige. Il s'agit de l'hypothèse de l'affaire *Sargsyan c. Azerbaïdjan*[844] soulevant des questions à l'égard du droit de propriété dans la mesure où le gouvernement avait interdit à la population civile l'accès au village de Golestan au motif qu'il était habilité à le faire au regard du droit international humanitaire. Après avoir analysé différentes règles relatives notamment aux transferts forcés de populations, aux déportations et autres types de déplacement de la population civile dans le contexte d'un

[837] Kononov, §§ 243-244. V. DECAUX, E., De l'imprévisibilité de la jurisprudence européenne en matière de droit humanitaire : Cour européenne des droits de l'Homme (Gde Ch.), Kononov c. Lettonie, 17 mai 2010, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme.*, 2011, pp. 343-357.
[838] *Korbely c. Hongrie* [GC], n° 9174/02, § 74, CEDH 2008.
[839] Ibid., §§ 76-77.
[840] Ibid., §§ 78-85.
[841] Ibid., §§ 86-94.
[842] Ibid., §§ 84-85.
[843] Ibid., § 94.
[844] *Sargsyan c. Azerbaïdjan* [GC], n° 40167/06, CEDH 2015.

conflit armé, la Cour conclut que le droit international humanitaire n'était pas pertinent pour la résolution du litige[845].

251. Enfin, la Cour a accepté d'appliquer directement le droit international humanitaire dans l'arrêt *Hassan c. Royaume-Uni*[846] qui marque une évolution, voire un revirement dans la jurisprudence européenne notamment lorsqu'il existe une divergence entre les normes relatives aux droits de l'Homme et celles découlant du droit des conflits armés. Dans l'affaire *Hassan*, le frère du requérant avait été arrêté en Irak par les forces armées britanniques et mis en détention dans la prison de Camp Bucca. Il avait été libéré peu de temps après et retrouvé décédé quelques mois plus tard dans des circonstances inexpliquées[847]. Puisque l'article 5 § 1 de la Convention énumère des catégories limitativement énumérées dans lesquelles il peut être porté atteinte au droit à la liberté et à la sûreté, la détention de Monsieur Hassan ne correspondait à aucune d'entre elles, apparaissant ainsi être en violation de cet article[848]. Néanmoins, les autorités britanniques alléguaient que l'arrestation et la détention du frère du requérant découlaient des pouvoirs qui leur étaient conférés par les 3ème et 4ème Conventions de Genève. La Cour mentionne les dispositions pertinentes des dites Conventions[849] ainsi que l'article 31 de la CVDT relatif aux règles générales d'interprétation[850]. Ensuite, elle prend appui sur la jurisprudence de la CIJ relative aux liens réciproques qu'entretiennent le DIDH et le DIH. Tout d'abord, dans l'avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi nucléaires*, la CIJ avait affirmé :

> « [L]a protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est par l'effet de l'article 4 du pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument. Le respect du droit à la vie ne constitue cependant pas une prescription à laquelle il peut être dérogé. En principe, le droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie vaut aussi pendant des hostilités. C'est

[845] Ibid., § 232.
[846] *Hassan c. Royaume-Uni* [GC], n° 29750/09, CEDH 2014.
[847] Ibid., §§ 9-29.
[848] V. art. 5 de la Convention européenne relatif au droit à la liberté et à la sûreté : « 1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ; b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ; c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ; d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ; e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ; f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ».
[849] *Hassan c. Royaume-Uni* [GC], n° 29750/09, § 33, CEDH 2014.
[850] Ibid., § 34.

toutefois, en pareil cas, à la lex specialis applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte »[851].

252. Dans l'avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien*, la Cour avait ajouté que :

« Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'Homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'Homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international. Pour répondre à la question qui lui est posée, la Cour aura en l'espèce à prendre en considération les deux branches du droit international précitées, à savoir les droits de l'Homme et, en tant que lex specialis, le droit international humanitaire »[852].

253. La Cour a confirmé sa jurisprudence dans l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo*, en rappelant ses précédentes conclusions ainsi que « [l]es instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme étaient applicables 'aux actes d'un État agissant dans l'exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire', particulièrement dans les territoires occupés »[853], puisque l'affaire était relative à une situation d'occupation militaire et à l'applicabilité des règles et principes du droit international relatif aux droits de l'Homme et du droit international humanitaire pertinents. Dans l'affaire *Hassan*, la Cour EDH constate que l'article 4 du PIDCP et l'article 15 de la CEDH contiennent des clauses dérogatoires similaires qui s'appliquent dans des circonstances exceptionnelles. Néanmoins, les autorités britanniques n'ont pas formulé, en l'espèce, une demande de dérogation aux droits garantis par la Convention afin de pouvoir appliquer exclusivement les Conventions de Genève. La Cour constate qu'il n'y a pas eu d'accord ultérieur entre les États parties à la Convention

[851] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, § 25. V. *Hassan c. Royaume-Uni* [GC], n° 29750/09, § 35, CEDH 2014. V. égal. Rapport du Groupe d'étude de la CDI sur la fragmentation du droit international, 13 avril 2006 (A/CN.4/.L.682), § 104 : sur la nécessaire distinction entre les temps de paix et les temps de conflits armés et sur le droit international humanitaire en tant que *lex specialis* qui ne neutralise pas pour autant l'application du droit international des droits de l'Homme.

[852] *Conséquences juridiques de 1'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.1.J. Recueil 2004, p. 136, § 106. V. *Hassan c. Royaume-Uni* [GC], n° 29750/09, § 36, CEDH 2014.

[853] *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 168, §§ 215-216. V. *Conséquences juridiques de 1'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.1.J. Recueil 2004, §§ 107-113. *Hassan c. Royaume-Uni* [GC], n° 29750/09, § 37, CEDH 2014.

quant à l'interprétation à donner à l'article 5 en cas de conflit armé international. Elle rappelle qu'au regard de l'article 31 § 3, b) de la CVDT, la pratique constante des États parties, ultérieure à la ratification de la Convention permet d'établir leur accord sur l'interprétation à donner au texte conventionnel mais aussi à ses éventuelles modifications[854]. La Cour en conclut que « [l]a pratique des Hautes Parties contractantes est de ne pas notifier de dérogation à leurs obligations découlant de l'article 5 lorsqu'elles incarcèrent des personnes sur la base des troisième et quatrième Conventions de Genève en période de conflit armé international »[855]. Comme elle l'a souligné dans l'affaire *Banković*[856], elle rappelle que plusieurs des États parties ont été impliqués dans des missions militaires en territoire étranger sans émettre de dérogations expresses, ni au titre de l'article 15 de la Convention européenne, ni au regard de l'article 4 du PIDCP en ce qui concerne les détentions pratiquées sur la base des 3ème et 4ème Conventions de Genève dans le contexte de conflits armés internationaux, alors même que la jurisprudence de la CIJ avait établi que les obligations internationales découlant des traités de protection des droits de l'Homme continuaient de s'appliquer en cas de conflit armé international[857]. La Cour EDH, se fondant sur le critère de l'article 31 § 3, c) de la CVDT rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle « la Convention doit être interprétée en harmonie avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie »[858], en affirmant avec force que :

> « [C]ela vaut tout autant pour le droit international humanitaire […] [car] [i]l y a des raisons particulièrement convaincantes d'interpréter la Convention en harmonie avec le droit international humanitaire. Les quatre Conventions de Genève de 1949, créées pour atténuer les horreurs de la guerre, furent rédigées parallèlement à la Convention européenne des droits de l'Homme et jouissent d'une ratification universelle. Les dispositions des troisième et quatrième Conventions de Genève en matière d'internement, qui sont ici en cause, ont été conçues pour protéger les combattants capturés et les civils représentant une menace pour la sécurité. La Cour a déjà dit que l'article 2 de la Convention 'doit être interprété dans la mesure du possible à la lumière des principes du droit international, notamment des règles du droit international humanitaire, qui jouent un rôle indispensable et universellement reconnu dans l'atténuation de la sauvagerie et de l'inhumanité des conflits armés' […] et elle estime qu'il en va de même pour l'article 5 »[859].

[854] *Hassan c. Royaume-Uni* [GC], n° 29750/09, § 101. CEDH 2014. V. égal. *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, §§ 102-103, série A n° 161; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, § 120, CEDH 2010.
[855] *Hassan c. Royaume-Uni* [GC], n° 29750/09, § 101, CEDH 2014.
[856] *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, § 62, CEDH 2001-XII.
[857] *Hassan c. Royaume-Uni* [GC], n° 29750/09, § 101, CEDH 2014.
[858] Ibid., § 102. V. égal. § 77.
[859] Ibid. V. *Varnava et autres c. Turquie* [GC], n° 16064/90 et 8 autres, § 185, CEDH 2009.

254. Enfin, au regard de la jurisprudence de la CIJ précédemment citée considérant que :

> « [D]ans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'Homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'Homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international [la Cour souligne qu'elle] doit s'attacher à interpréter et appliquer la Convention d'une manière qui soit compatible avec le cadre du droit international ainsi délimité par la Cour internationale de justice »[860].

255. Ainsi, il semblerait que la pratique ultérieure des États consistant à ne pas formuler de dérogations expresses conformément à l'article 15 en cas de conflit armé international ainsi que la jurisprudence de la CIJ ont une autorité interprétative considérable sur la Cour EDH. Cette dernière choisit d'interpréter de façon restrictive la Convention européenne, à la lumière du droit international humanitaire, afin de l'adapter aux circonstances exceptionnelles d'un conflit armé. Alors même que les restrictions au droit à la liberté et à la sûreté sont énumérées de façon exhaustive à l'article 5, la Cour créé artificiellement une nouvelle hypothèse dérogation qui s'impose *de facto*, rajoutant une nouvelle catégorie jurisprudentielle lorsque l'État fait face à un conflit armé international, qu'il n'a pas utilisé la possibilité offerte par l'article 15 et qu'il souhaite ordonner des détentions conformes aux seules Conventions de Genève. La nouveauté jurisprudentielle réside en la validation de la thèse du gouvernement britannique affirmant que « l'absence de dérogation formelle au titre de l'article 15, ne l'empêche pas de tenir compte du contexte et des règles du droit international humanitaire pour interpréter et appliquer l'article 5 en l'espèce »[861]. Elle souligne par ailleurs que :

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

[860] Ibid.
[861] Ibid., § 103.

l'article 5 peut être interprété comme permettant l'exercice de pouvoirs aussi étendus »[862].

256. Enfin, la Cour européenne conclut qu' « une privation de liberté imposée en vertu des pouvoirs conférés par le droit international humanitaire doit être 'régulière' pour qu'il n'y ait pas violation de l'article 5 § 1 [c'est-à-dire] qu'elle doit être conforme aux règles du droit international humanitaire et, surtout, au but fondamental de l'article 5 § 1, qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire »[863]. Dès lors, en ce qui concerne les garanties procédurales « dans le cas d'une détention intervenant lors d'un conflit armé international, l'article 5 §§ 2 et 4 doit être interprété d'une manière qui tienne compte du contexte et des règles du droit international humanitaire applicables »[864]. Cependant, la Cour EDH souligne qu'en dépit de l'absence d'exigence de dérogation formelle, les dispositions de l'article 5 de la Convention ne pourront être interprétées et appliquées à la lumière du droit international humanitaire que si l'État en fait la demande expresse en considérant que la Cour ne peut présumer que l'État a eu l'intention de modifier les engagements au regard du texte conventionnel s'il ne l'indique pas expressément[865]. L'affirmation de la Cour apparaît particulièrement dangeureuse dans la mesure où elle peut ouvrir la « boîte de pandore » dans le contexte d'un conflit armé international qui, en raison de son caractère exceptionnel, autoriserait l'État à moduler son engagement au regard de la Convention, tant qu'il le demande expressément. En l'espèce, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 5 en son intégralité dans la mesure où la capture et la détention de Monsieur Hassan étaient conformes aux articles 4A et 21 de la troisième Convention de Genève et articles 42 et 78 de la quatrième Convention de Genève qui conféraient de tels pouvoirs au Royaume-Uni lors de son intervention en Irak[866]. Le juge Linos-Alexandre Sicilianos considère ainsi que « [s]ans le dire explicitement, la Cour semble accepter l'application du droit international humanitaire en tant que *lex specialis* »[867] même en l'absence de demande de dérogation formelle comme le prévoit l'article 15 de la Convention, tant que l'objectif primordial de protection contre l'arbitraire visé par l'article 5 est atteint et que l'État invoque explicitement le droit international humanitaire dans son

[862] Ibid., § 104.
[863] Ibid., § 105. V. *Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, § 122, Recueil 1998-III; *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, CEDH 2012, § 230. V. égal. *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, §§ 67-74, CEDH 2008. Sur cette affaire, v. GENTILI, G., European Court of Human Rights : An absolute ban on deportation of foreign citizens to countries where torture or ill-treatment is a genuine risk, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, issue 2, April 2010, pp. 311-322.
[864] *Hassan c. Royaume-Uni* [GC], n° 29750/09, § 106, CEDH 2014.
[865] Ibid., § 107.
[866] Ibid., §§ 108-111.
[867] SICILIANOS, L.-A., *L'articulation des droits de l'Homme et du droit international humanitaire dans la jurisprudence de la Cour EDH*, préc., p. 5.

argumetaire. Le juge Sicilianos estime que la Cour EDH revoit à la baisse le standard de protection des droits garantis par la Convention afin de prendre en considération la situation qui découle du contexte d'un conflit armé international dans lequel est impliqué un État partie[868].

257. Parallèlement, dans la jurisprudence *Hassan*, la Cour confirme sa jurisprudence à l'égard des articles 2 et 3 de la Convention européenne respectivement relatifs au droit à la vie et à l'interdiction de la torture et autres formes de mauvais traitements, dont l'application dépasse le strict cadre régional de l' « espace juridique des États parties de la Convention »[869] puisque les obligations découlant de ces articles s'appliquent également en temps de conflits armés[870]. Il s'agit notamment de l'obligation de conduire une enquête officielle et effective en cas d'allégations d'atteinte à la vie et à l'intégrité et la dignité de la personne[871]. Ainsi, les liens réciproques, qu'entretiennent le droit international des droits de l'Homme et le droit international humanitaire soulèvent la problématique des critères de l'application extraterritoriale de la Convention européenne dans ces circonstances exceptionnelles[872]. Cette problématique apparaît centrale en termes de garanties offertes aux victimes d'actes de torture ou de mauvais traitements ayant eu lieu en dehors du territoire national de l'État partie à la Convention. Ce constat est étroitement lié à l'application extraterritoriale des traités internationaux des droits de l'homme en vue de mettre en œuvre les garanties offertes par les systèmes internationaux de protection, aux victimes de torture[873]. Par ailleurs, la justice pénale internationale se caractérise par ses spécificités.

D. L'apport original du système de justice pénale internationale

258. Le droit international qualifié de « postmoderne » a pu être décrit comme étant « doté d'un pouvoir polycentrique qui insensiblement, par l'entrecroisement des jurisprudences, l'influence grandissante des juridictions et les réseaux de relations entre juges, recompose

[868] Ibid. V. *Géorgie c. Russie* (II), req. n° 38263/08 : affaire actuellement pendante à la Cour qui soulèverait des problématiques analogues et dont l'audience sur le fond a eu lieu le 23 mai 2018.
[869] *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, § 80, CEDH 2001-XII.
[870] HERVIEU, N., *La jurisprudence européenne sur les opérations militaires à l'épreuve du feu*, in *La Revue des droits de l'Homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 20 octobre 2014, consulté le 27 décembre 2018. URL : http://journals.openedition.org/revdh/890
[871] *Hassan c. Royaume-Uni* [GC], n° 29750/09, § 62, CEDH 2014.
[872] Ibid., § 74.
[873] V. Partie II. Titre II. Chapitre 2. Section 1: l'application extraterritoriale des traités de protection des droits de l'Homme est essentielle dans le contexte d'exception des conflits armés et surtout lorsque les États parties à ces traités sont impliqués dans des opérations militaires extérieures, en dehors de leur territoire national en alléguant qu'ils n'exercent pas leur juridiction en territoire étranger, pour se soustraire aux obligations qui découlent d'un traité de protection des droits de l'Homme.

l'architecture du monde internationaliste »[874]. Ainsi, face à l'utilisation croissante des références croisées dans la jurisprudence des organes internationaux, la doctrine ne peut que constater l'existence du dialogue des juges[875], en demeurant toutefois libre de l'appréhender tant comme un phénomène négatif que positif. Il est certain que les choses sont facilitées pour la CPI à travers l'article 21 puisque le droit applicable par la Cour doit être interprété de telle façon à être compatible avec « les droits de l'Homme internationalement reconnus » alors même que la Cour a également la possibilité d'appliquer les traités, règles et principes du droit international pertinents pour la résolution du litige[876]. De manière analogue aux catalogues des droits de l'Homme des instruments internationaux, le Statut de Rome énumère des garanties juridiques propres au droit international pénal[877]. Dès lors, la Cour prend en considération la jurisprudence des autres organes internationaux, y compris celle des tribunaux pénaux internationaux dits internationalisés ou mixtes, tels que le Tribunal spécial pour le Sierra Leone (TSSL). Ainsi, dès son premier arrêt contentieux, symbolique et condamnant le phénomène des enfants soldats dans les conflits armés, la Chambre de 1ère instance souligne avoir tenu compte de la jurisprudence du TSSL puisque :

> « [M]ême si les décisions d'autres cours et tribunaux internationaux ne font pas partie du droit directement applicable aux termes de l'article 21 du Statut, le libellé de la disposition du Statut du TSSL qui pénalise la conscription, l'enrôlement et l'utilisation d'enfants de moins de 15 ans est identique à celui de l'article 8-e-vii du Statut de Rome, et les deux dispositions poursuivent de toute évidence le même objectif […] [l]a jurisprudence du TSSL [pouvant] donc aider à l'interprétation des dispositions pertinentes du Statut de Rome »[878].

259. Puisqu'il n'existe pas de juridiction spécialisée dans le domaine du droit international humanitaire, aux côtés des organes internationaux de protection des droits de l'Homme, les juridictions pénales internationales sont investies implicitement de la mission de rendre

---

[874] v. TOURME-JOUANNET, E., « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales. La consolidation d'un tiers pouvoir international? », in RUIZ-FABRI, H., J.-M. SOREL (dir.), Indépendance *et impartialité des juges internationaux*, Paris, Pedone, 2010, p. 278.

[875] KOVACS, P., « Références à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme dans la pratique de la Cour pénale internationale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux. Réciprocité et universalité – Sources et régimes du droit international des droits de l'Homme,* Paris, Pedone, 2017, pp. 245-246.

[876] Art. 21 du Statut de Rome, v. respectivement § 3 et § 1.

[877] KOVACS, P., « Références à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme dans la pratique de la Cour pénale internationale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux. Réciprocité et universalité – Sources et régimes du droit international des droits de l'Homme,* Paris, Pedone, 2017, p. 246.

[878] CPI, Ch. de 1ère instance I, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06-2842-tFRA, p. 301, § 603. KOVACS, P., « Références à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme dans la pratique de la Cour pénale internationale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux. Réciprocité et universalité – Sources et régimes du droit international des droits de l'Homme,* Paris, Pedone, 2017, p. 252.

justiciable le droit des conflits armés à travers la poursuite et la sanction des violations graves du *jus in bello*. Cette mission se superpose justement aux organes de protection des droits de l'Homme qui peuvent être amenés à interpréter le DIH lors d'affaires portant sur des violations des traités de protection des droits de l'Homme, d'où l'intérêt d'une interprétation coordonnée et d'un dialogue pour interpréter de façon cohérente le DIH et non selon un standard multiple en fonction de la juridiction à laquelle on s'adresse. Le seuil de gravité exigé et l'échelle à laquelle sont commises les violations sont plus restrictives dans le domaine du droit international pénal eu égard les circonstances exceptionnelles qui découlent d'un conflit armé non international ou d'un conflit armé international. Par exemple, l'usage du viol en tant qu'arme de guerre exige des violations répétées, commises de façon systématique, à une grande échelle, dirigées contre la population civile. Ainsi, le standard de la preuve sera plus élevé puisque dans ce contexte d'exception impliquant de multiples acteurs sur le théâtre des conflits, il faudra répondre au défi de prouver la responsabilité du supérieur hiérarchique ou le contrôle exercé sur les opérations. Si traditionnellement, le système pénal international est considéré comme étant distinct de celui de protection des droits de l'Homme dans l'ordre juridique international, ils partagent un but commun qui est la protection de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine, *a fortiori* pour le droit international pénal qui envisage les violations graves et massives[879].

260. Au regard de l'article 7, 1) du Statut de la CPI, pour qu'un acte puisse être qualifié de crime contre l'humanité, il doit avoir été « commis dans le cadre d'une attaque généralisée lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque ». Plusieurs actes sont visés par la disposition, parmi lesquels la torture ou le viol aux points f) et g) respectivement[880]. L'article 7, point 2), e) définit la torture comme « le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle ; l'acception de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à

[879] NICAISE, A., La justice pénale internationale, entre modèle westphalien et prétention universaliste, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2012/3, pp. 303-337.

[880] La liste complète des actes visés par l'article 7, § 1 relatif aux crimes contre l'humanité est celle-ci : « a) Meurtre ; b) Extermination ; c) Réduction en esclavage ; d) Déportation ou transfert forcé de population ; e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ; f) Torture ; g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ; h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ; i) Disparitions forcées de personnes ; j) Crime d'apartheid ; k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale ».

ces sanctions ou occasionnées par elles »[881]. Si cette définition a des points communs avec les définitions conventionnelles de la torture, elle n'exige pas un critère de finalité comme la punition ou l'obtention d'aveux, tandis que le critère commis par un agent de l'État ou à l'instigation de celui-ci, est remplacé par la vulnérabilité de la victime, qui se trouve sous la garde ou sous le contrôle de celui qui inflige l'acte. Dans ce contexte, les acteurs non étatiques peuvent être accusés d'actes de torture devant une juridiction pénale internationale[882] comme le démontrent très largement les décisions du TPIY ou du TPIR à l'égard de l'acte de viol comme acte de torture et comme arme de guerre dans le cadre d'un conflit armé. Le TPIY avait souligné par ailleurs dans sa jurisprudence cette différence entre le droit international pénal et le droit international des droits de l'Homme en affirmant que « le droit international coutumier n'exige pas que le crime soit commis par un agent de la fonction publique lorsque la responsabilité pénale d'un individu est mise en cause en dehors du cadre fixé par la Convention relative à la torture »[883].

261. L'article 8, 1) du Statut de Rome définit la compétence de la Cour à l'égard des crimes de guerre, « en particulier lorsque ces crimes s'inscrivent dans le cadre d'un plan ou d'une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle ». La pratique de la torture fait partie intégrante de la définition des crimes de guerre puisque celle-ci vise expressément les infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, notamment « la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques » ainsi que « le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé »[884]. Dans le contexte d'un conflit armé non international, selon l'article 8, c), les actes constitutifs de violations graves à l'article 3 commun aux Conventions de Genève, sont ceux « commis à l'encontre de personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention ou par toute autre cause ». Ces actes incluent « les atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les

[881] Le même article, point 2), a) définit la notion d'« attaque lancée contre une population civile », comme « le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ».

[882] HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H., Traité de droit international des droits de l'Homme, Paris, Pedone, 1ère éd., 2016, p. 861.

[883] TPIY, Ch. D'app., 12 juin 2002, *Le Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, § 148.

[884] V. Article 8, 2, a), ii) et iii) du Statut de Rome.

traitements cruels et la torture » ainsi que « les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants »[885].

262. La prohibition de la torture est ainsi considérée comme un crime contre l'humanité au sens du Statut de Rome de la CPI lorsqu'elle consiste en une attaque généralisée et systématique à large échelle à l'égard de la population civile, en temps de paix ou en temps de guerre. Elle peut également être considérée comme un crime de guerre lorsque le *nexus*, le lien est prouvé entre la commission de l'acte et l'existence du conflit armé**.** Le statut de la prohibition est ainsi double et vise à sanctionner très largement ce type de violations graves. La distinction entre le droit international pénal et les droits de l'Homme à l'égard de la prohibition de la torture résulte de la responsabilité engagée pour les violations commises et des rapports complémentaires qu'ils entretiennent, de la même manière que le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'Homme[886]. Par ailleurs, la CPI ne pourra s'intéresser aux violations massives des prescriptions du Statut de Rome commises à large échelle, que dans la mesure où des poursuites effectives n'ont pas été engagées au niveau national dans l'État compétent, en vertu du principe de complémentarité. *A contrario*, après l'épuisement des voies de recours internes, exigence qui est le reflet du principe de subsidiarité, un organe de protection des droits de l'Homme devra prendre en considération tout recours individuel qui satisfait les conditions de recevabilité même si la violation alléguée consiste en un acte isolé, commis à l'encontre d'une seule personne. Enfin, alors que la juridiction pénale dispose du pouvoir d'initier des enquêtes à travers le Procureur, les organes de protection des droits de l'Homme ne peuvent s'auto-saisir d'une affaire, le recours individuel jouant un rôle central dans le déclenchement de la procédure.

263. La justice pénale internationale témoigne ainsi des liens étroits entre droits de l'Homme et droit international humanitaire. Le TPIY, dans le cadre de la définition de la torture par la référence à la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies contre la torture (1975), à la Convention contre la torture (1984) et la Convention interaméricane sur la torture (1985), a ainsi souligné :

---

[885] V. Article, 8, c), points i) et ii). Le point d) du même article précise que « l'alinéa c) du paragraphe 2 s'applique aux conflits armés ne présentant pas un caractère international et ne s'applique donc pas aux situations de troubles et tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire ». – A commenter et/ou à voir si je laisse la mention ici ou si j'essaye de l'intégrer dans le corps du texte pour montrer que la qualification de crime de guerre nécessite des actes commis dans le contexte d'un conflit armé d'une suffisante intensité ou gravité pour déclencher l'application du droit international humanitaire ; autrement application classique des droits de l'Homme.

[886] CHAUMETTE, A.-L., Le droit international pénal face aux droits de l'Homme, illustration d'un dialogue des juges, in *Annuaire brésilien de droit international*, vol. 16, 2014, pp. 1-32.

> « La rareté des précédents en droit international humanitaire fait que le Tribunal a maintes fois eu recours à des instruments et à des pratiques qui ont vu le jour dans le domaine des droits de l'Homme. En raison des points communs à ces deux branches (objectifs, valeurs et terminologie), cette méthode est généralement d'une aide appréciable voire nécessaire pour déterminer l'état du droit international coutumier en matière humanitaire. On peut en effet considérer que, sur certains points, le droit international humanitaire a fusionné avec la branche du droit touchant les droits de l'Homme »[887].

264. En effet, la jurisprudence dans le domaine du droit international humanitaire s'est construite par la référence aux normes du droit international des droits de l'Homme, afin de pouvoir définir les crimes internationaux ainsi que des principes généraux applicables dans le domaine du droit international pénal. Le TPIY a eu recours dans ses décisions quasi-systématiquement aux sources externes, mais également le TPIR dans une moindre mesure. Ainsi, le reflet de cette pratique semble avoir été cristallisé à l'article 21 du Statut de Rome de la CPI puisque la Cour doit prendre en considération les droits de l'Homme tels qu'interprétés dans la pratique internationale.

Section 2. La tendance à l'harmonisation par la construction de valeurs communes

265. La continuité entre les systèmes juridiques de protection ainsi que la complémentarité entre le droit international des droits de l'Homme, le droit international humanitaire et le droit international pénal, contribuent aux interactions entre les organes internationaux de protection. Si la pratique du dialogue juridictionnel est essentiellement spontanée, l'adoption récente de la Déclaration de San José par les Présidents des Cours européenne, interaméricaine et africaine laisse penser à l'émergence future d'un dialogue régional renforcé (§1), tandis que des incertitudes peuvent être soulevées à l'égard d'un dialogue globalisé (§2).

§ 1. Un dialogue régional renforcé à travers la Déclaration de San José

266. Tout d'abord, seront exposés les objectifs de cette Déclaration (A), avant de s'interroger sur ses implications futures (B).

[887] TPIY, Ch. de 1ère inst., 22 février 2001, *Le Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, § 467.

A. Les objectifs de la Déclaration de San José

267. La Déclaration de San José est une Déclaration conjointe des Présidents de la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples, de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme adoptée le 18 juillet 2018 à l'occasion du 40ème anniversaire de l'entrée en viguer de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme et de la création de la Cour interaméricaine. Cette Déclaration est inédite et apporte un élément important au phénomène du dialogue des juges. Il apparaît nécessaire de reproduire son contenu ci-dessous :

> « Les Présidents de la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, réunis à San José, au Costa Rica, le 18 Juillet 2018, à l'occasion de la célébration du 40e anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme et de la création de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme;
> Tenant compte des antécédents de dialogue institutionnel et jurisprudentiel, les efforts conjoints et les travaux entre la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, la Cour Européenne des Droits de l'Homme et la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme qui ont permis le partage des critères conceptuels et juridiques de chacun des tribunaux dans l'intérêt commun**;**
> Célébrant et reconnaissant le 40e anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme et de la création de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme comme une occasion exceptionnelle afin de renforcer le dialogue, la coopération et les liens institutionnels entre les trois tribunaux des droits de l'Homme dans le monde;
> Sont d'accord sur ce qui suit:
> 1. Créer un Forum Permanent du Dialogue Institutionnel entre la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, la Cour Européenne des Droits de l'Homme et la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme;
> 2. Le Forum Permanent s'efforcera de travailler ensemble pour renforcer la protection des droits de l'Homme et l'accès à la justice internationale pour les personnes sous la juridiction des trois tribunaux, contribuer aux efforts des États de renforcer leurs institutions démocratiques et leurs mécanismes de protection des droits de l'Homme, et surmonter les challenges et défis communs pour la validité effective des droits de l'Homme.
> 3. Le Forum Permanent se retrouvera pour les sessions privées et publiques à tour de rôle au siège de chaque Tribunal, aussi souvent que les tribunaux le considèrent nécessaire.Les réunions de travail privées seront des sessions au cours desquelles les trois cours discuteront, entre autres, sur: a) les principaux développements institutionnels, normatifs et jurisprudentiels de chaque Tribunal; b) l'impact, les difficultés et les défis du travail développé par chacun des tribunaux, et c) les mécanismes pour renforcer la coopération entre les tribunaux. Les séances publiques seront des événements visant à diffuser et à partager le dialogue jurisprudentiel entre les trois tribunaux. Le Forum sera en mesure de conclure sa session avec la signature d'une déclaration commune sur les principales avancées

et consensus trouvés lors de chaque réunion ainsi que les mesures concrètes d'adopter pour renforcer le dialogue et le travail commun »[888].

268. Tout d'abord, la Déclaration de San José rappelle que ce sont précisément les antécédents du dialogue institutionnel et jurisprudentiel ainsi que les efforts et travaux conjoints qui ont conduit au partage de critères conceptuels et juridiques de chacun des tribunaux dans l'intérêt commun sans donner des indications particulières sur ce dernier. Cet intérêt commun serait-ce celui de la communauté internationale dans son ensemble, celui de la protection universelle des droits de l'Homme dans chacun de systèmes régionaux ou plutôt à l'échelle globale, celui d'une meilleure interprétation du sens et de la portée des droits ou encore celui permettant d'accroître la légimité de chaque tribunal à travers l'interprétation coordonnée des instruments de protection grâce au dialogue. Le 40ème anniversaire de la Convention américaine et de la Cour interaméricaine est vu comme l'occasion exceptionnnelle de renforcer le dialogue, la coopération et les liens institutionnels entre *les* « trois tribunaux des droits de l'Homme dans le monde ». Les trois Cours régionales semblent considérer avoir la responsabilité première en matière de protection des droits de l'Homme, peut-être même l'exclusivité voire une quelconque primauté interprétative sur les autres organes internationaux qui peuvent être amenés à se prononcer sur des problématiques relatives aux droits de l'Homme sans que cela relève de leur compétence première comme la CIJ ou les juridictions pénales internationales. Se pose également la question du statut des organes des traités des Nations Unies, tels que le Comité des droits de l'Homme et le Comité contre la torture, des autres Comités qui travaillent sur des thématiques diverses et sont en charge de la protection d'autres Conventions spécifiques protégeant les droits de l'Homme. Les organes onusiens seraient-ils seulement des organes facultatifs à compétence limitée qui ne peuvent rendre que des communications individuelles qui ont simplement valeur de recommandations, ne pouvant ainsi s'affirmer comme des tribunaux des droits de l'Homme, alors même qu'ils suivent une démarche interprétative similaire en prenant appui sur le droit pour rendre leurs décisions ? Le rôle des juridictions nationales semble également éclipsé par la désignation des trois Cours régionales comme « les trois tribunaux des droits de l'Homme dans le monde », alors même que l'accès aux juridictions internationales est subordonnée à l'épuisement des voies de recours internes et qu'il est impératif de rendre effectifs les droits

[888] Nous soulignons. La Déclaration de San José est disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.corteidh.or.cr/40aniversario/Declaracion/D%C3%A9claration%20de%20San%20Jos%C3%A9%20FRF%20FINAL%2018.07.18.pdf (dernière consultation : le 6 décembre 2018).

de l'Homme en les protégeant et en garantissant un procès équitable susceptible de redresser les violations alléguées d'abord dans les ordres juridiques internes.

269. La Déclaration a comme objet la création d'un forum permanent du dialogue institutionnel entre les Cours régionales, sans préciser de quelle manière vont participer les Commissions africaine et interaméricaine alors même qu'elles ont vocation à intervenir lorsque les États n'ont pas reconnu la compétence contentieuse des Cours respectives. Ce Forum permanent de dialogue institutionnel a plusieurs objectifs affirmés, à savoir la protection des droits de l'Homme et l'accès à la justice internationale pour les personnes sous la juridiction des trois tribunaux, la contribution aux efforts des États de renforcer leurs institutions démocratiques et leurs mécanismes de protection des droits de l'Homme et enfin, surmonter les challenges et défis communs pour la validité effective des droits de l'Homme. Les modalités d'organisation du Forum permanent suivront des conditions souples puisqu'il sera à chaque fois constitué de sessions privées et publiques alternativement au siège de chaque tribunal, aussi souvent que les tribunaux le considéreront nécessaire. Les réunions privées feront l'objet de thèmes de discussions non-exhaustifs pouvant porter sur les principaux développements institutionnels, normatifs et jurisprudentiels de chaque Tribunal; l'impact, les difficultés et les défis du travail développés par chacun des tribunaux ; ainsi que les mécanismes pour renforcer la coopération entre les tribunaux. Il est important de souligner la possible résurgence de la part de subjectivité inhérente au dialogue, tenant notamment au contexte politique, aux individualités des juges siégeant dans les trois tribunaux et au renouvellement périodique des juges qui pourront orienter et rendre variable le contenu des réunions. Cela témoigne d'une indépendance affirmée des trois tribunaux à l'égard des processus intergouvernementaux en se laissant la liberté de discuter, lors de rencontres privées, de tout sujet relatif aux droits de l'Homme qui leur paraît pertinent. Il est possible de s'interroger s'il y aura, par ailleurs, la mise en place d'un outil de coordination pour afficher une unité lors des séances publiques et la mise en avant de lignes directrices communes. Dans cette hypothèse, les divergences entre les trois tribunaux seront-elles minimisées, feront-elles l'objet d'une tentative de résolution en vue d'une harmonisation ? Seront-elles occultées, ignorées ou simplement prises en considération comme des points de désaccords qui ne peuvent être résolus au moment de la rencontre, au regard des spécificités de chaque système et qui seront remises à une rencontre ultérieure ? Enfin, ces divergences seront-elles dévoilées ou juste mentionnées publiquement ? En effet, la Déclaration mentionne qu'aux côtés des sessions privées, des séances publiques seront également organisées. Il s'agira d'événements de diffusion et de partage du dialogue jurisprudentiel entre les trois tribunaux. Les autres

organes internationaux de protection seront-ils invités, notamment des juges de la CIJ, des membres des organes des traités des Nations Unies, des juges de la CPI ou encore des juges de la CJUE qui entretient des liens étroits avec la Cour EDH du fait que tous les membres du Conseil de l'Europe soient membres de l'UE ?[889] Qu'en est-il par ailleurs des membres de la société civile comme les ONG de défense des droits de l'Homme ou encore d'autres praticiens du droit tels des avocats ou des juges nationaux ? Enfin, la Déclaration précise que chaque session du Forum permanent sera conclue par une déclaration commune relative d'une part, aux principales avancées et consensus trouvés lors de chaque réunion ; d'autre part, aux mesures concrètes à adopter en vue de renforcer le dialogue et le travail commun. Quelles répercussions auront les déclarations communes qui seront adoptées au fur et à mesure des rencontres? Auront-elles un objectif d'harmonisation voire d'uniformisation ou constitueront-elles simplement un guide de bonnes pratiques à destination des juridictions nationales et des autres organes internationaux de protection pour mieux faire connaître la jurisprudence ? Ces incertitudes engendrent plusieurs interrogations à l'égard de la portée future de cette Déclaration.

B. La portée espérée de la Déclaration de San José

270. En dépit de plusieurs zones d'ombre qui seront clarifiées par la pratique, la Déclaration de San José et la création du Forum permanent de dialogue institutionnel entre les trois systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme semblent être le reflet d'une institutionnalisation du dialogue juridictionnel dans un contexte politique délicat à l'échelle mondiale qui tend à la remise en cause de la protection des droits de la personne. Les trois Cours régionales sont confrontées actuellement à un climat de méfiance, voire de défiance à l'égard des droits de l'Homme qui restent toujours à conquérir pour une large part de l'Humanité, ne sont jamais définitivement acquis même dans les États démocratiques et sont remis en cause par le contexte de montée des extrêmismes ainsi que des discours et politiques populistes. La création du Forum pourrait incarner la volonté d'endiguer ce mouvement néfaste en jouant le rôle de rempart par une meilleure coordination de leurs jurisprudences respectives afin de préserver l'objectif d'universalité et d'effectivité des droits de l'Homme. En effet, il est possible d'envisager qu'à terme, les réunions systématiques et régulières entre les juges des trois systèmes régionaux principaux de protection des droits de l'Homme

[889] Exception faite du Royaume-Uni actuellement en processus de retrait de l'Union européenne.

puisque le cadre de l'Asie et du Moyen-Orient ne connaît pas de système semblable pour le moment, aboutiront à une harmonisation des méthodes de travail allant au-delà du dialogue spontané qui existe déjà et ainsi à des interprétations convergentes des droits en des situations analogues face à des problématiques semblables ou communes. Par la répétition et la pratique conduisant à des interprétations consolidées et la diffusion de leurs travaux, ces systèmes régionaux affichent l'ambition d'élargir leur rôle initial qui est d'agir au niveau local, en aspirant à devenir des systèmes globaux, plus inclusifs en s'approchant de l'universalité, mission qui incombe « aux trois tribunaux des droits de l'Homme dans le monde » en charge de l'effectivité de ces systèmes. La Déclaration de San José mettant en place un dialogue renforcé entre les trois Cours régionales de protection des droits de l'Homme, elles-mêmes se désignant comme les trois tribunaux des droits de l'Homme dans le monde, elles tendent à renforcer leur image de « Cours suprêmes » en ce qui a trait à la protection des droits de l'Homme. Le pouvoir interprétatif des organes internationaux sera envisagé par analogie au pouvoir interprétatif des Cours constitutionnelles nationales, qui elles-mêmes organisent des rencontres régulières entre juges constitutionnelles comme en témoignent notamment les événements annuels de l'Association Internationale des juges constitutionnels dans le monde[890]. La Déclaration de San José et les mécanismes qu'elle institue pourraient avoir un impact sur l'interprétation du noyau dur des droits fondamentaux, notamment de la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements qui s'y rattachent. En effet, c'est précisément à l'égard d'une telle interdiction transversale commune à plusieurs systèmes de protection, que des interprétations coordonnées, afin de promouvoir une approche harmonisée, sont nécessaires. Il est possible de se demander si les Déclarations communes adoptées à l'avenir pourront constituer une source d'inspiration pour le CDH, le CCT, la CIJ et la CPI, tout en envisageant la possibilité pour les membres des organes onusiens d'être associés aux rencontres des juges régionaux.

271. L'adoption de la Déclaration de San José traduit une prise de conscience renouvelée à l'égard de la symétrie qui existe entre les systèmes régionaux de protection des droits de la personne dans la mesure où les problèmes juridiques auxquels sont confrontés les organes régionaux sont globaux et transnationaux. La circulation croissante des décisions de justice et l'inspiration mutuelle dont font preuve les juges lorsqu'ils interprétent les instruments régionaux renforcent la tendance d'une mondialisation judiciaire. En effet, le phénomène de globalisation des sources du DIDH signifiant la mise en commun des fondements normatifs

[890] V. Infra, Partie II. Titre II. Chapitre 2.

des droits proclamés à travers l'exercice du pouvoir juridictionnel est le reflet de lacunes et de difficultés partagées entre les systèmes, qui imposent ainsi la recherche de solutions communes. En effet, celles-ci s'imposent dans la perspective d'un renforcement de l'effectivité du droit et de son aptitude à régir des violations complexes, récurrentes et persistantes des droits humains. L'interprétation jurisprudentielle par le dialogue, contribuant à l'interaction constante des sources du DIDH, traduit également la compatibilité des solutions communes trans-systèmes en rendant compte des liens qu'entretiennent les droits proclamés dans les trois systèmes régionaux, a fortiori ceux qui protègent l'intégrité et la dignité de la personne humaine dont il est plus facile de souligner l'impérieuse nécessité de leur respect face aux droits économiques, sociaux et culturels qui sont soumis à débat en fonction du degré d'interventionnisme exigé de l'État. Par ailleurs, la recherche et le partage d'interprétations communes renforcent la dynamique évolutive des droits de l'Homme qui, intrinsèquement, sont appelés à être revisités à l'aune de conditions juridiques et de contraintes socio-culturelles en perpétuel changement. Ainsi, cette Déclaration pourra renforcer le dialogue, favoriser la diffusion des jurisprudences et l'inspiration mutuelle et contribuer, au-delà du rayonnement de la jurisprudence de la Cour EDH, à un renforcement du rayonnement de la jurisprudence des deux autres Cours régionales également, en leur accordant une légitimité nouvelle, renforcée, en renforçant le potentiel persuasif des décisions adoptées dans le cadre régional, en laissant des zones d'ombres quant aux conséquences à l'échelle globale.

§ 2. Les incertitudes à l'égard d'un dialogue globalisé

272. La mise en place de mécanismes de coopération renforcée entre les juridictions régionales de protection des droits de l'Homme questionne le risque de fragmentation de la pratique du dialogue juridictionnel car le caractère à géométrie variable de ce dernier pourrait s'en trouver renforcé (A). Parallèlement, les rapports entre la Cour EDH et la CJUE dans le cadre du continent européen, rappellent les difficultés d'instituer un dialogue des juges formellement institutionnalisé (B).

A. Les risques d'un dialogue concentré à géométrie variable

273. Les organes des traités et la CIJ agissant dans le cadre universel ont toujours été plus hésitants dans l'usage de sources externes afin de ne pas porter atteinte à leur légitimité à l'égard de tous les États de la communauté internationale, États dans lesquels les régimes politiques et le niveau de respect des droits de l'Homme peut varier fortement, allant de l'État de droit à un État dictorial voir un État en déliquescence. Cette situation rend certainement très difficile le pouvoir d'imposer des solutions extensives, universelles, unanimement respectées. Ainsi, les acquis d'un dialogue renforcé entre les trois Cours régionales soulèvent des défis quant à leur diffusion afin de ne pas accroître la disparité dans le niveau de protection des droits et libertés. Un dialogue à double vitesse présente le risque d'une mise en abyme en engendrant une fragmentation jurisprudentielle dans la fragmentation formelle découlant de la coexistence de systèmes pluriels. Ainsi, il pourrait conduire non seulement à un double standard de protection voire à de multiples standards de protection en fonction de l'organe auquel on s'adresse, en lieu et place de standards minimums convergents inhérents au principe d'universalité attaché aux droits de l'Homme. Un dialogue concentré entre les trois systèmes régionaux de protection pourrait engendrer sur le long terme un phénomène de dés-universalisation des droits de la personne par le renforcement de la coordination de leur régionalisation.

274. Il est également intéressant de soulever la question de la prise en considération de la jurisprudence internationale relative aux droits de l'Homme par les juridictions nationales. Seraient-elles davantage tentées par une forme d'autarcie envers les interprétations coordonnées entre les « trois tribunaux des droits de l'Homme dans le monde » ou au contraire, celles-ci bénéficieraient d'une autorité supplémentaire en contribuant à la définition de standards de protection élevée à incorporer dans le droit interne ? Rappelons que la Cour EDH considère qu'il n'incombe pas aux juridictions internationales de se substituer aux juridictions nationales puisque c'est à celles-ci qu'il appartient, au premier chef, d'interpréter les dispositions du droit interne, *a fortiori* lorsque ce dernier renvoie à des dispositions du droit international général ou d'accords internationaux puisque « [l]e rôle de la Cour se limite à vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation »[891].

275. La déclaration de San José interroge les rapports entre juridictions nationales et juridictions internationales notamment au regard de la transposition de l'acquis jurisprudentiel

[891] *Korbely c. Hongrie* [GC], n° 9174/02, § 72, CEDH 2008; *Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, § 54, CEDH 1999-I.

et des interprétations harmonisées dans les ordres juridiques internes. Il est certain que lorsqu'un État est partie à plusieurs instruments de protection donnant compétence à un organe international pour statuer sur des recours directs, comme un organe des traités et une Cour régionale ou deux organes des traités qui seraient compétents pour un même litige, le risque de forum-shopping n'est pas à exclure, mais en même temps rechercher l'interprétation la plus favorable possible bénéficie à l'individu et ne porte pas réellement atteinte à l'unité du droit international dans la mesure où chaque organe appliquera sa propre jurisprudence plus ou moins teintée d'influences externes ou de références explicites à des éléments extrasystémiques. Néanmoins, le risque de fragmentation existe à travers la superposition de plusieurs régimes de protection lorsque le niveau de protection est différent en fonction des individus qui peuvent se prévaloir d'un recours direct devant les juridictions régionales des droits de l'Homme et ceux qui ne peuvent se tourner que vers les comités onusiens dans la mesure où ils ne sont pas ressortissants d'un État membre d'une organisation régionale oeuvrant dans le domaine des droits de l'Homme. Parallèment, un autre type de fragmentation peut émerger lorsque deux juridictions régionales telles que le Conseil de l'Europe et l'Union européenne englobent les mêmes États parties, hypothèse illustrant toutefois la nécessaire autorégulation des rapports juridictionnelles et les difficultés inhérentes à l'institutionnalisation d'un dialogue des juges à l'aune de rapports formels strictement encadrés.

B. L'impossibilité de rapports formellement institutionnalisés entre juridictions internationales ?

276. Si l'UE était initialement une organisation d'intégration régionale essentiellement active dans le domaine économique en vue de l'établissement d'un marché unique créant une « solidarité de fait » entre les États membres, l'union politique était la suite logique et toujours en cours de réalisation aujourd'hui. Même dans le contexte de rapports initiaux exclusivement économiques, les droits fondamentaux ont rapidement été un enjeu dans l'exercice des libertés de circulation, fait duquel CJCE a pris acte sous l'impulsion de la Cour constitutionnelle allemande[892]. Si la Charte des droits fondamentaux de l'UE est entrée en

[892] CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, affaire n° 11-70; CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, affaire n° 4-73; CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili v Ministre de l'intérieur*, affaire 36-75; CJCE, Gde. Ch., 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*,

vigueur seulement avec le Traité de Lisbonne le 1er décembre 2009 et que l'acquis de l'Union en matière de droits fondamentaux a franchi progressivement plusieurs étapes, la volonté d'adhésion de l'UE à la Convention européenne implique de soumettre la CJUE à un contrôle externe de la part de la Cour EDH. Puisque tous les États membres du Conseil de l'Europe sont membres de l'UE, il existe un risque de chevauchements des jurisprudences des deux Cours lorsque celles-ci statuent sur des litiges semblables, c'est précisément en raison de minimiser le risque de voir émerger doubles standards de protection et le risque de fragmentation des obligations à la charge des États que l'Union devait adhérer à la Convention[893].

277. Précisément le problème de superposition des régimes de protection a pu se poser à l'égard de la mise en œuvre du régime de l'asile et l'action des États en matière d'immigration découlant des Règlements Dublin adoptés par l'Union. L'article 4 de la CDFUE prohibe la pratique de la torture en des termes identiques à l'article 3 de la Convention européenne puisqu'il dispose que « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »[894]. L'article 19, § 2 consacre la jurisprudence Soering en disposant que « nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants », que la CJUE interprète de manière conforme à la jurisprudence de la Cour EDH[895].

---

affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P. V. Arrêts *Solange I* et *Solange II* de la Cour constitutionnelle allemande.

[893] En effet, l'article article 6 § 2 du TUE dispose que l'Union adhére à la Convention européenne, mais que cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'UE telles qu'elles résultent des traités.

[894] Sur l'interprétation de cet article, v. par ex. CJUE, Gde. Ch., 6 septembre 2016, *Aleksei Petruhhin*, affaire C-182/15, pts. 51-60, notam. pts. 56-57 : « À cet égard, il convient de se référer à l'article 4 de la Charte qui interdit les peines ou les traitements inhumains ou dégradants et de rappeler que cette interdiction revêt un caractère absolu en tant qu'elle est étroitement liée au respect de la dignité humaine visée à l'article 1er de la Charte (voir arrêt du 5 avril 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, C-404/15 et C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, point 85). […] L'existence de déclarations et l'acceptation de traités internationaux garantissant, en principe, le respect des droits fondamentaux ne suffisent pas, à elles seules, à assurer une protection adéquate contre le risque de mauvais traitements lorsque des sources fiables font état de pratiques des autorités – ou tolérées par celles-ci – manifestement contraires aux principes de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (*Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, § 147, CEDH 2008) ».

[895] Sur l'interprétation de cet article, v. CJUE, 4ème Ch., 17 décembre 2015, *Abdoulaye Amadou Tall c. Centre public d'action de Huy, en présence de : Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile (Fedasil)*, affaire C-239/14, pts. 52-60, notam. pt. 54 : « Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui doit être prise en compte, en application de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, pour interpréter l'article 19, paragraphe 2, de celle-ci, que, lorsqu'un État décide de renvoyer un étranger vers un pays où il existe des motifs sérieux de croire qu'il serait exposé à un risque réel de traitements contraires à l'article 3 de la CEDH, l'effectivité du recours exercé, prévue à l'article 13 de la CEDH, requiert que cet étranger dispose d'un recours suspensif de plein droit contre l'exécution de la mesure permettant son renvoi (voir, notamment, Cour EDH, Gebremedhin c. France, § 67, CEDH 2007-II, ainsi que Hirsi Jamaa et autres c. Italie, § 200, CEDH 2012-II) ». CJUE, Gde. Ch., 18 décembre 2014, Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida, affaire C-562/13, pts. 46-53, notam. pt. 47 : « Il ressort de la jurisprudence de la Cour

278. L'article 52 § 1 encadre la portée des droits garantis puisque d'une part, « toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés », d'autre part, « dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ». Par ailleurs, la marge de la Cour de justice est encadrée par l'article 52 § 3 qui affirme que « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention [bien que] [c]ette disposition [ne fasse] pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». L'article 53 est relatif au niveau de protection accordée par la Charte qui souligne qu'aucune disposition de celle-ci « ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres ». Ainsi, la CDFUE n'institue que des standards minimums que les États peuvent renforcer au regard d'autres obligations internationales afin d'élever le niveau de protection des droits et libertés garantis. Ains, en ce qui concerne la CJUE, la référence au droit de la Convention européenne est la source matérielle principale des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire[896]. Puisque l'article 52 § 3 de la CDFUE introduit une « clause de renvoi » à la Convention en prévoyant que si les mêmes droits sont garantis par les deux textes, ces droits ont le même sens et la même portée que ceux que leur confèrent la Convention européenne et la jurisprudence de la

---

européenne des droits de l'Homme, qui doit être prise en compte, en application de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, pour interpréter l'article 19, paragraphe 2, de celle-ci, que, si les non-nationaux qui sont sous le coup d'une décision permettant leur éloignement ne peuvent en principe revendiquer un droit à rester sur le territoire d'un État afin de continuer à bénéficier de l'assistance et des services médicaux sociaux ou autres fournis par cet État, la décision d'éloigner un étranger atteint d'une maladie physique ou mentale grave vers un pays où les moyens de traiter cette maladie sont inférieurs à ceux disponibles dans ledit État est susceptible de soulever une question sous l'angle de l'article 3 de la CEDH, dans des cas très exceptionnels, lorsque les considérations humanitaires militant contre cet éloignement sont impérieuses (voir, notamment, Cour eur. D. H., arrêt N. c. Royaume-Uni du 27 mai 2008, § 42) ». Affaire mentionnée par la Cour EDH dans l'affaire *Paposhvili c. Belgique* [GC], n° 41738/10, § 122, 13 décembre 2016. Sur l'extradition et l'appréciation des actes de torture et de mauvais traitements faisant mention de la CDFUE : *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni*, n° 24027/07 et 4 autres, §§ 166-179, 10 avril 2012. Dans le même sens, *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni*, n° 9146/07 et 32650/07, 17 janvier 2012.

[896] SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2016, 13ème édition, pp. 140 et suiv., spéc. p. 145.

Cour EDH, ces dernières ayant une priorité d'application à moins que le droit de l'Union offre une protection plus étendue. En effet, l'article 53 institue la « clause de non-recul », dite encore la clause de l'instrument de protection le plus favorable qui devra être appliqué en pratique[897].

279. À cet égard, la Cour EDH a élaboré le mécanisme de la protection équivalente en affirmant une présomption de conformité du droit de l'UE avec la Convention européenne[898]. Toutefois, cette présomption de conformité n'est pas absolue. Dans l'arrêt *M.S.S.* de 2011, la Cour EDH a dénoncé le transfert d'un demandeur d'asile par la Belgique vers la Grèce, transfert en application du système « Dublin ». Si en vertu de ce dernier, l'État d'entrée sur le territoire de l'UE est responsable du traitement de la demande d'asile, en l'espèce, le renvoi vers l'État membre compétent était jugé incompatible avec les articles 3 et 13 de la Convention européenne eu égard les défaillances systémiques de l'État grec dans le cadre de la gestion de la procédure d'asile. Ce transfert était dès lors contraire au droit de ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants et au droit à un recours effectif[899]. A la suite de cette jurisprudence, la même année, la CJUE a adopté la même position que la Cour EDH en estimant que les États membres de l'Union devaient suspendre tout tranfert d'un demandeur d'asile lors qu'il existait des motifs sérieux et avérés de croire que l'individu serait à un risque réel d'être soumis à des mauvais traitements contraires à l'article 4 de la CDFUE[900]. La Cour européenne, à son tour, a évoqué la jurisprudence de la CJUE dans une décision d'irrecevabilité dans le cadre d'une affaire portant sur le droit européen de l'asile[901]. À la suite de ces arrêts, le règlement « Dublin » a été modifié pour y introduire une « clause de souveraineté » reprenant l'acquis jurisprudentiel, en vertu de laquelle,

> « [L]orsqu'il est impossible de transférer un demandeur vers l'État membre initialement désigné comme responsable parce qu'il y a de sérieuses raisons de croire qu'il existe dans cet État membre des défaillances systémiques dans la procédure d'asile et les conditions d'accueil des demandeurs, qui entrainent un risque de traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 4 de la charte des

[897] Ibid., pp. 159-160.
[898] *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98, CEDH 2005-VI.
[899] *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, CEDH 2011. V. VACHET, M.-S., Proposition de refonte du règlement « Dublin » : quelle efficacité pour quels enjeux?, in *La Revue des Droits de l'Homme* [en ligne], 13 | 2018, mis en ligne le 05 janvier 2018, consulté le 09 novembre 2018, pp. 1-17. URL: http://journals.openedition.org/revdh/3382; DOI : 10.4000/ revdh.3382.
[900] CJUE, Gde. Ch., 21 décembre 2011, *N.S. Secretary of State for the Home Department et M.E. et autres c. Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, affaires C-411/10 et C-493/10.
[901] Décision d'irrecevabilité, *Mohamed Hussein et autres c. Pays-Bas et Italie*, n° 27725/10, 2 avril 2013. V. ZIMMERMANN, N., *« Dublin » et les deux Cours supranationales européennes : échange constructif ou dialogue de sourds?*, Geneva Jean Monnet Working Papers, 04/2016, URL : https://www.ceje.ch/files/2714/6054/2504/Geneva_JMWP_04-Zimmermann.pdf

droits fondamentaux de l'Union européenne, l'État membre procédant à la détermination de l'État membre responsable poursuit l'examen des critères […] afin d'établir si un autre État membre peut être désigné comme responsable »[902].

280. Une « clause discrétionnaire » a également été introduite qui prévoit la faculté pour un État membre d'examiner lui-même une demande d'asile même lorsqu'il n'est pas l'État compétent au regard des critères fixés par le Règlement[903]. Cependant, en dépit de cette révision, ce risque de transferts contraires à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants a une nouvelle fois été dénoncé par la Cour européenne lors du transfert de demandeurs d'asile vers la Grèce, soulignant toutefois que le système Dublin n'était pas en lui-même incompatible avec la Convention européenne, mais qu'il était nécessaire de procéder à une analyse individuelle de chacun des requérants et ne pas procéder à des expulsions collectives indiscriminées[904]. Par ailleurs, la Cour estime qu'une situation de violation généralisée dans l'État de destination n'emporte pas nécessairement une violation de l'article 3 sauf exceptions[905]. Ainsi, dans l'affaire *Tarakhel c. Suisse* concernant le transfert d'un couple afghan avec leurs enfants vers l'Italie, la Cour EDH a souligné l'importance de la

[902] Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil, 26 juin 2013, art. 3 § 2.
[903] Ibid., art. 17.
[904] *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, n° 16643/09, 21 octobre 2014: « 223. À ce dernier propos, le gouvernement italien explique que, dans le système de Dublin, seule la Grèce était compétente pour statuer sur les éventuelles demandes d'asile des requérants, et donc pour procéder à l'évaluation des situations particulières de chacun d'entre eux, telle que requise, justement, par l'article 4 du Protocole no 4. Il estime qu'appliquer l'article 4 du Protocole no 4 au refoulement collectif des requérants de l'Italie vers la Grèce présentement contesté reviendrait à méconnaître cette circonstance particulière de l'espèce. En ce qui concerne l'application des règles de compétence établies par le règlement Dublin II (paragraphes 57-58 ci-dessus), la Cour considère au contraire que, pour établir si la Grèce était effectivement compétente pour se prononcer sur les éventuelles demandes d'asile des requérants, les autorités italiennes auraient dû procéder à une analyse individualisée de la situation de chacun d'entre eux plutôt que les expulser en bloc. Aucune forme d'éloignement collectif et indiscriminé ne saurait être justifiée par référence au système de Dublin, dont l'application doit, dans tous les cas, se faire d'une manière compatible avec la Convention (M.S.S. c. Belgique et Grèce, précité, §§ 338-340). 224. Sans remettre en cause ni le droit dont disposent les États d'établir souverainement leur politique en matière d'immigration, éventuellement dans le cadre de la coopération bilatérale, ni les obligations découlant de leur appartenance à l'Union européenne, la Cour entend souligner que les difficultés qu'ils peuvent rencontrer dans la gestion des flux migratoires ou dans l'accueil des demandeurs d'asile ne sauraient justifier le recours à des pratiques incompatibles avec la Convention ou ses Protocoles (Hirsi Jamaa, précité, § 179) ».
[905] Ibid., § 172 : « […] [E]nprincipe c'est au requérant qu'il appartient de fournir à la Cour des pièces et des éléments de preuve suffisants pour démontrer l'existence de raisons objectives pour lui de craindre d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3 en cas de refoulement ou d'expulsion. À cet égard, elle reconnaît que, compte tenu de la vulnérabilité particulière des demandeurs d'asile, il est souvent nécessaire de leur accorder le bénéfice du doute pour l'appréciation de leurs allégations et des éléments de preuve qu'ils produisent à l'appui de celles-ci. Cependant, lorsque les pièces du dossier offrent des raisons sérieuses de douter de la véridicité des allégations d'un demandeur d'asile, c'est à lui de fournir des justifications satisfaisantes des contradictions apparentes. L'évaluation du risque pour le requérant sur le terrain de l'article 3 doit être faite en ayant égard à la fois à la situation générale dans le pays de destination et aux circonstances propres au cas du requérant. Dans ce cadre, la Cour doit vérifier s'il y a une situation de violence généralisée dans le pays de destination. Toutefois, c'est seulement dans les cas les plus extrêmes qu'une situation de violence généralisée suffit, à elle seule, pour conclure à l'existence d'un risque de mauvais traitements aux termes de l'article 3 en cas d'expulsion (K.A.B. c. Suède, n° 886/11, §§ 70, 73 et 76, 5 septembre 2013) ».

prise en considération de la situation individuelle des requérants avant tout transfert pouvant entraîner une violation de l'article 3 en l'absence de garanties relatives aux conditions d'accueil appropriées pour l'âge des enfants et propres à la préservation de l'unité familiale[906]. Le Comité des droits de l'Homme des Nations a également condamné des États membres de l'UE pour la violation de l'article 7 du PIDCP découlant des transferts de demandeurs d'asile dans le cadre du système « Dublin » eu égard la vulnérabilité particulière des requérants qui étaient des couples accompagnés de leurs enfants et auxquels des garanties favorables d'accueil n'étaient pas assurées[907].

281. L'avis négatif 2/13 de la CJUE quant à l'adhésion de l'UE à la Convention européenne reflète le refus d'une articulation verticale de type hiérarchique des rapports entre l'ordre juridique de l'Union et celui du Conseil de l'Europe. L'avis négatif semble montrer la réticence de la Cour, interprète unique et authentique du droit primaire et dérivé du droit de l'Union, de se soumettre à un contrôle extérieur dont l'exercice serait accordé à la Cour européenne qui pourrait ainsi contraindre la CJUE à adapter ou à modifier ses positions jurisprudentielles sous peine de sanctions de la part d'une autre juridiction supranationale[908]. La Cour de Justice a ainsi souligné la nécessité de préservation des « caractéristiques spécifiques et de l'autonomie du droit de l'Union » et que l'intervention du droit de la Convention européenne ne devait pas avoir pour effet « d'imposer à l'UE et à ses institutions, dans l'exercice de leurs compétences internes, une interprétation déterminée des règles » du droit de l'UE et notamment des règles découlant de la CDFUE[909]. Pour le moment, les deux systèmes demeurent régis par le principe de la protection équivalente des droits[910]. Les rapports complexes entre la juridiction de l'Union européenne et la Cour européenne illustrent les difficultés d'institutionnalisation du dialogue entre ces deux entités supranationales exerçant des compétences concurrentes en agissant dans un cadre commun par rapport aux

---

[906] *Tarakhel c. Suisse* [GC], n° 29217/12, §§ 97-99, CEDH 2014 (extraits).

[907] CDH, *Abdilafir Abubakar Ali et Mayul Ali Mohamad c. Danemark*, communication n° 2409/2014, 16 juin 2016: renvoi d'un couple de ressortissants somaliens accompagnés de leurs enfants vers l'Italie; CDH, *Ms Obah Hussein Ahmed c. Danemark*, communication n° 2379/2014, 22 septembre 2016 : transfert d'un couple de ressortissants syriens accompagnés de leurs enfants vers la Bulgarie.

[908] V. par. ex. JACQUÉ, J.-P., Pride and/or prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la cour de justice, in *Cahiers de droit européen*, vol. 51, n° 1, 2015, pp. 19-45.

[909] CJUE, Ass. Plén., 18 décembre 2014, Avis 2/13, *Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE - Projet d'accord international - Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales - Compatibilité dudit projet avec le Traité sur l'Union européenne et le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, pts. 183 et 186. V. également, CJCE, 28 mars 1996, avis 2/94 (premier avis quant à l'adhésion de l'UE à la Convention européenne), pts. 34-35.

[910] SUDRE, F., Droit européen et international des droits de l'Homme, Paris, PUF, 2016, 13ème édition, p. 163. V. DELAS, O, « L'Union européenne et la crise des migrants : crise des migrants ou crise de la politique d'immigration de l'Union européenne? », in *Réciprocité et universalité : Sources et régimes du droit international des droits de l'Homme. Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux*, Paris, Pedone, 2017, pp. 811-840.

États membres. Ainsi, il semblerait que le dialogue juridictionnel soit avant tout une pratique judiciaire spontanée, à l'initiative des juges tendant vers une autorégulation réciproque en vue de l'adoption de jurisprudences cohérentes. En effet, de l'étude de la jurisprudence internationale se dégagent des principes communs aux différents systèmes juridiques en matière de protection des droits de l'Homme, qui découlent directement de l'interprétation jurisprudentielle et qui contribuent à la définition d'une hiérarchie normative matérielle dans l'ordre juridique international.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

282. La nature particulière des traités internationaux de protection des droits de l'Homme découle de l'objectif de protection des droits et libertés de l'individu que l'État doit garantir pour se conformer à ses obligations internationales. Néanmoins, les cadres régionaux se différencient du cadre universel en raison de leur caractère plus homogène, face à l'hétérogénéité des Nations Unies. Parallèlement, qu'il s'agisse des organes des traités onusiens ou de la CIJ au niveau universel, des juridictions régionales de protection des droits de l'Homme ou des juridictions pénales internationales, tous sont unanimes quant aux rapports qu'entretiennent le droit international des droits de l'Homme et le droit international humanitaire. Leur complémentarité ayant été recconue par la jurisprudence ainsi que leur applicabilité conjointe en temps de conflit armé, un rapprochement s'opère entre ces corps de règles ayant vocation à régir des situations distinctes. Par ailleurs, au-delà des organes de protection des droits de l'Homme, la particularité du système de justice pénale internationale sera la mise en œuvre de la responsabilité pénale individuelle, en vue de sanctionner les violations graves du droit international, en offrant ainsi la possibilité d'une sanction du droit international humanitaire en quête ainsi d'une plus grande effectivité. Ainsi, l'universalisme s'affirme à travers les interactions et les similitudes entre les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme qui visent à garantir l'intégrité et la dignité de la personne humaine, soit en temps de paix, soit en temps de guerre, tandis que le pluralisme découle de la diversité des organes internationaux de protection qui opèrent dans le cadre universel et qui exercent des fonctions distinctes en pouvant mettre en cause soit la responsabilité internationale de l'État, soit la responsabilité pénale individuelle. Le dialogue jurisprudentiel et l'inspiration mutuelle entre les organes de protection contribuent à une plus grande cohérence dans la mosaïque de protection des droits de l'Homme dans l'ordre juridique international. L'adoption récente de la Déclaration de San José traduit la volonté d'un dialogue renforcé au niveau des trois Cours régionales de protection des droits de l'Homme, bien que cela soulève des incertitudes quant à l'avenir d'un dialogue globalisé de la même intensité.

Chapitre 2. La convergence jurisprudentielle, reflet de la concrétisation d'une hiérarchisation normative matérielle

283. Les positions jurisprudentielles communes à l'égard des normes impératives du droit international contribuent à mieux définir les contours du *jus cogens* (Section 1). Ce dernier semble jouer incontestablement un rôle dans la détermination d'un ordre public international qui a vocation à limiter le volontarisme étatique grâce à une forme d'objectivisme jurisprudentiel qui tend à un renforcement de la protection des droits (Section 2).

Section 1. Les positions jurisprudentielles communes à l'égard des normes impératives du droit international

284. Tout d'abord, compte tenu du statut contesté des normes impératives dans l'ordre juridique international, il est nécessaire de voir en quoi cette notion revêt un caractère multidimensionnel (§1). Ensuite, la portée indérogeable de la prohibition de la torture en tant que norme impérative sera questionnée (§ 2).

§ 1. Le caractère multidimensionnel des normes du jus cogens

285. Les références aux normes impératives dans la jurisprudence internationale témoignent de la détermination d'un noyau dur de droits fondamentaux qui s'y rattachent (A), ce constat ne permettant pas toutefois d'élucider les zones d'ombre qui entourent notamment la portée des normes impératives quant à leurs conséquences juridiques (B).

A. Les références au *jus cogens* dans la jurisprudence internationale

286. Il est incontestable aujourd'hui que la prohibition de la torture relève du *jus cogens* conformément à la jurisprudence internationale unanime sur cette question[911]. Néanmoins, ce

[911] V. Supra. Partie I. Titre I. Chapitre 1. V. égal. pour rappel : *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 61, CEDH 2001-XI; Cour IADH, arrêt, *Case of Maritzia Urrutia v. Guatemala* (merits, reparations and costs), November 27, 2003, Series C, n° 103, § 92; TPIY, Ch. de 1ère instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, §§ 153-154; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 6, § 64; *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide*, exceptions préliminaires, Recueil C.I.J 1996 p. 595; *Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo v. Belgique)*, arrêt, Recueil C.I.J 2002, p. 3, §§ 51-52. CommADHP, 6 novembre 2000, *Huri-Laws c. Nigeria*, communication n° 225/98, § 41.

n'est pas la seule règle internationale ayant acquis le statut de norme impérative, la pratique jurisprudentielle ayant affirmé l'existence d'autres normes d'importance fondamentale pour la communauté internationale et le respect de la prééminence du droit. S'il est vrai que la Déclaration universelle affirme que tous les droits de l'Homme sont indivisibles et interdépendants, il semblerait que le *jus cogens* remplit une fonction de hiérarchisation *de facto* dans l'entreprise de réalisation de l'universalité et de l'idéal de justice internationale. En effet, le noyau dur des droits fondamentaux contribue à définir des limites à l'action des États, des limites qui ne devraient jamais être franchies sans porter atteinte à l'intégrité et à la dignité de la personne humaine. Par ailleurs, si l'article 53 de la CVDT ne donne aucun exemple de ce qu'est une norme impérative, la jurisprudence internationale a fortement contribué à la définition d'un corpus de normes de références qui, selon les systèmes et les organes de protection, universels ou régionaux, renvoient à différentes catégories de droits.

287. Le TPIY a été le premier tribunal international à consacrer explicitement la prohibition de la torture comme une norme impérative[912], mais dans le domaine du droit international pénal et humanitaire, d'autres règles sont désignées comme étant impératives. Le Tribunal considère que la Convention pour la prévention et la répression du génocide constitue l'un des instruments internationaux des droits de l'Homme les plus largement acceptés par la communauté internationale, relevant ainsi du droit international coutumier, en se référant à la jurisprudence de la CIJ qui, dès 1951, avait désigné le crime de génocide comme une norme du *jus cogens* en raison de son extrême gravité[913]. Le Tribunal n'a pas hésité à désigner « la plupart des normes du droit international humanitaire, notamment celles qui prohibent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide […] [comme] des normes impératives du droit international ou *jus cogens*, c'est-à-dire qu'elles sont impérieuses et qu'on ne saurait y déroger », en se référant à la jurisprudence *Furundzija* ainsi qu'à l'Observation générale n° 24 du Comité des droits de l'Homme relative aux réserves

[912] V. égal. TPIY, Ch. de 1ère inst., 16 novembre 1998, *Le Procureur v. Delalic, Mucic, Delic et Landzo*, §§ 452-454; TPIY, Ch. de 1ère inst., 22 février 2001, *Le Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, § 466.

[913] TPIY, Ch. de 1ère inst., 14 décembre 1999, *Le Procureur v. Goran Jelisić*, IT-95-10, § 60. V. *Réserves à la Convention sur le génocide*, Avis consultatif : C.I.J. Recueil 1951, p. 23 : « un crime de 'droit des gens' impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies [...]. Cette conception entraîne une première conséquence : les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel. Une deuxième conséquence est le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire 'pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux' (préambule de la Convention). V. égal. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3., §§ 33-34; TPIY, Ch. de 1ère inst., 2 août 2001, *Le Procureur v. Radislav Krstic*, IT-98-33, § 541.

formulées lors de la ratification du Pacte ou de ses Protocoles[914]. Le TPIY a également affirmé que l'interdiction générale des attaques contre des civils définie par le droit international humanitaire est une norme impérative du droit international coutumier, sans toutefois se prononcer sur l'appartenance au *jus cogens* de l'interdiction particulière intégrée dans l'interdiction générale qui est de ne pas répandre la terreur parmi la population, mais le tribunal souligne qu'elle protège les mêmes valeurs[915].

288. Dans le système interaméricain, la jurisprudence à l'égard du *jus cogens* mérite une attention particulière[916] puisque ce corps de règles est beaucoup plus diversifié en comparaison avec la jurisprudence de la Cour européenne. Tout d'abord, l'interdiction de la discrimination raciale dans le domaine de la protection des droits de l'Homme est un principe fondamental pour la Cour interaméricaine, cette interdiction étant une norme impérative[917]. Ce principe découle directement du principe d'égalité devant la loi qui s'impose aux agissements de l'État dans tous les domaines puisque la Cour souligne que :

> « In particular, when referring to the obligation to respect and ensure human rights, regardless of which of those rights are recognized by each State in domestic or international norms, the Court considers it clear that all States, as members of the international community, must comply with these obligations without any discrimination; this is intrinsically related to the right to equal protection before the law, which, in turn, derives "directly from the oneness of the human family and is linked to the essential dignity of the individual." The principle of equality before the law and non-discrimination permeates every act of the powers of the State, in all their manifestations, related to respecting and ensuring human rights. Indeed, this principle may be considered peremptory under general international law, in asmuch as it applies to all States, whether or not they

---

[914] TPIY, Ch. de 1ère inst., 14 janvier 2000, *Le Procureur v. Zoran Kupreskic et al*., IT-95-16, § 520. V. CDH, *Observation générale n° 24*, Questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou des Protocoles y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte, 4 novembre 1994. V. égal. TPIY, Ch. d'App., 20 février 2001, *Le Procureur v. Delalic, Mucic, Delic et Landzo*, IT-96-21, § 143 : « Il est indéniable que l'article 3 commun, qui constitue un corps minimal de règles impératives, rend compte des principes humanitaires fondamentaux qui sous-tendent le droit international humanitaire dans son ensemble, et sur lesquels se fondent les Conventions de Genève dans leur intégralité. Ces principes, dont l'objet est le respect de la dignité de la personne humaine, ont évolué suite à des siècles marqués par la guerre, et faisaient déjà partie du droit international coutumier lors de l'adoption des Conventions de Genève puisqu'ils correspondent aux principes humanitaires les plus universellement reconnus »; § 172 : « Quand on sait que la majorité des conflits dans le monde contemporain est interne, se fonder sur la nature différente des conflits pour maintenir une distinction entre les deux régimes juridiques et leurs conséquences sur le plan pénal pour des actes d'un même degré d'atrocité reviendrait à ignorer l'objet même des Conventions de Genève, qui est de protéger la dignité de la personne humaine. […] La Chambre d'appel relève également qu'en matière de droits de l'Homme, toute violation aussi grave qu'une violation de *jus cogens*, la torture par exemple, peut constituer un crime sanctionné par le droit international ».

[915] TPIY, Ch. de 1ère instance, 5 décembre 2003, *Le Procureur c. Stanislas Galić*, IT-98-29, § 98.

[916] De manière générale sur cette question, v. HANSBURY, E., *Le juge interaméricain et le jus cogens*, Genève, Graduate Institute Publications, Collection eCahiers de l'Institut, 2011.

[917] Cour IADH, avis consultatif, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants, requested by the United Mexican States*, September 17, 2003, OC-18/03, Series A, n° 18, § 47.

are party to a specific international treaty, and gives rise to effects with regard to third parties, including individuals. This implies that the State, both internationally and in its domestic legal system, and by means of the acts of any of its powers or of third parties who act under its tolerance, acquiescence or negligence, cannot behave in a way that is contrary to the principle of equality and non-discrimination, to the detriment of a determined group of persons »[918].

289. La Cour IADH va encore plus loin en affirmant que:

« [T]he principle of equality before the law, equal protection before the law and non-discrimination belongs to *jus cogens*, because the whole legal structure of national and international public order rests on it and it is a fundamental principle that permeates all laws. Nowadays, no legal act that is in conflict with this fundamental principle is acceptable, and discriminatory treatment of any person, owing to gender, race, color, language, religion or belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, nationality, age, economic situation, property, civil status, birth or any other status is unacceptable. This principle (equality and non-discrimination) forms part of general international law. At the existing stage of the development of international law, the fundamental principle of equality and non-discrimination has entered the realm of *jus cogens* »[919].

290. De ce constat, découle pour les États l'obligation d'instituer des moyens de recours effectifs et de garantir l'accès à un tribunal impartial et indépendant en cas de violations des droits de l'Homme, autrement l'absence de telles mesures constitue en elle-même une violation de la Convention américaine[920]. Ainsi, cette obligation générale de respect et de garantie de l'exercice des droits a un caractère *erga omnes* et doit bénéficier à toutes les personnes protégées relevant de la juridiction des États parties, indépendamment de leur statut migratoire dans la mesure où cette obligation englobe tous les droits garantis non seulement par la Convention américaine mais également par le PIDCP, y compris le droit d'avoir accés à des garanties judiciaires afin de préserver le droit d'accès à la justice pour toutes les personnes qui renvoie directement au droit à avoir une protection juridictionnelle effective[921].

[918] Ibid., § 100.
[919] Ibid., § 101, nous soulignons.
[920] Ibid., § 108: « In this respect, the Inter-American Court has indicated that: […] the absence of an effective remedy to violations of the rights recognized by the Convention is itself a violation of the Convention by the State Party in which the remedy is lacking. In that sense, it should be emphasized that, for such a remedy to exist, it is not sufficient that it be provided for by the Constitution or by law or that it be formally recognized, but rather it must be truly effective in establishing whether there has been a violation of human rights and in providing redress. A remedy which proves illusory because of the general conditions prevailing in the country, or even in the particular circumstances of a given case, cannot be considered effective. That could be the case, for example, when practice has shown its ineffectiveness: when the Judicial Power lacks the necessary independence to render impartial decisions or the means to carry out its judgments; or in any other situation that constitutes a denial of justice, as when there is an unjustified delay in the decision; or when, for any reason, the alleged victim is denied access to a judicial remedy ».
[921] Ibid, § 109: « This general obligation to respect and ensure the exercise of rights has an *erga omnes* character. The obligation is imposed on States to benefit the persons under their respective jurisdictions, irrespective of the

291. En ce qui concerne le droit à la vie, la Commission interaméricaine a fait œuvre jurisprudentielle en considérant que ce droit, « understood as a basic right of human beings enshrined in the American Declaration and in various international instruments of regional and universal scope, has the status of *jus cogens* […] [that, as a] peremptory rule of international law […] cannot be derogable »[922]. La Commission précise par ailleurs ce qu'elle entend par la catégorie de normes impératives qu'elle considère comme étant dérivées « from a higher order of norms established in ancient times and which cannot be contravened by the laws of man or of nations […] described by public law specialists as those which encompass public international order »[923]. Elle adopte ainsi une approche de droit naturel tout en rappelant que ces règles ont été acceptées « either explicitly in a treaty or tacitly by custom, as necessary to protect the public interest of the society of nations or to maintain levels of public morality recognized by them »[924]. De manière semblable, en ce qui a trait à l'interdiction de la peine de mort, la Commission interaméricaine rappelle la nature des normes impératives, avant de conclure qu'il existe une norme internationalement acceptée et relevant du *jus cogens* en ce qui concerne l'interdiction des peines capitales prononcées à l'encontre des mineurs[925]. Si cette affirmation a été contestée dans les opinions dissidentes[926], la

---

migratory status of the protected persons. This obligation encompasses all the rights included in the American Convention and the International Covenant on Civil and Political Rights, including the right to judicial guarantees. In this way, the right of access to justice for all persons is preserved, understood as the right to effective jurisdictional protection ».

[922] CommIADH, 16 octobre 1996, *Case of the Victims of the Tugboat "13 de Marzo" v. Cuba*, Case 11.436, Report n° 47/96, § 79. V. aussi CommIADH, 29 septembre 1999, *Coard et al. c. États-Unis*.

[923] Ibid., § 79 : « Another point that the Inter-American Commission on Human Rights must stress is that the right to life, understood as a basic right of human beings enshrined in the American Declaration and in various international instruments of regional and universal scope, has the status of *jus cogens*. That is, it is a peremptory rule of international law, and, therefore, cannot be derogable. The concept of *jus cogens* is derived from a higher order of norms established in ancient times and which cannot be contravened by the laws of man or of nations. The norms of *jus cogens* have been described by public law specialists as those which encompass public international order. These are the rules that have been accepted, either explicitly in a treaty or tacitly by custom, as necessary to protect the public interest of the society of nations or to maintain levels of public morality recognized by them ».

[924] Ibid., § 79**.**

[925] CommIADH, 27 mars 1997, *Case Roach and Pinkerton v. United States of America*, Case 96-47, Report n° 3/87, §§ 55-56: « The concept of *jus cogens* is derived from ancient law concepts of a "superior order" of legal norms, which the laws of man or nations may not contravene. The norms of *jus cogens* have been described by publicists as comprising "international public policy." They are "rules which have been accepted, either expressly by treaty or tacitly by custom, as being necessary to protect the public interest of the society of States or to maintain the standards of public morality recognized by them." As to whether "the principles and rules concerning the basic rights of the human person" is intended to mean that all codified human rights provisions contained in international treaties are embraced by the concept of *jus cogens* is an issue that is both controversial and beyond the scope of the matter presented for the Commission to decide. 56. The Commission finds that in the member States of the OAS there is recognized a norm of *jus cogens* which prohibits the State execution of children. This norm is accepted by all the States of the inter-American system, including the United States. The response of the U.S. Government to the petition in this case affirms that "[A]ll states, moreover, have juvenile justice systems; none permits its juvenile courts to impose the death penalty ».

[926] V. Opinions dissidentes sous Case of Roach and Pinkerton, op. cit.

Commission a confirmé cette position dans sa jurisprudence ultérieure au regard de la pratique des États et de la ratification de nombreux instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme, qui illustrent une interdiction générale de la peine de mort à l'encontre de personnes ayant moins de 18 ans au moment de la commission de l'infraction, les États-Unis apparaissant isolés à cet égard et ne pouvant dès lors remettre en cause cette norme impérative dans le contexte régional interaméricain[927].

292. Parallèlement, si au regard de la jurisprudence de la Cour interaméricaine, l'interdiction de l'esclavage a également acquis le statut de norme du *jus cogens*[928], le système interaméricain a été particulièrement marqué par le phénomène des disparitions forcées dont l'interdiction est également érigée au rang de norme impérative du droit international. Par ailleurs, la Cour interaméricaine considère les disparitions forcées comme des crimes contre l'humanité lorsqu'elles s'inscrivent dans le cadre d'une politique étatique et d'une attaque généralisée et systématique dirigée à l'encontre de la population civile. C'est ainsi que « [a]s a result, the duty to investigate and eventually conduct trials and impose sanctions becomes particularly compelling and important in view of the seriousness of the crimes committed and the nature of the rights wronged; all the more since the prohibition

[927] CommIADH, 22 octobre 2002, *Michael Domingues v. États-Unis*, Case 12.285, Report n° 62/02, §§ 84-85 : « 84. In the Commission's view, the evidence canvassed above clearly illustrates that by persisting in the practice of executing offenders under age 18, the U.S. stands alone amongst the traditional developed world nations and those of the inter-American system, and has also become increasingly isolated within the entire global community. The overwhelming evidence of global state practice as set out above displays a consistency and generality amongst world states indicating that the world community considers the execution of offenders aged below 18 years at the time of their offence to be inconsistent with prevailing standards of decency. The Commission is therefore of the view that a norm of international customary law has emerged prohibiting the execution of offenders under the age of 18 years at the time of their crime. 85. Moreover, the Commission is satisfied, based upon the information before it, that this rule has been recognized as being of a sufficiently indelible nature to now constitute a norm of *jus cogens*, a development anticipated by the Commission in its Roach and Pinkerton decision. As noted above, nearly every nation state has rejected the imposition of capital punishment to individuals under the age of 18. They have done so through ratification of the ICCPR, U.N. Convention on the Rights of the Child, and the American Convention on Human Rights, treaties in which this proscription is recognized as non-derogable, as well as through corresponding amendments to their domestic laws. The acceptance of this norm crosses political and ideological boundaries and efforts to detract from this standard have been vigorously condemned by members of the international community as impermissible under contemporary human rights standards. Indeed, it may be said that the United States itself, rather than persistently objecting to the standard, has in several significant respects recognized the propriety of this norm by, for example, prescribing the age of 18 as the federal standard for the application of capital punishment and by ratifying the Fourth Geneva Convention without reservation to this standard. On this basis, the Commission considers that the United States is bound by a norm of *jus cogens* not to impose capital punishment on individuals who committed their crimes when they had not yet reached 18 years of age. As a *jus cogens* norm, this proscription binds the community of States, including the United States. The norm cannot be validly derogated from, whether by treaty or by the objection of a state, persistent or otherwise ».

[928] Cour IADH, arrêt, *Case of Aloeboetoe et al. Case v. Suriname* (reparations and costs), September 10, 1993, Series C, n° 15, § 57. Sur cette question, v. DECAUX, E., Les formes contemporaines de l'esclavage, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 336, 2009, pp. 9-197.

against the forced disappearance of people and the corresponding duty to investigate and punish those responsible has become *jus cogens* »[929].

293. Ainsi, pour la Cour IADH, c'est non seulement la prohibition des disparitions forcés qui relève du *jus cogens* mais également l'obligation corollaire de conduire une enquête effective et de punir les responsables de telles violations qui est proportionnelle à la gravité des violations et à la nature des droits violés[930]. Elle souligne par ailleurs la complémentarité, entre la responsabilité internationale de l'État et la responsabilité pénale individuelle de ses agents ou autres individus, comme indispensable afin de lutter contre l'impunité dans ce domaine[931]. Par ailleurs, en ce qui concerne les exécutions extrajudiciaires, les disparitions forcées, la torture et autres graves violations des droits de l'Homme, la Cour considère que « carrying out an investigation *ex officio*, without delay and in a serious, fair, and effective manner is a fundamental element that contributes to the protection of certain rights affected by those situations, such as personal freedom, the right to humane treatment, and life »[932].

---

[929] Cour IADH, arrêt, *Case of La Cantuta v. Peru* (merits, reparations and costs), November 29, 2006, Series C, n° 162, §157.

[930] Cour IADH, *Case of Tiu-Tojin v. Guatemala* (merits, reparations and costs), November 26, 2008, Series C, n° 190, § 91: « However, we should reiterate to the State that the prohibition of the forced disappearance of persons and the related duty to investigate them and, if it were the case, punish those responsible has the nature of *jus cogens*. As such, the forced disappearance of persons cannot be considered a political crime or related to political crimes under any circumstance, to the effect of preventing the criminal persecution of this type of crimes or suppressing the effects of a conviction. Additionally, pursuant with the preamble of the Inter-American Convention on Forced Disappearance, the systematic practice of the forced disappearance of persons constitutes a crime against humanity and, as such, entails the consequences established in the applicable international law ». V. Cour IADH, arrêt, *Case of Goiburú et al. v. Paraguay* (merits, reparations and costs), September 22, 2004, Series C, n° 153, §§ 84 et 131; Cour IADH, arrêt, *Case of La Cantuta v. Peru* (merits, reparations and costs), November 29, 2006, Series C, n° 162, §157.

[931] Cour IADH, *Case of Tiu-Tojin v. Guatemala* (merits, reparations and costs), November 26, 2008, Series C, n° 190, §§ 129-130.

[932] Cour IADH, arrêt, *Case of Rios et al. v. Venezuela* (preliminary objections, merits, reparations and costs), January, 28, 2009, Series C, n° 194, § 283, v. §§ 281-285 : « The Court will refer to an argument presented by the Commission and the representative in order to attribute responsibility to the State for the actions of third parties, related to the fact that it did not effectively investigate the facts nor did it determine, prosecute, and punish those responsible. 282. The general obligation to guarantee the human rights acknowledged in the Convention, included in Article 1(1) can be fulfilled in different ways, based on the specific right the State must guarantee and the specific needs of protection. Therefore, it must be determined if in this case, and in the context in which the alleged facts occurred, the general obligation to guarantee imposed upon the State the duty to effectively investigate those facts as a way of guaranteeing the right to freedom of expression and to humane treatment, and thus avoid that they continue to occur. 283. The investigation of the violation of a specific substantive right may be a way to shelter, protect, or guarantee that right. The obligation to investigate "acquires special intensity and importance based on the gravity of the crimes committed and the nature of the rights infringed," being able to even reach in some cases the nature of *jus cogens*. In cases of extrajudicial killings, forced disappearances, torture, and other grave violations to human rights, the Tribunal has considered that carrying out an investigation ex officio, without delay and in a serious, fair, and effective manner is a fundamental element that contributes to the protection of certain rights affected by those situations, such as personal freedom, the right to humane treatment, and life. It is considered that in those cases impunity will not be eradicated without the determination of the general responsibilities –of the State- and individuals –criminal and of any other nature of its agents or individuals-, which complement each other. Due to the nature and gravity of the facts, even more so if there is a context of systematic violation to human rights, the States are compelled to carry out an investigation with the mentioned characteristics, pursuant with the requirements of the due process.

294. L'obligation d'engager des poursuites et l'obligation d'enquête effective sur les violations des droits protégés par la Convention américaine n'appartiennent pas au domaine du *jus cogens* seulement lorsque sont en cause des disparitions forcées. De la même manière que le droit d'accès au juge est une norme impérative du droit international, il en est de même pour l'obligation de poursuivre les violations graves des normes du *jus cogens* ainsi que d'enquêter sur les allégations de telles transgressions[933]. Cette conception des organes interaméricains à l'égard des normes impératives a conduit non seulement à la mise en place d'un véritablement régime de responsabilité aggravée de l'État en cas de commission d'un crime international mais également à un contrôle de conventionnalité renforcé afin d'encadrer la pratique des juridictions nationales quant au respect des droits affirmés par la Convention américaine[934]. Par ailleurs, la catégorie élargie des normes impératives dans le *corpus juris* interaméricain des droits de l'Homme, aboutit à un questionnement sur le fait de savoir si, eu égard l'universalité affirmée des droits de l'Homme et leurs objectifs, l'ensemble des normes internationales relatives aux droits de la personne pourrait relever ou relève déjà du *jus cogens.*

Non-compliance generates, in those assumptions, the State's international responsibility. 284. The obligation to investigate "not only results from the conventional rules of International Law obligatory for the States Parties, but it also derives from the domestic legislation that refers to the duty to investigate ex officio certain illegal behaviors." Thus, it corresponds to the States Parties to establish, pursuant with the procedures and through the bodies established in its Constitution and its laws which illegal behaviors will be investigated ex officio and regulate the regimen of criminal actions within the domestic procedure, as well as the rules that allow the victims or affected parties to file a complaint or exercise a criminal action and, if this is the case, participate in the investigation and the process. In order to prove that a specific resource, such as a criminal investigation, is adequate it will be necessary to verify that it is suitable to protect the juridical situation that has been allegedly violated. 285. With regard to the freedom of expression, the appropriateness of criminal proceedings as the adequate and effective resource to guarantee it will depend on the act of omission that violated said right.302 If the freedom of expression of a person has been affected by an act that has also violated other rights, such as personal freedom, personal integrity, or life, the criminal investigation may be an adequate resource to protect that situation. Under other circumstances, it is possible that criminal proceedings are not the necessary means to guarantee the due protection of the freedom of expression. The use of criminal proceedings "shall correspond to the need to protect fundamental juridical rights from situations that imply grave damages to those rights, and it must be proportional to the magnitude of the damage caused ».

[933] Cour IADH, arrêt, *Case of Perozo et al. c. Venezuela*, (preliminary objections, merits, reparations and costs), January 28, 2009, Serie C, n° 195, §§ 297-299.

[934] V. Infra.

B. L'indétermination irrésolue des normes impératives dans l'ordre juridique international

295. Il a été affirmé que la valeur impérative devrait être reconnue au droit international des droits de l'Homme pris dans sa globalité. C'est la position exprimée par le Juge Tanaka dans son opinion dissidente jointe à l'affaire du *Sud-Ouest Africain*[935]. Il avait soutenu que :

> « Le problème n'est pas ici d'ordre international, au sens où il intéresserait les États entre eux; il porte sur la validité des droits de l'Homme dans le domaine international, c'est-à-dire sur la question de savoir si un État est tenu de protéger les droits de l'Homme sur le plan international comme il est tenu de le faire sur le plan national. […]
> Les États ne sauraient créer les droits de l'Homme par législation ou par convention; ils ne peuvent qu'en confirmer l'existence et en assurer la protection. Ils n'ont guère, en la matière, qu'un rôle déclaratoire**.** […]
> Lorsqu'un droit existe indépendamment de la volonté des États et que par suite il ne peut être ni aboli ni modifié, pas même par la voie constitutionnelle, parce qu'il est profondément ancré dans la conscience de l'humanité et dans celle de tout Homme raisonnable, on peut l'appeler un droit naturel par opposition au droit positif**.** […]
> On peut en déduire que la garantie des droits de l'Homme et des libertés fondamentales présente une importance supraconstitutionnelle. Si l'on est fondé à introduire en droit international un *jus cogens* (question récemment étudiée par la Commission du droit international), sorte de droit impératif par opposition au jus dispositivum susceptible de modification par voie d'accord entre les États, il n'y a pas de doute que l'on peut considérer le droit relatif à la protection des droits de l'Homme comme relevant du jus cogens. Par interprétation de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut, nous considérons que la notion des droits de l'Homme et de leur protection figure parmi les principes généraux visés par ledit article. […]
> Il est indéniable que certains éléments relevant du droit naturel sont inhérents à l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut. Cette disposition élargit le concept de source du droit international et va au-delà des limites du positivisme juridique d'après lequel, les États n'étant liés que de leur propre gré, le droit international ne peut être que le produit du consentement des États et des restrictions qu'ils s'imposent à eux-mêmes. [Cette disposition] ne précise pas que le consentement des États soit indispensable à la reconnaissance des principes généraux. […] Grâce à cette source, le droit international peut voir sa validité fondée, en dehors de la volonté des États, dans le droit naturel et il revêt en partie l'aspect supranational et suprapositif du droit naturel »[936].

296. Ainsi, à travers l'article 38, 1), c) du Statut de la CIJ qui consacre les principes généraux comme source du droit, une forme d'objectivisme pourrait être opposé au

[935] Opinion dissidente du juge Tanaka, *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, pp. 250-324.
[936] Ibid., pp. 297-298, nous soulignons.

consentement des États à travers la consécration d'un droit naturel revêtant un aspect supranational et suprapositif, la notion de protection des droits de l'Homme faisant partie de la catégorie des principes généraux du droit en tant que norme impérative. D'autres auteurs, ont soutenu qu'au contraire, tous les droits de l'Homme ne pouvaient pas relever de la catégorie des normes impératives dans la mesure où une hiérarchisation de l'ordre juridique international serait impossible en raison de la distinction entre le noyau dur des droits fondamentaux qui englobe par exemple le droit à la vie, l'interdiction de l'esclavage, l'interdiction de la torture et la prohibition des mesures pénales rétroactives[937], et les autres droits proclamés par les instruments internationaux. S'il a été affirmé que les États ne concluent pas des traités pour déroger à ses normes fondamentales, notamment pour pratiquer la torture, les attentats du 11 septembre, le « Patriot Act » adopté par les États-Unis, les accords de restitutions extraordinaires conclus par la CIA avec les États européens en vue de la remise de personnes soupçonnées de terrorisme pour leur détention dans un cadre extrajudiciaire, notamment à la prison de Guantanamo, et en faisant usage de techniques d'interrogatoire poussées, s'apparentent à des actes concertés visant à contourner le caractère contraignant des instruments internationaux prohibant la pratique de la torture et des mauvais traitements, en désaccord avec l'article 53 de la CVDT. Si les États ne contestent pas ouvertement l'illicéité des violations de normes impératives, en pratique, les justifications tenant à la sauvegarde de l'ordre public, de l'intérêt général ou des menaces à la sécurité nationale sont des arguments d'exception qui confirment le caractère essentiel de l'interdiction des atteintes à l'intégrité et à la dignité de la personne humaine. La relation entre *jus cogens* et dérogeabilité est particulièrement intéressante, puisque comme il sera montré, la liste de droits non dérogeables n'est pas tout à fait la même lorsque l'on compare le PIDCP, la Convention européenne et la Convention américaine par exemple.

297. Dans le rapport explicatif de la nécessité d'une étude sur l'état du *jus cogens* en droit international[938], la CDI soulignait que les juridictions nationales et internationales ont souvent fait référence aux normes impératives, contribuant ainsi à mieux saisir les particularités des règles ayant une telle nature, tant en ce qui concerne leur formation et leur mode d'application, que leur teneur et conséquences ou effets[939]. Les États eux-mêmes, dans le

[937] MERON, T., On a hierarchy of International Human Rights, in *American Journal of International Law*, vol. 80, 1986, pp. 1-23.

[938] Rapport de la CDI, 66ème session (5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2014), Documents officiels de l'Assemblée Générale, 69ème session, supplém. n°10, A/69/10, § 268 et annexes (ci-après, Rapport de la CDI, A/69/10).

[939] V. par ex. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1986, 14; *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, C.I.J. Recueil 2002, p. 3; *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête 2002)*

cadre d'affaires contentieuses ou des travaux de la CDI, ont directement fait référence aux normes impératives en admettant leur existence[940]. Par ailleurs, l'article 40 du projet de la CDI sur la responsabilité internationale des États définit les violations des normes impératives comme des violations graves du droit international, engendrant *a priori* un régime de responsabilité aggravée et habilitant tous les États à agir pour le redressement de ces violations, tandis que l'article 26 du projet précise qu'un comportement contraire à une norme du jus cogens ne saurait être justifié par des circonstances excluant l'illicéité. Dans le commentaire de cet article, la Commission a identifié, de manière non-exhaustive, plusieurs normes impératives clairement acceptées et reconnues comme telles, à savoir celles relatives à l'interdiction de l'agression, du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, des crimes contre l'humanité et de la torture, ainsi que le droit à l'autodétermination des peuples[941]. Au regard de cette liste indicative, il est certain que ces règles visent à la protection des valeurs les plus fondementales de la communauté internationale. Pour la Commission du droit international, l'article 53 de la CVDT constitue un élément central et le point de départ dans l'étude des normes du *jus cogens*. Pour rappel, ces dernières sont ainsi définies comme des normes impératives du droit international général ; acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble ; auxquelles aucune dérogation n'est permise, tout conflit entre un traité et une norme qui a acquis le statut de *jus*

(République démocratique du Congo c. Rwanda), C.I.J. Recueil 2006, 99; *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)*), C.I.J. Recueil 2012, 99. V. égal. l'opinion dissidente du juge Trindade dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, l'opinion individuelle commune de Mme Higgins, MM. Kooijmans et Buergenthal, juges, les opinions dissidentes de MM. Oda et Al-Khasawneh, juges, et de Mme van den Wyngaert, juge ad hoc, dans l'affaire *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, C.I.J. Recueil 2002, p. 3; l'opinion individuelle de M. Lauterpacht, juge ad hoc, dans l'affaire *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro),* C.I.J. Recueil 1993, p. 325; v. aussi *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI.

[940] V. par ex. la déclaration du Conseil de la Belgique dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, procédure orale, 13 mars 2012 (CR 2012/3), § 3, et la déclaration du Conseil du Sénégal dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, procédure orale, 15 mars 2012 (CR 2012/4), § 39. V. égal. le contre-mémoire du Sénégal dans l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, § 51; le mémoire de la République fédérale d'Allemagne dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles*, 12 juin 2009, § 86; la déclaration de l'Afrique du Sud du 29 octobre 2009 sur le rapport de la CDI (A/C.6/64/SR.15, par. 69 et 70) citée dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial, M. Roman Kolodkin, sur l'immunité des représentants de l'État devant la juridiction pénale étrangère, 10 juin 2010 (A/CN.4/631), § 9, en particulier la note 13; v. égal. les remarques du Portugal lors de l'examen par la 6ème Commission du rapport de la CDI (A/C.6/68/SR.17), § 88.

[941] V. § 5) du commentaire de la CDI relatif à l'article 26 du projet de 2001 sur la responsabilité internationale des États (précité) ; v. égal. § 374 du rapport du *Groupe d'étude de la CDI sur la fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, 13 avril 2006 (A/CN.4/L.682). Voir aussi la conclusion 33 du projet de conclusions des travaux du *Groupe d'étude de la CDI sur la fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international* (2006).

cogens, rendant nul ledit traité[942]. Ainsi, en ce qui concerne la nature du *jus cogens*, la CVDT a conceptualisé cette notion comme une norme de droit positif, fondée sur l'acceptation des États, ce que la CDI identifie comme un revirement par rapport à la conception précédente enracinée dans la théorie du droit naturel[943]. Ce constat est corroborré par la jurisprudence de la Cour internationale de justice, réticente pendant des années à reconnaître à des normes le statut de *jus cogens*, n'ayant pas hésité à affirmer, que la prohibition de la torture était une norme impérative reposant sur « une pratique internationale élargie et sur l'*opinio juris* des États » [figurant] dans de nombreux instruments internationaux à vocation universelle […] introduite dans le droit interne de la quasi-totalité des États [les actes de torture étant par ailleurs] dénoncés régulièrement au sein des instances nationales et internationales »[944].

298. Précisément, s'il y a convergence quant à l'existence du *jus cogens* et à la nature de normes impératives à l'égard de règles protégeant des valeurs fondamentales pour la communauté internationale, le 3ème rapport du Rapporteur spécial de la CDI sur le *jus cogens* porte exclusivement sur les effets attachés à de telles normes et témoigne de la difficulté de parvenir à un consensus international sur cette question, notamment au regard des réactions des États quant à la portée effective des normes impératives lorsqu'elles sont mises en perspective avec d'autres règles du droit international[945].

299. Il a été souligné que le *jus cogens* incarne « un ensemble de normes constitutionnelles indérogeables » ayant ainsi une « fonction de hiéarchisation et de constitutionnalisation du droit international », dans la mesure où il constitue « un facteur d'ordonnancement de la communauté internationale, en tentant de fonder celle-ci sur une éthique commune et des intérêts collectifs, et en postulant l'existence d'un nombre limité de normes et principes

---

[942] Rapport de la CDI, A/69/10, p. 288.

[943] Rapport de la CDI, A/69/10, p. 290. La CDI renvoie à : Andrew Jacovides, International Law and Diplomacy: Selected Writings (2011), 18. Cf. Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal, sentence du 31 juillet 1989, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX, 119, par. 44 (donnant à penser qu'une norme de *jus cogens* peut se développer, soit par la voie coutumière, soit par la formation d'un principe général de droit). Voir aussi Siderman de Blake v. Argentina, 965 F.2d, 715 (faisant valoir que le *jus cogens* est dérivé des valeurs fondamentales de la communauté internationale, plutôt que du choix des États).

[944] *Questions concernant l'obligation d'extrader ou de poursuivre (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, 20 juillet 2012, C.I.J. Recueil 2012, § 99. *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, v. §§ 92, 93, 95 et 97. V. égal. *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 6, § 64 concernant les conséquences du *jus cogens* sur la compétence ; *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 64, CEDH 2001-XI; v. *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n° 34356/06 et 40528/06, § 198, CEDH 2014 : concluant qu'aucune exception de *jus cogens* à l'immunité de l'État ne s'était encore, en février 2012, cristallisée.

[945] CDI, *Troisième rapport sur les normes impératives du droit international général (jus cogens)*, présenté par Monsieur Dire Tladi, rapporteur spécial, 70ème session, 12 février 2018, A/CN.4/714*.

prioritaires, que les sujets de droit international se doivent absolument de respecter »[946]. En dépit de l'absence d'une Constitution formelle au sommet de l'ordre juridique international, il serait erroné d'affirmer, notamment au regard de la jurisprudence internationale étudiée, que « le droit international ne connaît aucune gradation ». En effet,

> « En plus d'être un standard de validité de production normative, le *jus cogens* accorde la priorité à certaines normes, en raison du contenu matériel de celles-ci et de leurs fonctions. Cette gradation normative matérielle est inévitable: en effet, plus une société est hétérogène, plus il est nécessaire de trouver des standards et des objectifs communs, même s'il est difficile d'établir la supériorité de certaines valeurs et autres considérations axiologiques. Dans cette perspective, l'acceptation de normes et principes fondamentaux devrait être dans le futur accompagnée de développements institutionnels permettant la détermination et la mise en œuvre effective de ceux-ci, ainsi que la préservation d'un ordre public international naissant. Cette classification des normes du droit international a un aspect intrinsèquement contingent, d'où un constat qui s'impose : la force normative des règles juridiques n'est pas un attribut immuable de celles-ci, mais fluctue au gré des croyances et des perceptions collectives relativement au droit et à sa puissance contraignante »[947].

300. Le dialogue juridictionnel pourrait peut-être contribuer à la mise en lumière et à la consolidation de principes généraux du droit qui traduisent une continuité entre les systèmes juridiques de protection des droits de l'Homme en représentant ainsi des standards au fondement de cet ordre public international naissant[948]. Si le concept de *jus cogens* fait l'unanimité sur le plan théorique à travers la reconnaissance de normes qui sont plus importantes que d'autres en raison de leur contenu matériel, les obstacles pour rendre ce concept pleinement opérationnel traduisent une antinomie constante entre engagements croissants des États envers la protection des droits de l'Homme et la réticence à accepter que la violation de certaines normes fondamentales entraînant des effets exorbitants du droit commun, notamment à travers l'intervention du juge qui aurait un rôle déterminant, en sachant faire preuve d'audace et de créativité dans la sanction des normes impératives en dépit du contexte politique et des enjeux diplomatiques[949].

---

[946] HAYIM, D., *Le concept d'indérogéabilité en droit international : une analyse fonctionelle*, Thèse présentée à l'Institut de Hautes Etudes Internationales et du Développement pour l'obtention du grade de Docteur, Genève, 2012, p. 160.

[947] Ibid., nous soulignons.

[948] V. Infra. Nos développements à l'égard de la notion d'ordre public international.

[949] ORAKHELASHVILI, A., *State Immunity and International Public Order*, in German Yearbook of International Law, vol. 45, 2002, p. 257; MAIA, C., « De l'exclusion des normes protégeant des intérêts purement étatiques du concept de *jus cogens* », in *Mélanges offerts en l'honneur du professeur Rafâa Ben Achour*, Tunis, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015, pp. 499-523. CASSESE, A., « A Plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights », in CASSESE, A. (dir.), *Realizing Utopia – The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 139-140, nous soulignons: « Other norms are likely gradually to rise to the level of *jus cogens* through a process of accretion. This normative process unfolds through judicial

§ 2. Le caractère indérogeable reconnu à la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements

301. Si une portée absolue est reconnue à la prohibition de la torture par le droit international tant conventionnel que jurisprudentiel (A), il semblerait que la qualification des actes de torture ou des traitements inhumains ou dégradants à travers une appréciation *in concreto*, atténue et module la portée effective de son caractère indérogeable (B).

A. Une portée absolue reconnue à la prohibition de la torture par le droit international

302. La Cour européenne a très tôt affirmé que la question des peines corporelles et la pratique de la torture devaient faire l'objet d'une interprétation évolutive, par définition allant dans le sens d'un renforcement de la portée des droits et libertés garantis par la Convention puisque celle-ci est désignée comme un « instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles » offrant la possibilité à la Cour de s'inspirer de l'évolution dans la pratique des États et des normes communément acceptées dans le cadre de la politique pénale des États Parties[950]. L'affaire *Soering* a été l'occasion pour la Cour EDH d'affirmer que la prohibition de la torture était une norme internationalement acceptée, notamment au regard du PIDCP et de la Convention américaine des droits de l'Homme, l'article 3 ne ménageant dès lor, aucune exception à cette interdiction et l'article 15 ne permettant pas aux États d'y déroger même en temps de guerre ou face à un danger national. En prenant appui sur la Convention des Nations Unies contre la torture qui dispose en son article 3 qu' « aucun État partie […] n'extradera une personne vers un État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture », la Cour affirme que :

> « Si 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

---

decisions (be they national or international), pronouncements by collective bodies such as the UN General Assembly, and declarations of States and other international legal subjects. The formation of a norm possessed with *jus cogens* force results from the convergence of a wide number of factors, all expressing in different forms and to varying degrees, the legal view (the opinio juris) that the international rule at issue enshrines values so fundamental that no deviation from it is admissible ».

[950] *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série n° 26.

existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé. Malgré l'absence de mention expresse dans le texte bref et général de l'article 3 […], pareille extradition irait manifestement à l'encontre de l'esprit de ce dernier; aux yeux de la Cour, l'obligation implicite de ne pas extrader s'étend aussi au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'État de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants proscrits par ledit article […] »[951].

303. La Cour souligne dans sa jurisprudence ultérieure qu'elle « se doit d'appliquer des critères rigoureux, eu égard au caractère absolu de cette disposition et au fait qu'elle consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques formant le Conseil de l'Europe », précisant que les conséquences de la mesure d'éloignement doivent s'apprécier au regard de la situation générale dans l'État de destination et des circonstances propres à chaque personne visée par une telle mesure[952]. De manière constante, la Cour n'a de cesse de rappeler la consécration par l'article 3 de « l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques », qui prohibe en des termes absolus la pratique de la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, « même dans les circonstances les plus difficiles, telle que la lutte contre le terrorisme et le crime organisé » puisque cet article « ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles n° 1 et 4, et d'après l'article 15 § 2, il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation »[953].

304. Par ailleurs, les agissements de la victime ou la nature de l'infraction reprochée au requérant ne portent pas atteinte au caractère absolu de la prohibition de la torture et sont sans incidence pour l'examen des faits sous l'angle de l'article 3[954]. Les positions du TPIY, de la Commission africaine ou encore de la Commission et de la Cour interaméricaines[955] sont convergentes à l'égard du caractère absolu de la prohibition de la torture[956]. Dans l'affaire

---

[951] *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 88, série A n° 161. V. égal. *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, §§ 35 et suiv., CEDH 2001-XI.

[952] *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, § 108, série A, n° 215.

[953] V. parmi d'autres, *Tomasi c. France*, 27 août 1992, § 115, série A n° 241-A; *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 62, *Recueil* 1996-VI; Aydın c. Turquie, 25 septembre 1997, § 81, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI; *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 95, CEDH 1999-V. V. *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, n° 5310/71, § 163, série A, n° 25; *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 88, série A n° 161; *Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, § 119, CEDH 2000-I; *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, § 93, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII.

[954] *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 79, Recueil des arrêts et décisions 1996-V.

[955] V. notam. Cour IADH, arrêt, *Affaire Goiburú c. Paraguay* (fond, réparations et dépens), 22 septembre 2006, série C, n° 153; Cour IADH, arrêt, *Case of Maritzia Urrutia v. Guatemala* (merits, reparations and costs), November 27, 2003, Series C, n° 103.

[956] V. Supra, Partie I. Titre I. Chapitre 1. TPIY, Ch. de 1ère instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, §§ 134 et suiv.; CommADHP, 2000, *Huri-Laws c. Nigeria*, comm. n° 225/98, § 41 : sur la nature absolue de la prohibition de la torture qui doit s'interpréter « so as to extend to the widest possible protection against abuses, whether physical or mental », avec des références à l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* de la Cour EDH sur le seuil minimum de gravité; CommADHP, 15-24 avril 1997, *Modise c. Botswana*,

Furundzija, l'ensemble conventionnel, issu du droit international humanitaire avec la Convention de La Haye de 1907 et les quatre Conventions de Genève de 1949 ainsi que des instruments de protection des droits de l'Homme, ont conduit le TPIY à reconnaître à l'interdiction de la torture un caractère coutumier « qui posait des obligations *erga omnes* et avait le caractère d'une norme de *jus cogens* »[957].

305. À la nature spécifique de norme impérative de la prohibition de la torture qui s'impose au regard du droit international coutumier et qui fait l'unanimité dans la jurisprudence internationale, doivent être attachés des effets propres à réaliser l'objectif de cette interdiction absolue. Pour la Cour IADH par exemple, le caractère de *jus cogens* des normes de prohibition des mauvais traitements a pour conséquence qu'elles généreront des obligations *erga omnes* qui pèsent sur l'ensemble des États de la communauté internationale, signifiant que tous les moyens nationaux et internationaux de nature à permettre d'engager la responsabilité pénale des auteurs de tels actes doivent être mis en œuvre[958]. Tant au regard de la Convention contre la torture des Nations Unies qu'au regard de l'article 14 de la Convention américaine pour la prévention et la répression de la torture, pèse sur les États l'obligation soit de poursuivre et de juger les auteurs d'actes de torture, soit de les extrader vers un État susceptible de le faire qui n'est autre que l'application du principe *aut dedere, aut judicare*, rappelé par la CIJ lors de l'interprétation de la Convention contre la torture dans l'affaire *Obligation de poursuivre ou d'extrader*[959].

306. Le caractère absolu de la prohibition de la torture ne découle pas seulement de l'apport jurisprudentiel. Tout d'abord, l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949, applicable tant aux conflits armés internationaux qu'aux conflits armés non internationaux affirme que « sont prohibés en tout temps et en tout lieu », les atteintes à la vie, le meurtre, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices, les prises d'otages, les traitements

---

communication n° 97/93, § 92 : sur l'interdiction de la torture et le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique.

[957] TPIY, Ch. de 1ère inst., 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, §§ 134 et suiv. ; v. HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H., *Traité de droit international des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1ère éd., 2016, p. 857.

[958] Cour IADH, arrêt, *Affaire Goiburú c. Paraguay* (fond, réparations et dépens), 22 septembre 2006, série C, n° 153, § 128.

[959] *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422, § 95, §§ 164 et suiv. Pour rappel, la CIJ avait souligné que « [s]i l'État sur le territoire duquel se trouve le suspect est saisi d'une demande d'extradition dans l'un des cas prévus par les dispositions de la convention, il peut se libérer de son obligation de poursuivre en faisant droit à la demande d'extradition » mais également que si « [l]' extradition est une option offerte par la convention à l'État, alors que la poursuite est une obligation internationale, prévue par la Convention, dont la violation engage la responsabilité de l'État pour fait illicite ».

humiliants et dégradants, ainsi que les condamnations et exécutions qui ne découlent pas du jugement d'un tribunal préalablement constitué.

307. La Charte africaine prohibe également la torture et autres formes de mauvais traitements en son article 5 et ne prévoit aucune disposition dérogatoire[960]. Il est intéressant de comparer les dispositions insusceptibles de dérogations dans le PIDCP, la Convention américaine et la Convention européenne puisque si la prohibition de la torture est absolue dans les trois textes, les dérogations éventuelles ne sont pas fondées sur les mêmes conceptions. Dans le cadre du PIDCP, le caractère absolu de la prohibition de la torture découle de la lecture conjointe de l'article 7 qui s'y rattache et de l'article 4 § 1 qui renvoie aux hypothèses dans lesquelles les États peuvent déroger aux dispositions du Pacte. Ce dernier dispose que :

> « [D]ans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale ».

308. Le paragraphe 2 du même article énonce les droits qui ne peuvent faire l'objet de dérogations soit : le droit à la vie, l'interdiction de la torture et de l'esclavage et de la servitude, l'interdiction de l'emprisonnement pour non-exécution d'une obligation contractuelle, le principe de la légalité des délits et des peines et de non-rétroactivité de la loi pénale, le droit à la reconnaissance d'une personnalité juridique, enfin la liberté de pensée, de conscience et de religion. Dans son Observation générale n° 20, le CDH a souligné que l'article 7 relatif à la prohibition de la torture ne souffrait d'aucune limitation même dans le cas d'un danger public exceptionnel tel que décrit par l'article 4 du Pacte. Le Comité précise qu' « [a]ucune raison, y compris l'ordre d'un supérieur hiérarchique ou d'une autorité publique, ne saurait être invoquée en tant que justification ou circonstance atténuante pour excuser une violation de l'article 7 »[961].

---

[960] V. égal. Art. 3 de la Déclaration de l'AGNU sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; art. 5 de la Convention américaine pour la prévention et la répression de la torture; et art. 4, c) de la Charte arabe des droits de l'Homme.

[961] CDH, *Observation générale n° 20*, se substituant à l'Observation générale n° 7 sur l'article 7, 1992, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.6, § 3.

309. Dans le cadre de la Convention américaine, l'article 27 § 1 est libellé en des termes similaires par rapport à l'article 4 § 1 du PIDCP[962]. Le paragraphe 2 renvoie aux droits indérogeables même en cas de situations exceptionnelles : il s'agit du droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, du droit à la vie, du droit à l'intégrité de la personne, l'interdiction de l'esclavage et de la servitude, le principe de légalité et de rétroactivité, la liberté de conscience et de religion, la protection de la famille, le droit à un nom, le droit de l'enfant, le droit à une nationalité et, enfin, les droits politiques. Cette disposition traduit la conception la plus étendue des droits indérogeables dans le cadre de la suspension des garanties, d'autant plus qu'aux côtés des droits précédemment mentionnés, elle précise l'interdiction de suspension des garanties à la protection des droits susvisés.

310. L'article 15 de la Convention européenne relatif aux dérogations en cas d'état d'urgence reflète la conception la plus étroite à l'égard des droits indérogeables. Il précise qu' « [e]n cas de guerre, en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ». Les garanties insusceptibles de dérogation sont le droit à la vie sauf lorsque le décès résulte d'actes licites de guerre; la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements; l'interdiction de l'esclavage et de la servitude et le principe de légalité des délits et des peines et de non-retroactivité.

311. Le caractère indérogeable de la prohibition de la torture est également affirmé par l'article 2 § 2 de la Convention contre la torture qui dispose qu' « [a]ucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture ». Le Comité contre la torture a également souligné que l'indérogeabilité s'appliquait également à l'interdiction d'infliger des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[963]. La nature absolue de la prohibition de la torture et ainsi son caractère « intransgressible »[964] est systématiquement réaffirmée à des multiples reprises dans les

[962] L'article 27 § 1 de la Convention américaine dispose qu' « [e]n cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un État partie, celui-ci pourra, strictement en fonction des exigences du moment, prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en vertu de la présente Convention, pourvu que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations imposées par le Droit international et n'entraînent aucune discrimination fondée uniquement sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale ».

[963] CCT, Observation générale n° 2, 1981, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.6, § 6. V. égal. CCT, communication n° 368/2008, *Affaire Sonko c. Espagne*.

[964] Conséquences juridiques sur l'édification d'un Mur en territoire palestinien occupé, § 157.

décisions des organes internationaux de protection des droits de l'Homme, qu'ils soient quasi-juridictionnels comme les organes des traités des Nations Unies[965] ou juridictionnels[966], ce qui témoigne d'une jurisprudence solide et constante quant à l'indérogeabilité qu'on pourrait difficilement remettre en cause. Le caractère impératif s'impose même dans les circonstances les plus difficiles auxquelles les États peuvent faire face, comme la lutte contre le terrorisme, la protection de la sécurité nationale ne pouvant être opposée comme argument légitime en vue de déroger à la prohibition de la torture. Ainsi, les organes internationaux de protection sont unanimes quant au fait que les mesures prises dans ce contexte doivent nécessairement être conformes aux principes fondamentaux du droit international des droits de l'Homme et du droit international humanitaire[967]. De cette interdiction absolue découlent la nullité de tout traité contraire au *jus cogens* des obligations *erga omnes* à la charge des États qui engendrent un intérêt juridique pour chaque État à ce que ces obligations soient respectées en raison de l'importance fondamentale qu'elles revêtent vis-à-vis de la communauté internationale prise dans son ensemble[968]. Ainsi, les États doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir les violations d'une norme impérative, ne pas aggraver ou y contribuer, redresser et

[965] V. parmi d'autres, CDH, Observation générale n° 20, préc., § 3; CDH, *Observation générale n° 29 sur l'article 4*, HRI/GEN/Rev.6, 2001; CCT, *Rapport sur les observations finales à l'égard des États-Unis*, CAT/C/USA/CO/2, § 14; l'examen par le CCT des rapports annuels des États : la Fédération de Russie, 2002, CAT/C/, CR/28/4, § 90 ; l'Égypte, 2002, CAT/C/CR/29/4 A/57/54, § 40, l'Espagne, 2002, CAT/C/SR.530, A/58/44, § 59. V. égal. *Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, M. P. Kooijmans*, 1986, Doc. ONU E/ CN.4/1986/15, préc. § 3.

[966] V. notam. Cour IADH, arrêt, *Case of Maritzia Urrutia v. Guatemala* (merits, reparations and costs), November 27, 2003, Series C, n° 103, § 89; *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V; *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, §§ 42-43, CEDH 2001-XI. ; TPIY, Ch. de 1ère instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T; TPIY, Ch. de 1ère inst., 22 février 2001, *Le Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, § 466. V. DE WET, E., The Prohibition of Torture as an International Norm of *jus cogens* and its Implications for National and Customary Law, préc.

[967] V. notam. *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, série A n° 28; *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, série A, n° 116; *Rotaru c. Roumanie* [GC], n° 28341/95, CEDH 2000-V; CCT, Observation générale n° 29, § 7; CCT, *Observations finales sur le rapport présenté par l'Égypt*e, 2002, CAT/C/CR/29/4, § 4 ; CCT, *Observations finales sur le rapport soumis par Israël*, 1998, CAT/C/33/Add.2/Rev.1, §§ 2-3 et 24; *Rapport à l'Assemblée générale du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, M.T. Van Boven*, 2004, A/59/324, § 17; *Déclaration relative aux événements du 11 septembre 2001*, Doc. ONU A/57/44, § 17; v. les résolutions 57/27(2002), 57/219 (2002) et 59/191 (2004) de l'AGNU; la résolution 1456 (2003) du Conseil de sécurité, annexe, § 6; Conseil de l'Europe, 11 juillet 2002, *Lignes directrices sur les droits de l'Homme et la lutte contre le terrorisme*, 840ème réunion, § 4.

[968] V. par ex., *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, exceptions préliminaires, arrêt, C.Z.J. Recueil 1996, p. 595, § 31; *Conséquences juridiques de 1'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif; C. 1. J. Recueil 2004, p. 136, § 157; TPIY, Ch. de 1ère inst., 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, §§ 151, 153-154; CommIADH, 22 octobre 2002, *Rapport sur le terrorisme et les droits de l'Homme*; CDH, *Observation générale n° 31 sur la nature de l'obligation générale imposée aux États parties du Pacte*, 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 2.

mettre fin à ces violations ainsi que pour ne pas reconnaître comme licite une situation découlant de telles violations[969].

312. Si la portée indérogeable de la prohibition de la torture fait l'unanimité dans la jurisprudence internationale en dépit des variations relatives aux hypothèses limitées de dérogations en cas de circonstances exceptionnelles, ces dernières ne peuvent jamais remettre en cause le noyau dur des droits fondamentaux protégeant l'intégrité et la dignité de la personne humaine. Toutefois, des divergences et des contestations apparaissent lorsqu'il est question du droit d'accès à la justice des victimes de torture et de mauvais traitements. Plus particulièrement, ce qui est problématique est l'appréciation de l'étendue des obligations internationales à la charge des États quant à la garantie d'un recours individuel lorsqu'un élément d'extraterritorialité s'immisce dans les violations, mais également en raison de l'appréciation au cas par cas dans la qualification des actes de torture ou de mauvais traitements.

B. Une portée indérogeable atténuée par l'inévitable appréciation *in concreto* des actes de torture et de mauvais de traitements

313. Si la Cour EDH reconnaît la valeur de norme impérative de la prohibition, il est de jurisprudence constante qu'elle n'en tire pas des conséquences sur le terrain du droit des immunités revendiquées par les États ou leurs agents lorsqu'ils sont poursuivis au plan civil ou pénal sur la base d'allégations de torture[970]. Pourtant dans le langage, constant également au fil de ses jurisprudences, la Cour caractérise l'interdiction de l'article 3 comme « l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques » [971], pour certains auteurs, cette interdiction semblant incarner « plus encore que la prohibition de l'atteinte à la vie, l'expression la plus essentielle et la plus absolue des valeurs de l'humanité »[972]. C'est ainsi que les instruments de protection des droits de l'Homme à portée générale n'admettent aucune dérogation à cette prohibition, même en cas de circonstances exceptionnelles, lorsqu'il existe un état d'urgence ou une situation de guerre[973]. Ainsi, le CDH a étendu le caractère

[969] V. également le Projet de la CDI sur la responsabilité internationale des États (2001) avec les articles 40 et 41 relatifs aux conséquences découlant d'une violation grave du droit international.
[970] V. l'arrêt fondateur de l'interprétation de la Cour européenne, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, §§ 42-43, CEDH 2001-XI.
[971] *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 88, série A n° 161; *Öcalan c. Turquie* [GC], n° 46221/99, § 179, CEDH 2005-IV.
[972] HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H., *Traité de droit international des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1ère éd., 2016, p. 859.
[973] Art. 4 du PIDCP, art. 15 de la CEDH, art. 27 de la CADH.

non-dérogeable de la prohibition de la torture à l'article 10 du PIDCP considérant que l'obligation de traiter les détenus avec humanité était « une norme du droit international général » à laquelle il n'est pas possible de déroger[974]. Dans la lignée du traitement des personnes privées de liberté, la Cour EDH juge que la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements s'applique indépendamment des agissements de la personne concernée[975], notamment puisque la nature de l'infraction, même la plus grave, n'a pas d'incidence pour l'examen des atteintes au droit de l'intégrité de la personne[976]. Il est important de souligner que le droit à l'intégrité physique et morale est énoncé comme une obligation positive dans plusieurs instruments internationaux comme l'article 5 § 1 de la CADH, l'article 4 de la Charte africaine ou l'article 3 § 1 de la CDFUE. Cependant, le droit à l'intégrité se matérialise plus généralement dans l'interdiction des actes de torture et autres formes de mauvais traitement consacré dans tous les instruments internationaux en des termes analogues. Ainsi, cette prohibition est affirmée sans énoncer positivement le contenu du droit à l'intégrité et la dignité humaine dans l'article 5 de la DUDH, l'article 3 de la CEDH et l'article 7 du PIDCP[977].

314. L'absence de définitions et de critères permettant la distinction entre actes de torture et peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, a laissé une très grande liberté aux organes internationaux. La distinction entre un acte de torture et une autre forme de mauvais traitement se justifie principalement pour la Cour EDH par la volonté des rédacteurs de la Convention de « marquer d'une spéciale infamie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et réelles souffrances »[978]. L'absence de définition précise, et *in abstracto* dans les instruments internationaux tant à portée régionale qu'universelle, présente l'avantage d'offrir une plus grande liberté interprétative aux organes de protection en leur permettant de proposer des définitions souples et évolutives, en s'appuyant spontanément sur les définitions formelles proposées par la Convention contre la torture des Nations Unies et celle adoptée dans le cadre du système interaméricain[979]. Pour les organes interaméricains, la

[974] CDH, *Observation générale n°29*, États d'urgence (art. 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, § 13, a).
[975] *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 79, Recueil des arrêts et décisions 1996-V.
[976] *Indelicato c. Italie*, n° 31143/96, § 30, 18 octobre 2001.
[977] V. HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H., *Traité de droit international des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1ère éd., 2016, p. 859.
[978] V. *Dikme c. Turquie*, n° 20869/92, § 93, CEDH 2000-VIII, nous soulignons. V. *Rapport du rapporteur spécial sur la torture et les autres traitements et peines cruels, inhumains et dégradants*, M. Nowak, 5 février 2010, A/HRC/13/39/Add.5, §§ 30 et suiv. relatifs à la définition d'un acte de torture et ses éléments constitutifs par rapport à la Convention des Nations Unies contre la torture.
[979] HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H., *Traité de droit international des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 1ère éd., 2016, p. 860. V. pour rappel, article 1 § 1 de la Convention contre la torture des Nations Unies de 1984 dont la définition s'inspire de l'article 1er de la Déclaration de l'Assemblée générale de 1975 tout en lui apportant des

Convention interaméricaine relative à la torture revêt une importance fondamentale puisqu'elle fait partie intégrante du *corpus juris* interaméricain et doit être prise en considération en vue de déterminer le contenu et la portée de l'article 5 § 2 de la Convention américaine[980].

315. Cependant, le pendant de cette large marge d'appréciation est une définition à géométrie variable des actes de torture et des mauvais traitements à travers l'interprétation en pratique, selon un seuil plus ou moins exigeant qui se reflète dans la jurisprudence des organes internationaux de protection. En l'absence d'une définition formelle des actes de torture et autres formes de mauvais traitement, chaque organe de protection se livre à une appréciation *in concreto* dans la qualification des faits en vue d'identifier les actes prohibés comme tombant sous le coup de l'interdiction affirmée par les instruments internationaux. La Cour européenne oscille entre une appréciation relative et *in concreto* en fonction du contexte et des circonstances, ces paramètres étant variables afin de déterminer si le seuil minimum de gravité des souffrances est atteint pour que les actes soient régis par l'article 3 alors même qu'en théorie, un contrôle de proportionnalité est proscrit en la matière par la nature même de la prohibition de la torture[981]. Principalement, deux paramètres sont pris en considération par la Cour EDH afin de décider de l'applicabilité de l'article 3. La Cour évalue la vulnérabilité des victimes de mauvais traitements et les exigences contextuelles tenant aux missions dont l'exercice est confié aux autorités publiques[982]. Par exemple, définir un seuil moindre dans l'intensité des souffrances subies est exigé lorsque les actes de torture sont commis sur une personne qui est à la fois vulnérable et à la fois discriminée en raison de la race[983] alors que la motivation raciale dans la commission des actes peut jouer la fonction d'une circonstance aggravante, y compris dans les relations interindividuelles[984]. Plus particulièrement en ce qui

---

éléments complémentaires; article 2 de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture (9 décembre 1985), définition dont le champ d'application est plus large.

[980] Cour IADH, arrêt, *Affaire des Frères Gòmez Paquiyauri c. Pérou* (fond, réparations et dépens), 8 juillet 2004, série C, n° 110, §§ 104 et suiv.; Cour IADH, arrêt, *Case of Maritzia Urrutia v. Guatemala* (merits, reparations and costs), November 27, 2003, Series C, n° 103; CommIADH, 11 mars 2004, fond, *Fondo Jailton Neri Da Fonseca c. Brésil*, pétition n°11.634, rapport n°33/04, § 63.

[981] PASTRE-BELDA, B., La protection à géométrie variable de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 107/2016, p. 594. V. égal. CALLEWAERT, J., « L'article 3 de la Convention européenne : une norme relativement absolue ou absolument relative? », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1995, p. 13; DUCOULOMBIER, P., « Conflit et hiérarchie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 319 et suiv., spéc. p. 343; WEBBER, G., « Proportionality and Absolute Rights », in JACKSON, V., TUSHNET, M. (dir.), *Proportionality : New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 75-99.

[982] PASTRE-BELDA, B., La protection à géométrie variable de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, préc., pp. 594-595.

[983] *B.S. c. Espagne*, n° 47159/08, § 41, 24 juillet 2012

[984] *Abdu c. Bulgarie*, n° 26827/08, § 39, 11 mars 2014.

concerne les demandeurs d'asile, ces derniers sont considérés comme des personnes vulnérables et bénéficient d'une protection spéciale construite sur le fondement de l'article 3 au regard des expulsions et renvois dans un État où ils risquent d'être exposés à des mauvais traitements. Ainsi, au-delà des problèmes systémiques d'un État de renvoi qui caractérisaient une violation de la Convention par l'État auteur de la mesure d'éloignement[985], la Cour européenne a également admis que la situation personnelle des requérants pouvait déclencher la protection offerte par l'article 3 sans qu'il y ait nécessairement des problèmes systémiques dans l'État de renvoi[986]. La Cour accorde également une protection distincte pour les personnes privées de liberté en imposant des obligations positives renforcées à la charge des États, engendrant ainsi non seulement une fluctuation de la protection offerte par l'article 3 de la Convention à travers une application contextualisée, dans la mesure où les obligations positives sont des obligations de moyen à mettre en perspective avec la prévisibilité de survenance du traitement prohibé et du caractère raisonnable des mesures adoptées; mais également « une qualification contextuelle » des mauvais traitements[987].

316. Dans l'affaire *Selmouni contre France*[988], la Cour européenne affirme que la prohibition de l'article 3 est absolue « même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé » et « d'après l'article 15 § 2, il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation »[989]. Elle mentionne toutefois que le seuil de gravité est déterminant dans la qualification d'un acte de torture ou de traitement inhumain ou dégradant, conformément à la distinction consacrée par l'article 3 de la Convention européenne[990]. La Cour souligne également que la Convention des Nations Unies contre la torture comporte la même distinction qui ressort des dispositions de ses articles 1er et 16, la Cour intégrant ainsi dans son raisonnement la définition consacrée à l'article 1 de cette Convention. L'article 16 est relatif aux obligations de l'État en ce qui

[985] Pour l'arrêt fondateur, v. M.S.S. c. Belgique et Grèce [GC], n° 30696/09, § 251, CEDH 2011.
[986] *Tarakhel c. Suisse* [GC], n° 29217/12, § 118, CEDH 2014 (extraits): cette affaire était relative à l'expulsion d'un couple afghan accompagné d'enfants mineurs et marque un tournant dans la jurisprudence de la Cour qui n'exige plus qu'il y ait des problèmes systémiques dans l'État de renvoi pour que les États membres puissent déroger au principe de la confiance légitime découlant du système Dublin de l'UE. Ce n'était pas le cas jusqu'à cette affaire, v. parmi d'autres, CEDH, 3 avril 2013, Mohammed Hussein c. Pays-Bas et Italie concluant à l'irrecevabilité des griefs tirés de la violation de l'article 3 en l'absence de problèmes systémiques.
[987] PASTRE-BELDA, B., La protection à géométrie variable de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, op. cit., pp. 598-614.
[988] *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V.
[989] Ibid., § 95. V. égal. *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, n° 5310/71, § 163, série A n° 25; *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 88, série A n° 161, *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 79, Recueil des arrêts et décisions 1996-V. Sur la qualification des faits : v. notam., arrêts *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, § 74, série A n° 201; *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, § 168, série A n° 324; *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, § 38, *Recueil* 1996-VI.
[990] *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 96, CEDH 1999-V.

concerne toute autre forme de mauvais traitement qui n'est pas qualifiée de torture lorsque celle-ci est pratiquée par un agent public ou avec l'instigation de celui-ci[991]. La Cour estime que les actes reprochés aux autorités de police étaient « assurément de nature à créer des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier, avilir et briser éventuellement la résistance physique et morale du requérant. La Cour relève donc des éléments assez sérieux pour conférer à ce traitement un caractère inhumain et dégradant […] »[992]. Elle rappelle par ailleurs « qu'à l'égard d'une personne privée de sa liberté l'usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3 »[993]. Dans cet arrêt fondamental, la Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle la Convention est « un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles »[994]. Dès lors, si certains actes ont pu par le passé être qualifiés de traitements inhumains ou dégradants et non d'actes de torture en raison d'une insuffisante gravité des douleurs et souffrances infligées, ils pourraient recevoir une qualification différente et donc plus stricte à l'avenir. En effet, pour la Cour européenne « le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »[995]. Pour recevoir la qualification d'actes de torture, les douleurs et souffrances subies doivent être « aiguës », ce caractère aigu étant « à l'instar du minimum de gravité requis pour l'application de l'article 3, relatif par essence […] dépendant de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que parfois du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc. […] »[996]. La Cour conclut que les actes de violence physique et mentale commis sur la personne du requérant ont provoqué des

[991] Article 16, 1er al., Convention contre la torture (1984) : « 1. Tout État partie s'engage à interdire dans tout territoire sous sa juridiction d'autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture telle qu'elle est définie à l'article premier lorsque de tels actes sont commis par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. En particulier, les obligations énoncées aux articles 10, 11, 12 et 13 sont applicables moyennant le remplacement de la mention de la torture par la mention d'autres formes de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. »
[992] V. par ex. *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, n° 5310/71, § 167, série A n° 25.
[993] V. par ex. *Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, § 38, série A n° 336; *Tekin c. Turquie*, 9 juin 1998, § 53, Recueil des arrêts et décisions 1998-IV.
[994] Voir notam. Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, § 31, série A n° 26; *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 102, série A n° 161 ; *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, § 71, série A n° 310.
[995] *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 101, CEDH 1999-V.
[996] Ibid., § 100.

douleurs et souffrances aiguës[997], revêtant ainsi un caractère particulièrement grave et cruel, constituant dès lors des agissements contraires à l'article 3 de la Convention et qualifiés d'actes de torture [998]. L'arrêt *Selmouni* est considéré comme l'arrêt fondateur de l'interprétation évolutive en matière de prohibition de la torture puisque la Cour évoque le « niveau d'exigence croissant » dans le domaine de la protection des droits de l'Homme[999].

317. Dans l'appréciation *in concreto* à l'égard de la qualification des faits, l'usage du dialogue apparaît comme un outil de l'interprétation évolutive permettant d'évaluer comment des circonstances et des faits similaires ont été interprétés par d'autres organes de protection. La doctrine des droits de l'Homme est éminemment universaliste, ayant pour but une application élargie, sans limites de nationalité, culture, idéologie ou conditions sociales[1000], d'où la nécessité de règles communes à tous les individus[1001]. L'absence d'un sentiment d'appartenance à la communauté internationale dans son ensemble et la persistance de la souveraineté et des intérêts propres de chaque État sont des facteurs d'opposition clefs à la réalisation de l'universalité pratique des droits de l'Homme. Une caractéristique transversale de la prohibition de la torture est celle de la coexistence de la pratique de la torture avec l'acceptation universelle de son interdiction absolue. Ainsi, l'éradication de la torture, fondée sur sa prohibition absolue, n'est pas seulement un des buts du droit international mais également un principe général du droit reconnu par les nations civilisées, qui renvoie à l'idée d'un ordre public international[1002]. Les formes multiples de la torture et autres formes de mauvais traitements ainsi que les liens étroits avec d'autres faits internationalement illicites complexifient davantage la mise en œuvre de la prohibition, alors même que l'inefficacité de l'interdiction ou son absence d'effectivité n'entravent pas son caractère de *jus cogens*[1003].

---

[997] Ibid. Sur les actes de violence physique et mentale de la part des forces de police françaises subis par Monsieur Selmouni en garde-à-vue, v. §§ 98, 102-104.
[998] Ibid., § 105.
[999] Ibid., § 101. V. SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'Homme,* op. cit., p. 492.
[1000] CASSESE, A., « A Plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights », in CASSESE, A. (dir.), *Realizing Utopia – The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 136.
[1001] CASSIN, R., L'État-Léviathan contre l'Homme et la communauté humaine, in *Les nouveaux cahiers*, avril 1940, pp. 13-16.
[1002] MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., The prohibition of torture in public international law, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 391, 2018, p. 115.
[1003] Ibid., pp. 117-118. Afin d'expliquer les difficultés tenant à la mise en œuvre effective d'une telle prohibition absolue protégeant l'intégrité de la personne humaine, il a été affirmé que : « The tolerance of these acts and practices involving gross violations of human rights, including torture and [ill treatments] in their various forms, is in the first place closely linked to their stubborn defence by the military and socioeconomic forces controlling what political sociologists have called the "Deep State" - oligarchic groups (economic and financial in particular) constantly co-operating to "pragmatically" promote the geostrategic interests of the most powerful States, far from any defence of "universal moral values" such as life, integrity, dignity, effective justice and other fundamental human rights. […] Simultaneously, this tolerance is related to the close links between State oligarchies and the "private" interests of the most powerful economic and financial groups, acting globally in an almost closed circle of lobbies, running the cycle of production and trade in a supposedly free global market,

318. Étant donné que les juridictions internationales ne disposent pas d'un véritable pouvoir de coercition ou d'injonction à la différence des juridictions internes, il semble crucial d'incorporer la notion de *jus cogens* dans les ordres juridiques nationaux et d'entacher de conséquences plus lourdes tout jugement faisant le constat de la violation de normes impératives : si celles-ci ont ce statut en droit international, elles doivent *a fortiori* l'avoir en droit interne pour permettre un redressement effectif des violations. Les organes internationaux n'ont pas vocation à se substituer aux juridictions nationales ou à imposer un ordre supranational, ils interviennent en dernier recours lorsque les voies de recours internes n'ont pas permis d'obtenir réparation du préjudice. Ainsi, la responsabilité première de protéger les droits de la personne incombe toujours aux autorités étatiques, non seulement en appliquant et en respectant le droit international tel que défini dans les instruments conventionnels, mais également en prenant en considération l'interprétation donnée à ces instruments par les organes internationaux en vue de protéger l'ordre public international.

Section 2. La consolidation d'un ordre public international : entre volontarisme étatique et objectivisme jurisprudentiel

319. En considérant que la prohibition de la torture protège des principes universels et intransgressibles se rattachant à la protection de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine, les violations d'une telle norme renvoient à l'idée d'atteinte à l'ordre public international. Ce dernier se reflète dans la consécration des normes impératives du droit international. Si la notion d'ordre public est bien connue en droit interne, elle a également émergé dans l'ordre juridique international d'abord dans un cadre régional (§1). Cette notion, par nature au contenu imprécis, l'est d'autant plus lorsque l'on s'interroge sur les contours et le contenu de l'ordre public international naissant (§2).

---

often linked to unlawful trade in currencies, energy sources, weapons, drugs, persons and basic necessities. The most powerful States, supported by their allies, clients or simply "vassals", succeed in making large regions of the world (including their own States) unable to maintain their political and economic stability or to deal with intermittent periods of chaos, under their jurisdiction, often arising from artificially maintained armed conflicts and consequently from the persistent lack of policies and structures essential to the 'survival' of 'democratic sovereign States' per se ».

§ 1. L'émergence première d'un ordre public régional

320. Il sera question de s'intéresser tout d'abord à l'ordre public européen tel que la Cour européenne en fait usage (A) avant de voir de quelle façon la Cour interaméricaine perçoit la notion d'ordre public international (B).

A. L'exemple du système européen

321. Lorsque la Cour EDH affirme que la Convention est « un instrument constitutionnel de l'ordre public européen »[1004], elle précise qu'elle n'a pas vocation à régir « les actes des États qui n'y sont pas parties, ni ne prétend exiger des Parties contractantes qu'elles imposent ses normes à pareils États »[1005]. Néanmoins, elle estime que « l'espace juridique de la Convention » va au-delà du territoire national des États membres, notamment en cas d'occupation militaire d'un territoire étranger qui implique l'exercice d'un contrôle étatique autrement « les habitants de ce territoire seraient privés des droits et libertés dont ils jouissaient jusque-là et il y aurait 'un vide' dans la protection de ces droits et libertés au sein de 'l'espace juridique de la Convention »[1006]. Il est nécessaire d'établir la juridiction de l'État sur un territoire étranger en vue d'une application extraterritoriale de la Convention puisque la juridiction au sens de l'article 1 implique la possibilité d'en appliquer les garanties à un territoire différent du territoire national lorsque l'État exerce un contrôle effectif global sur le territoire et sa population. Dès lors, la notion de contrôle implique un élargissement de la portée territoriale de la notion d'ordre public européen. C'est ainsi que l'application extraterritoriale des droits de l'Homme et la notion d'ordre public sont liées dans la mesure où, le comportement d'un État partie en un territoire étranger qui relève de sa juridiction, conduira à l'appréciation de ce comportement au regard des exigences découlant de l'ordre public européen et selon l'interprétation adoptée par la Cour EDH[1007].

322. Dans l'affaire *Al-Dulimi*[1008], la Cour européenne a utilisé la notion d'ordre public pour un conflit normatif entre une résolution du Conseil de Sécurité insusceptible de recours et

---

[1004] V. pour l'arrêt fondateur en la matière, *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, § 75, série A, n° 310. V. égal., *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 141, CEDH 2011.
[1005] *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 86, série A n° 161; *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 141, CEDH 2011.
[1006] *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, § 78, CEDH 2001-IV; *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, § 80, CEDH 2001-XII; *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 131 et § 142, CEDH 2011.
[1007] V. Infra. Partie II. Titre II. Chapitre 1 : sur l'application extraterritoriale de traités internationaux de protection des droits de l'Homme et les conséquences potentielles ou éventuelles à l'égard du dialogue des juges.
[1008] *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], n° 5809/08, 21 juin 2016.

inscrivant les personnes visées sur la liste des sanctions dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et la Convention européenne, protégeant le droit d'accès à un tribunal pour contester une décision faisant grief en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen. Tout d'abord, la Cour précise qu'il ne lui incombe pas de se prononcer sur la légalité des actes du Conseil de Sécurité. Néanmoins, lorsqu'un État souhaite limiter les droits garantis par la Convention européenne en invoquant la nécessité d'application d'une résolution du Conseil, la Cour EDH juge qu'il lui appartient d'examiner le libellé et la portée de la résolution en vue « d'assurer son articulation avec la Convention de façon efficace et cohérente »[1009], en tenant compte dans ce contexte des buts des Nations Unies, à savoir le maintien de la paix et de la sécurité internationales, d'une part[1010]; la réalisation de la coopération internationale à travers le développement et l'encouragement du respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, d'autres part[1011]. Puisque l'article 24 § 2 de la Charte impose au Conseil de sécurité d'agir « conformément aux buts et principes des Nations Unies », la Cour européenne présume que :

> « [L]e Conseil de sécurité n'entend pas imposer aux États membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'Homme. […] En cas d'ambiguïté dans le libellé d'une résolution, la Cour doit dès lors retenir l'interprétation qui cadre le mieux avec les exigences de la Convention et qui permet d'éviter tout conflit d'obligations. Vu l'importance du rôle joué par l'ONU dans le développement et la défense du respect des droits de l'Homme, le Conseil de sécurité est censé employer un langage clair et explicite s'il veut que les États prennent des mesures particulières susceptibles d'entrer en conflit avec leurs obligations découlant des règles internationales de protection des droits de l'Homme […]. En conséquence, lorsqu'une résolution du Conseil de sécurité ne contient pas une formule claire et explicite excluant ou limitant le respect des droits de l'Homme dans le cadre de la mise en œuvre de sanctions visant des particuliers ou des entités au niveau national, la Cour présumera toujours la compatibilité de ces mesures avec la Convention. En d'autres termes, en pareil cas, dans un esprit d'harmonisation systémique, elle conclura en principe à l'absence d'un conflit d'obligations susceptible d'entraîner la mise en œuvre de la règle de primauté contenue dans l'article 103 de la Charte des Nations unies »*[1012]*.

323. Il s'agit de la première fois où la Cour EDH évoque « un esprit d'harmonisation systémique » à l'aune duquel est appréciée l'existence d'un éventuel conflit entre les résolutions du Conseil de Sécurité susceptible de limiter les droits et libertés garantis par la

[1009] Ibid., § 139 ; *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], n° 27021/08, § 96, CEDH 2011.
[1010] V. art. 1er, al. 1 de la Charte. V. *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], n° 27021/08, § 102, CEDH 2011
[1011] V. art. 1er, al. 3 de la Charte. V. *Al-Jedda c. Royaume-Uni* [GC], n° 27021/08, § 102, CEDH 2011.
[1012] *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], n° 5809/08, § 140, 21 juin 2016, nous soulignons.

Convention[1013]. C'est dans ce contexte que la Cour EDH rappelle que « l'objet et le but de la Convention, instrument de protection des droits de l'Homme protégeant les individus de manière objective appellent à interpréter et à appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives »[1014]. Elle souligne, par ailleurs, qu'en tant qu' « instrument constitutionnel de l'ordre public européen », la Convention impose aux États parties l'obligation d'opérer un contrôle du respect de ses prescriptions de telle façon à préserver les fondements de cet ordre public[1015]. Enfin, elle conclut que « [l]'une des composantes fondamentales de l'ordre public européen est le principe de l'État de droit, dont l'arbitraire constitue la négation. [Dès lors], [m]ême dans le domaine de l'interprétation et de l'application du droit interne, où la Cour laisse aux autorités nationaux une très large marge de manœuvre, elle le fait toujours, explicitement ou implicitement, sous réserve d'interdiction de l'arbitraire »[1016].

324. Ainsi, la notion d'ordre public est étroitement associée par la Cour à la nécessité de limiter l'arbitraire des États même lorsqu'ils disposent d'une marge nationale d'appréciation car il est question de l'application et de l'interprétation du droit national. La Convention européenne joue ainsi la même fonction que celle d'une Constitution qui est de limiter les pouvoirs publics afin d'évincer le recours à l'arbitraire conformément aux principes de l'État de droit. Le texte européen se superpose aux ordres publics internes en incarnant la somme de ceux-ci par la concrétisation d'un ordre public européen qui reflète des valeurs de référence communes. L'appréciation et la solution données par la Cour ont suscité des opinions séparées parmi les juges parties à l'affaire qui sont particulièrement intéressantes pour notre propos. Bien que cet arrêt ne porte pas expressément sur la prohibition de la torture, par analogie, les problématiques soulevées et le questionnement à l'égard du statut et de la portée du droit d'accès à un tribunal y sont facilement transposables, d'autant plus avec la perspective de l'ordre public européen et le conflit de normes engendrant des obligations internationales contradictoire. Une des opinions concordondantes regroupant plusieurs juges

[1013] Ibid., § 146. Cependant, en l'espéce, elle estime que « l'inscription de particuliers sur les listes des personnes soumises aux sanctions décrétées par le Conseil de sécurité entraîne concrètement des ingérences pouvant être d'une extrême gravité pour les droits garantis par la Convention à ceux qui y figurent. Établies par des organes dont le rôle est limité à la déclinaison individuelle de décisions politiques prises par le Conseil de sécurité, ces listes traduisent néanmoins des choix dont les conséquences pour les personnes concernées peuvent être si lourdes qu'elles ne sauraient être mises en œuvre sans que soit ouvert un droit à un contrôle adéquat, d'autant plus indispensable que les listes en question sont le plus souvent établies dans des circonstances de crises internationales et à partir de sources d'informations peu propices aux garanties qu'exigent de telles mesures ».
[1014] Ibid.
[1015] Ibid. § 145.
[1016] Ibid.

parties à l'affaire[1017] rappelle que depuis l'arrêt *Golder*, la Cour EDH considère que le droit d'accès à un tribunal fait partie de la catégorie des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, ces principes étant inclus dans les règles de droit international en faisant une lecture conjointe de l'article 31 § 3, c) de la CVDT et de l'article 38 § 1, c) du Statut de la CIJ[1018]. Ainsi, la Cour interprète l'article 6 de la Convention à la lumière de ces principes généraux de droit puisque le droit d'accès à un tribunal relève de « *l'ordre public* » des États membres du Conseil de l'Europe et que toute mesure restrictive à cet égard devait faire l'objet d'une « contrôle particulièrement attentif »[1019]. Pourtant, les juges rappellent que dans l'affaire *Al-Dulimi*, la majorité avait conclu que le droit d'accès à un tribunal ne faisait pas partie des normes du *jus cogens* sans justifications particulières[1020]. Ainsi, en soulignant que « le droit d'accès à un tribunal dans le cadre de procédures civiles n'est certainement pas absolu, puisqu'il se prête à des limitations implicitement admises »[1021], ces limitations ne sont compatibles avec l'article 6 § 1 de la Convention que « si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et les bus visés »[1022]. Plus particulièrement, l'opinion concordante constate que :

> « Les cas les plus problématiques concernent l'immunité des États en cas de dommages corporels dus à un acte ou à une omission, survenus dans l'État du for et l'immunité de l'État pour des actes à l'encontre des normes de *jus cogens* en dehors de l'État du for. Al-Adsani, réitéré et étendu par Jones et autres, n'accorde pas aux normes de *jus cogens* un effet dérogatoire aux immunités de l'État dans le cadre de procédures civiles en vertu du droit coutumier international. En d'autres termes, l'effet impératif de la norme supérieure de *jus cogens* interdisant et punissant la torture est invalidé par une norme inférieure de droit coutumier. La question qui devrait se poser est celle de savoir si le droit d'accès à un tribunal en matière civile n'est pas un principe général qui relève des normes de *jus cogens* lorsque le droit civil en question a lui-même un tel statut. La Cour est réticente à le reconnaitre. Dans l'affaire Stitching Mothers of Srebrenica et autres, elle a de nouveau considéré que le droit international ne permettait pas de dire qu'une plainte civile devait l'emporter sur l'immunité de poursuite au seul motif qu'elle se fondait sur une allégation de violation particulièrement grave d'une norme de droit international. Dans ce sens, elle a invoqué une affaire récente de la Cour internationale de justice, dans laquelle était clairement énoncé ce principe concernant l'immunité souveraine des États étrangers. De l'avis de la Cour, ce principe était également applicable à l'immunité dont jouissaient les Nations

[1017] Opinion concordante du Juge Pinto De Albuquerque, à laquelle se rallient les Juges Hajiyev, Pejchal et Dedov, 21 juin 2016, sous *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], n° 5809/08, 21 juin 2016.
[1018] Ibid., § 32. V. *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 35, série A, n° 18.
[1019] Ibid., § 32.
[1020] Ibid., § 33. V. *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], n° 5809/08, § 136, 21 juin 2016.
[1021] Ibid.
[1022] Ibid. ; v. égal. *Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 57, série A, n° 93 ; *Fayed c. Royaume-Uni*, 21 septembre 1994, § 65, série A, n° 294-B; *Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], § 59, CEDH 1999-I; *Stichting Mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas* (déc.), n° 65542/12, § 139, CEDH 2013 (extraits).

unies [en cas de mesures restreignant l'accès des particuliers aux juridictions nationales] »[1023].

325. Les juges rappellent que le droit d'accès à un tribunal est « évidemment plus impératif en matière pénale qu'en matière civile » sujette à des limitations implicitement admises moindres, justifiant dès lors la lecture de l'article 15 de la Convention européenne « à la lumière de l'évolution du droit international humanitaire et du droit pénal international, qui garantissent le respect du droit d'accès à un tribunal en matière pénale comme un droit indérogeable », cette lecture étant « la seule compatible avec l'émergence de ce droit en tant que norme intransgressible de jus cogens »[1024]. En l'espèce, la résolution 1483 adoptée dans le cadre des sanctions économiques décidées par le Conseil de Sécurité en vue de lutter contre le terrorisme est considérée comme étant « difficilement compatible avec le droit international humanitaire, le droit pénal international et le droit international des droits de l'Homme » dans la mesure où les requérants font l'objet de mesures de confiscation sans avoir le moyen de les contester devant un tribunal[1025]. Ainsi, les juges estiment, dans un raisonnement transposable aux difficultés d'accès à la justice pour les victimes de torture, que :

> « L'impossibilité d'accéder à un tribunal pour contester les mesures de confiscation punitives viole une norme de *jus cogens*, privant ainsi l'obligation découlant de la Résolution 1483 et ses mesures d'exécution de leur force légale en vertu des articles 24 et 103 de la Charte. Mais même en admettant, pour les besoins du raisonnement, que tel n'est pas le cas, les mesures de confiscation en cause soulèvent une question concernant l'ordre public européen du fait de la violation d'une norme minimale fondamentale de protection des droits de l'Homme. À tout le moins, les garanties procédurales du volet civil de l'article 6 se trouvent en jeu. La restriction à l'accès à un tribunal ne sera compatible avec l'article 6 § 1 que si les personnes concernées disposent d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement les droits garantis par la Convention, notamment si elles ont accès à un autre organe ou agent habilité à exercer des pouvoirs judiciaires. Lorsqu'aucune autre voie légale n'est accessible aux individus et entités visés, le droit à un contrôle indépendant et impartial – le droit à un contrôle judiciaire – peut être atteint dans sa substance […]. Aucun test de proportionnalité additionnel n'est alors nécessaire »[1026].

[1023] Opinion concordante du Juge Pinto De Albuquerque, à laquelle se rallient les Juges Hajiyev, Pejchal et Dedov, 21 juin 2016, sous *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], n° 5809/08, 21 juin 2016, § 34, nous soulignons. V. *McElhinney c. Ireland* [GC], n°31253/96 § 38, CEDH 2001-XI (extraits); *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n°35763/97, § 54, CEDH 2001-XI; *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n° 34356/06 et 40528/06, CEDH 2014 ; *Stichting Mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas* (déc.), n° 65542/12, § 139, CEDH 2013 (extraits); *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; (Grèce intervenant)),* arrêt, CIJ, Recueil 2012, p. 99.

[1024] Ibid., § 35.

[1025] Ibid., §§ 36-37.

[1026] Ibid., § 37.

326. Ainsi, l'ordre public européen est invoqué pour faire obstacle à l'exécution d'une résolution du Conseil de sécurité remettant en cause le droit d'accès à un tribunal dans la mesure où ce dernier est une condition de garantie des autres droits protégés par la Convention européenne. La Cour EDH rattache ainsi la notion d'ordre public européen à l'idée de l'État de droit et l'oppose à la notion d'arbitraire. La Cour interaméricaine a une conception particulière de la notion d'ordre public international en attachant des conséquences spécifiques aux violations graves des droits de l'Homme.

B. L'exemple du système interaméricain

327. Dans l'ordre juridique international, la consécration des normes impératives est directement liée à la notion d'ordre public international dans la mesure où cette hiérarchie normative matérielle permettrait un dépassement de l'article 38 du Statut de la CIJ, en raison du contenu de certaines règles qui ne sont pas susceptibles de dérogations puisqu'elles intéressent la communauté internationale dans son ensemble en contribuant à la sauvegarde de valeurs fondamentales absolument nécessaires « à la vie et à la cohésion de la communauté »[1027]. Ainsi, ces valeurs consacrées par les normes impératives ne sont plus à la disposition des volontés individuelles émanant de chaque État, certains auteurs n'hésitant pas à affirmer que le *jus cogens* a une fonction de constitutionnalisation du droit international[1028]. Il a également été souligné que « la décentralisation du pouvoir décisionnel de cette communauté entraîne un accroissement du rôle de la fonction judiciaire dans l'identification du contenu matériel des normes impératives afin d'en éviter le subjectivisme et le morcellement […] [puisque] la fonction première du juge étant de dire le droit, ce dernier constate et révèle les règles de droit international, notamment les règles de nature coutumière »[1029]. La Cour interaméricaine attache une importance fondamentale à ce rôle dans le domaine du *jus cogens* afin de sauvegarder l'ordre public international sur le continent américain. Néanmoins, l'enjeu est celui d'une approche flexible des normes impératives afin de permettre son intégration dans le système international mais en y exerçant des pressions

[1027] DUPUY, P.-M., *L'unité de l'ordre juridique* international, op. cit., pp. 281-282; CANÇADO TRINDADE, A. A., *International Law for Humankind*, op. cit., p. 344; BIANCHI, A., Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*, in *European Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, 2008, p. 495.
[1028] TOMUSCHAT, C, *Obligations rising for States Without or Against their Will*, in Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 241, 1993, p. 195; SIMMA, B., From Bilateralism to Community Interest in International Law, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 250, 1994, pp. 292-293, p. 217.
[1029] HANSBURY, E., *Le juge interaméricain et le jus cogens – 1. Le Jus Cogens : sa nature et l'identification de ses normes*, Genève, Graduate Institute Publications, Collection eCahiers de l'Institut, 2011, point 14.

afin que des changements graduels y prennent place, toute application rigide du concept pouvant avoir un effet dommageable pour les normes impératives qui risqueraient d'être isolées du système dans lequel elles se déploient[1030]. Dans le cadre du système interaméricain, grâce à l'application du principe interprétatif *pro homine, pro persona* afin de pouvoir adopter l'interprétation la plus favorable aux victimes, la Cour a élaboré un régime de responsabilité aggravée à la charge de l'État en cas de violations graves et systématiques des règles impératives relatives à la protection des droits de l'Homme, ces violations étant considérées comme portant atteinte à l'impératif d'ordre public international. L'article 19 du Projet de la CDI de 1997 relatif à la responsabilité internationale des États faisait référence au crime international découlant « d'une violation grave et à une large échelle d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain », mais la terminologie pénaliste a été abandonnée dans le Projet final de 2001 au profit de l'actuel article 40 relatif aux « violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général »[1031]. Pourtant la Cour interaméricaine semble avoir réactualisé le crime international commis par l'État par l'intermédiaire de ses agents, en estimant que :

> « [P]ursuant to what was established in the chapter on proven facts, the State is responsible for the extra-legal execution of Myrna Mack Chang committed through actions of its agents, carrying out orders issued by the high command of the Presidential General Staff, which constitutes a violation of the right to life. This circumstance was worsened because at the time of the facts there was in Guatemala a pattern of selective extra-legal executions fostered by the State, which was directed against those individuals who were considered "internal enemies." Furthermore, since then and still today, there have not been effective judicial mechanisms to investigate the human rights violations nor to punish those responsible, all of which gives rise to an aggravated international responsibility of the respondent State »[1032].

328. Ainsi, des violations graves du droit international commises par des agents de l'État agissant sur ordre des plus hauts responsables de l'appareil étatique pour lesquelles aucune enquête officielle et approfondie n'a été diligentée afin d'identifier et de punir les responsables engendre pour la Cour une responsabilité internationale aggravée. Dans une affaire ultérieure, elle a confirmé cette jurisprudence en soulignant que :

[1030] Ibid, point 18. V. BIANCHI, A., Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*, préc., pp. 501 et suiv.

[1031] À ce propos, v. DUPUY, P.-M., Action publique et crime international de l'État — A propos de l'article 19 du projet de la Commission du Droit International sur la responsabilité des États, in *Annuaire Français de Droit International*, vol. 25, 1979, pp. 539-554; WYLER, É., « Du 'crime d'État' à la responsabilité pour 'violations graves d'obligations découlant de normes impératives', in DUPUY, P.-M. (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Paris, Pedone, 2003, pp. 105-120.

[1032] Cour IADH, arrêt, *Myrna Mack-Chang c. Guatemala* (merits, reparations and costs), 25 novembre 2003, série C, n° 101, § 139, nous soulignons.

« The Court also deems that, in accordance with what was set forth in the chapter on proven facts, the responsibility of the State is exacerbated by the existence in Peru, at the time of the facts, of a systematic practice of human rights violations, extra-legal executions, of persons suspected of belonging to armed groups, carried out by agents of the State following orders of military and police commanders. Said violations violate international jus cogens. Likewise, the fact that the alleged victims in this case were children must be taken into account in establishing aggravated responsibility »[1033].

329. Ce constat de la responsabilité internationale aggravée de l'État joue la fonction d'une circonstance aggravante qui a des conséquences sur le terrain des réparations accordées aux victimes. En effet, pour la Cour interaméricaine:

« With respect to the issue of genocide mentioned both by the Commission and by the representatives of the victims and their next of kin, the Court notes that in adjudicatory matters it is only competent to find violations of the American Convention on Human Rights and of other instruments of the inter-American system for the protection of human rights that enable it to do so. Nevertheless, facts such as those stated, which gravely affected the members of the Maya achí people in their identity and values and that took place within a pattern of massacres, constitute an aggravated impact that entails international responsibility of the State, which this Court will take into account when it decides on reparations »[1034].

330. La Cour interaméricaine attache une grande importance au droit à réparation et privilégie la voie de la réparation intégrale du préjudice subi. L'article 63, § 1 de la Convention américaine dispose que « [l]orsqu'elle reconnaît qu'un droit ou une liberté, protégés par la présente Convention ont été violés, la Cour ordonnera que soit garantie à la partie lésée la jouissance du droit ou de la liberté enfreints. Elle ordonnera également, le cas échéant, la réparation des conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation de ces droits et le paiement d'une juste indemnité à la partie lésée ». Cet article, qui doit être lu conjointement avec l'article 25 sur le droit à un recours effectif auquel la Cour accorde le statut de norme impérative, est jugé par la Cour comme faisant partie du droit coutumier. En effet, elle considère que « [t]his provision contains a customary norm that constitutes one of the basic principles of contemporary international law on State responsibility. When an unlawful act occurs, which can be attributed to a State, this gives rise immediately to its international responsibility for violating the international norm, with the consequent obligation to cause the consequences of the violation to cease and to repair the

[1033] Cour IADH, arrêt, *Gómez-Paquiyauri Brothers c. Peru* (merits, reparations and costs) 8 juillet 2004, série C, n° 110, § 76, nous soulignons.
[1034] Cour IADH, arrêt, *Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala* (merits), 29 avril 2004, série C, n° 105, § 51, nous soulignons.

damage caused »[1035]. Les mesures de réparation sont définies comme celles « aimed at removing the effects of the violations. Their nature and amount are dependent upon the specifics of the violation and the damage inflicted at both the pecuniary and non-pecuniary levels. These measures may neither enrich nor impoverish the victim or the victim's beneficiaries, and they must bear proportion to the breaches declared as such in the Judgment »[1036]. Cette definition souple de la Cour interaméricaine lui permet de tenir compte des circonstances de chaque espèce, privilégieant toutefois la restitution intégrale lorsque cela est possible plutôt qu'une approche matérielle du droit à réparation, en écartant par ailleurs toute possibilité de dommages et intérêts punitifs[1037]. Il a ainsi été souligné que « loin de ne s'en tenir qu'à une conception de type 'civil' de la responsabilité, la Cour confère bien une dimension pénale à cette dernière, qui se manifeste non pas par des mesures pécuniaires comme dans les systèmes anglo-saxons mais qui s'appuie sur les mesures non-pécuniaires de satisfaction et de garanties de non-répétition »[1038]. Parallèlement, en adoptant une approche en faveur de « l'humanisation du droit international »[1039], la Cour ravive la notion de crime d'État dans le cadre du système interaméricain en suivant le schèma du crime international défini par la Commission du droit international dans l'ancien article 19, en estimant que les violations des normes impératives doivent atteindre un seuil minimum de gravité pour atteindre le seuil du crime, en étant des violations massives, systématiques et persistantes[1040].

331. L'article 30 de la Convention américaine définit la portée des restrictions autorisées à la jouissance et à l'exercice des droits et libertés garantis qui « ne peuvent être appliqués qu'en vertu de lois édictées dans l'intérêt général et uniquement aux fins pour lesquelles ces lois ont été prévues ». La Cour interprète la mention des « lois édictées dans l'intérêt

---

[1035] Cour IADH, arrêt, *Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala* (reparations), 19 novembre 2004, série C, n° 116, § 52.

[1036] V. parmi d'autres, Cour IADH, arrêt, *Case of La Cantuta v. Peru* (merits, reparations and costs), November 29, 2006, Series C, n° 162, § 202.

[1037] Cour IADH, arrêt, *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras* (reparations and costs), July 21, 1989, Series C, n° 07, § 38: « The expression 'fair compensation', used in Article 63 (1) of the Convention to refer to a part of the reparation and to the 'injured party', is compensatory and not punitive. Although some domestic courts, particularly the Anglo-American, award damages in amounts meant to deter or to serve as an example, this principle is not applicable *in international law at this time* ».

[1038] TIGROUDJA, H., *La Cour interaméricaine des droits de l'Homme au service de l'humanisation du droit international public*, op. cit., p. 638.

[1039] Ibid., p. 635.

[1040] WYLER, É., Du « crime d'État » à la responsabilité pour violations graves d'obligations découlant de normes impératives », préc.,, p. 117. V. MÉGRET, F., « Le renouveau de la notion de crime d'État devant la Cour interaméricaine : San José reprend le flambeau abandonné à Genève et négligé à La Haye » in HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H. (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 313-345; v. égal. ACEVEDO, J. P. P.-L., The Close Relationship Between Serious Human Rights Violations and Crimes Against Humanity: International Criminalization of Serious Abuses, In *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVII, 2017, pp. 145-186.

général » comme celles adoptées par « les justes exigences du bien commun » au sens de l'article 32, 2) de la Convention[1041], ce dernier concept devant être appréhendé « as an integral element of public order (ordre public) in democratic States, the main purpose of which is 'the protection of the essential rights of man and the creation of circumstances that will permit him to achieve spiritual and material progress and attain happiness' »[1042]. Cependant, la Cour reconnaît la difficulté inhérente à toute tentative de définition du « bien commun » et de l' « ordre public » en soulignant que « both concepts can be used as musch as to affirm the rights of the individual against the exercise of governmental power as to justify the limitations on the exercise of those rights in the name of collective interests »[1043]. Ainsi, la Cour envisage ces deux notions comme ayant une double fonction : soit au bénéfice des individus qui peuvent alléguer le respect de l'ordre public et du bien commun pour limiter l'action des autorités étatiques, soit comme un moyen de restreindre les droits et libertés individuels au nom de la préservation des intérêts collectifs. Cependant, elle insiste sur le fait qu'aucun de ces deux concepts ne peut être invoqué, quelles que soient les circonstances comme « means of denying a right guaranteed by the Convention or to impair or deprive it of its true content », conformément à l'article 29, a)[1044]. En effet, lorsque ces notions sont invoquées par les États afin de restreindre les droits et libertés garantis par la Convention, ils doivent être soumis à une « interpretation that is strictly limited to the 'just demands' of 'a democratic society', which takes account of the need to balance the competing interests involved and the need to preserve the object and purpose of the Convention »[1045]. Ainsi, lorsqu'elle évoque l'ordre public international, la Cour interaméricaine juge que la protection des droits de l'Homme qui lui incombe au regard de la Convention, lui permet d'aller au-delà de la volonté des États Parties. En effet, elle affirme que:

> « Since proceedings brought before the Court seek the protection of human rights –a matter of international public order which goes beyond the will of the parties–, the Court must ensure that such acts are acceptable for the purposes sought by the Inter-American System. In doing so, the Court must not only verify the formal conditions of said acts, but also examine them in relation to the nature and

[1041] Article 32 de la Convention américaine - Corrélation entre droits et devoirs : « 1. Toute personne a des devoirs envers la famille, la communauté et l'humanité. 2. Les droits de chaque personne sont limités par les droits d'autrui, par la sécurité de tous et par les justes exigences du bien commun, dans une société démocratique ».
[1042] Cour IADH, avis consultatif, *The Word "Laws" in Article 30 of the American Convention on Human Rights, Requested by the Government of Uruguay*, 9 May, 1986, OC-6/86, Series A, n° 06, § 29. V. égal. § 30.
[1043] Ibid., § 31.
[1044] Ibid. L'article 29, relatif aux normes d'interprétation, dispose en son point a) qu' « [a]ucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme […] autorisant un État partie, un groupement ou un individu à supprimer la jouissance et l'exercice des droits et libertés reconnus dans la présente Convention ou à les restreindre plus qu'il n'est prévu dans ladite Convention ».
[1045] Ibid.

seriousness of the alleged violations, the requirements and interests of justice, the specific circumstances surrounding a particular case, and the attitude and position of the parties »[1046].

332. La Cour IADH accepte ainsi l'existence d'un ordre public international, position qui a pu être qualifiée comme s'inscrivant dans la lignée de la Cour européenne en raison d'une pratique systématique à l'égard de la reconnaissance d'intérêts supérieurs, d'une communauté internationale, d'une conscience juridique comme raison d'être de l'ordre international, concepts au regard desquels, elle a le pouvoir d'adopter des décisions allant à l'encontre de la volonté des États[1047]. Cependant, si la Cour IADH a attaché des conséquences aux violations découlant des atteintes à l'ordre public interaméricain et que la Cour EDH a également apporté des éléments de définition à la notion d'ordre public européen, l'ordre public international demeure une notion floue, difficile à définir.

§ 2. L'ordre public international : une notion relative aux contours imprécis

333. La notion d'ordre public international s'apparente à un moyen de limiter l'office interprétatif des organes internationaux de protection. Par ailleurs, cette notion est étroitement liée à la définition par ces mêmes organes d'un objectivisme jurisprudentiel aspirant à limiter le volontarisme étatique. En même temps, elle est également liée à concept analogue qui existe dans les ordres juridiques internes. Pourtant, si la nécessité de sauvegarder l'ordre public national d'un État peut être utilisé comme justification en vue de limiter les droits et libertés sous réserve du respect d'un principe de proportionnalité, l'ordre public international se rattache à un corps de principes fondamentaux en vue de limiter tant l'arbitraire étatique (A) que l'arbitraire judiciaire (B).

[1046] Cour IADH, arrêt, *Case of Kimel v. Argentina* (merits, reparations and costs), 2 May, 2008, Series C, n° 177, § 24. V. égal. Cour IADH, arrêt, *Ticona Estrada and others v. Bolivia* (merits, reparations and costs), 27 November, 2008, Series C, n° 199, § 21; Cour IADH, arrêt, *Case of Kawas Fernández v. Honduras* (merits, reparations and costs), 3 April, 2009, Series C, n° 196, § 24; Cour IADH, arrêt, *Case of González and others v. Mexico* (preliminary exceptions, merits, reparations and costs), 16 November, 2009, Series C, n° 205, § 25.

[1047] ACOSTA ALVARADO, P. A., La humanización del derecho internacional por la jurisprudencia interamericana, *in Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, n° 7, 2010, pp. 87-104, spéc. p. 91, notre traduction : « Como resultado de esta práctica sistemática en torno al reconocimiento de unos intereses superiores, de una comunidad internacional, de una conciencia jurídica como razón de ser y norte del ordenamiento internacional, recientemente la jurisprudencia interamericana, siguiendo los pasos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), aceptó la existencia de un orden público internacional. Así pues, el órgano judicial interamericano ha decidido afirmar que en el marco de sus competencias, y en atención a que la tutela de los derechos humanos es una cuestión de orden público, éste puede tomar decisiones que incluso superen la voluntad de los Estados miembros del Sistema ».

A. Un rempart contre l'arbitraire étatique

334. L'ordre public international peut faire référence à un socle commun « de règles d'importance fondamentale pour la communauté internationale dans son ensemble auxquelles les États ne pourraient, à peine de nullité, déroger par des conventions contraires »[1048]. En droit international, il est étroitement lié à la notion de *jus cogens*[1049]. Si traditionnellement, l'ordre public est une notion utilisée en droit interne en vue de restreindre les droits et libertés lorsque sa préservation est en jeu notamment au nom de la protection de l'intérêt général, l'ordre public international revêt une fonction inversée. En effet, dans l'ordre juridique national, l'État invoque l'ordre public comme moyen de justification des mesures portant atteinte à l'exercice des droits et libertés des individus, le juge du contrôle évaluant la légalité et la conformité de telles mesures restrictives au regard de la proportionnalité entre l'objectif légitime visé de protection de l'ordre public et l'atteinte aux droits et libertés. Dans l'ordre juridique international, la notion d'ordre public international est plutôt au service des individus et des organes internationaux de protection en vue de son utilisation à l'encontre des États, afin de restreindre leur marge d'appréciation et ainsi encadrer les limites de leur volonté. En effet, « l'ordre public international dépasse la sphère de la coopération entre États égaux et souverains pour consacrer les valeurs partagées d'une communauté internationale en devenir, ouverte 'à tous les peuples et toutes les nations', mais aussi à 'tous les individus et tous les organes de la société' […] »[1050]. Dans ce contexte, l'ordre public international renvoie plutôt au noyau dur des droits fondamentaux, à des principes et règles au regard desquels la conformité du comportement de l'État sera évaluée afin d'établir la violation ou non d'un instrument conventionnel ou encore en raison de l'atteinte à des principes fondamentaux de l'ordre public international, retenir l'argument de circonstances aggravantes ou celles de violations graves du droit international découlant de l'atteinte à des valeurs essentielles. C'est à travers la juridictionnalisation du droit international des droits de la personne et la reconnaissance d'un recours individuel que se concrétise l'objectivisme jurisprudentiel qui s'oppose au volontarisme étatique. Cette limitation de la volonté des États en droit international public par la référence à des normes qui intéressent la communauté

[1048] SALMON, J. (dir.), Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 789.
[1049] Robert Ago, *Cinquième rapport sur la responsabilité des Etats*, *Ann. C.D.I.*, 1976, vol. II, 1re partie, § 72 à 155 ; C.D.I., rapport à l'A.G.N.U. sur les travaux de sa vingt-huitième session (commentaires relatifs aux articles 16 à 19), A/31/10, *Ann. C.D.I.*, 1976, vol. II, 2e partie, p. 89.
[1050] DECAUX, E., « 'Ne tirez pas sur le pianiste', droit international public et progrès des droits de l'homme », in AKANDJI-KOMBÉ, J.-F. et al (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en l'honneur du professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 615-634, spéc. p. 617.

internationale dans son ensemble se reflète à l'article 53 de la CVDT qui limite la liberté contractuelle des États en déclarant nul, *ab initio,* tout traité contraire aux normes impératives. Implicitement, la notion de *jus cogens* a pour effet de délimiter, au moins en théorie, les domaines et les sujets sur lequels des accords internationaux peuvent être conclus, mais en même temps d'aggraver la responsabilité internationale de l'État au moins par le langage employé par un organe de protection face à des violations graves du droit international[1051]. Ainsi, il semblerait que les violations récurrentes des droits de la personne dans le contexte d'un ordre juridique international, marqué par la coexistence de plusieurs organes internationaux de protection tant juridictionnels que quasi-juridictionnels qui disposent d'un pouvoir d'interprétation, de l'indépendance et de l'impartialité qui les caractérisent dans l'exercice de leurs missions, engendrent une forme de moralité opposable à l'État. Les sanctions répétées des violations et l'affirmation d'un ordre public international à préserver en raison de l'importance des valeurs qu'il protège en constituent la consécration. Par ailleurs,

> « Le mode de production ou de détermination du *jus cogens* rappelle de la sorte le mode législatif où l'unanimité des membres d'une assemblée quelconque n'est pas nécessaire pour l'adoption d'une loi qui s'imposera à l'ensemble des membres du corps social. Que la détermination de la norme impérative soit plutôt l'oeuvre du juge ne change rien à ce constat: l'Etat n'aura pas non plus participé à sa création ou à son dévoilement; mais cette norme s'imposera à lui, sans son consentement, et même contre sa volonté au cas où il chercherait à s'y opposer. Le *jus cogens* peut émerger sans volonté de l'Etat; il s'impose à celui-ci avec, sans ou contre sa volonté »[1052].

335. Les obligations *erga omnes* sont celles des États « envers la communauté internationale dans son ensemble », qui protègent des droits d'une telle importance que « tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés »[1053]. Ainsi, la violation de telles obligations, comme celle de s'abstenir d'avoir recours à des actes de torture ou autres formes de mauvais traitements, à travers la mise en œuvre de la responsabilité internationale, renvoie à la sanction « de comportements portant atteinte, au moins autant qu'aux droits subjectifs de tel État particulier, à un ordre public international »[1054]. Par ailleurs, la juridictionnalisation de la protection internationale des

[1051] KAMTO, M., La volonté de l'État en droit international, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 310, 2004, pp. 313-383 : l'auteur confronte longuement la volonté de l'État à la notion d'ordre public international, notamment au regard des effets des normes du *jus cogens* (pp. 364-369) et en termes de conséquences à l'égard de la mise en œuvre de la responsabilité internationale et de l'attribution d'un fait internationalement illicite à l'État (pp. 369 et suiv.).
[1052] Ibid., p. 369, nous soulignons.
[1053] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, § 33.
[1054] COMBACAU, J., Le droit international : bric-à-brac ou système?, in *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1987, p. 104.

droits de l'homme reflète le passage « de la longue hésitation entre une simple coordination entre États souverains dont rien ne pouvait entamer les volontés [à] un système de base de subordination dans lequel la contrainte serait organisée contre les auteurs de manquement à la norme commune »[1055].

336. La recherche et la détermination des règles du droit international coutumier servent le développement de la notion d'ordre public international. En effet, il s'agit de la recherche de règles qui font l'unanimité parmi les États et à un tel point, qu'il n'est plus nécessaire de ratifier un instrument de protection codifiant une telle règle pour être liés par celles-ci, ces règles reflétant l'état du droit international sur une question donnée. De la même manière que la notion d'ordre public est amenée à évoluer en fonction du développement et le changements des mœurs ainsi qu'en fonction du contexte politique, culturel et socio-économique et que les États cherchent à imposer des limites aux droits et libertés en vue de sauvegarder l'ordre public, les organes internationaux de protection des droits de l'Homme cherchent à imposer des limites aux États lors du constat de violations des droits humains, en fonction d'une légalité composée de principes évolutifs au contenu en constante mouvance. Néanmoins, il est important de préciser que ce concept ne revêt pas la même signification en droit international que celle qu'il a en droit interne ou en droit international privé. En droit interne, l'ordre public est un concept à contenu variable, en fonction du contexte socio-économique et culturel, se caractérisant dès lors par la diversité au regard des époques et des États considérés, mais aussi en étant une institution juridique et politique permettant la restriction des droits et libertés posés par la Constitution au nom de la protection de la souveraineté et des intérêts de l'État, au nom de la sécurité nationale ou d'un contexte d'urgence. En droit international privé, l'utilisation de la notion d'ordre public international régule l'application extraterritoriale des jugements étrangers. Cette notion permet de faire obstacle à l'exécution d'un jugement étranger dans un ordre juridique où il rentre en contradiction avec les valeurs et principes fondamentaux qui régissent la société à un moment donné. Il s'agit dans ce cadre de la limitation de la volonté d'un pouvoir judiciaire étranger qui cherche à produire des effets de droit dans un espace juridique où s'exerce un autre pouvoir judiciaire qui y est maître et qui s'y oppose en raison du désaccord exprimé à l'égard des effets potentiels que pourraient produire le jugement étranger dans son ordre juridique interne et de ses spécificités inhérentes. Aux côtés d'une fonction de limitation de la volonté et de l'arbitraire étatique, l'ordre public international remplit également une fonction

[1055] CHEMILLER-GENDREAU, M., « Le droit international entre volontarisme et contrainte », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 93.

d'humanisation du droit international indirectement à travers l'accès de l'individu à la justice et grâce à la part croissante des acteurs de la société civile. La notion d'ordre public international développée par la Cour EDH et par la Cour IADH a contribué à apporter des éléments de définition de son contenu en vue de la protection des droits fondamentaux. Il s'agit d'un concept juridique encore en processus de formation mais qui a pu être identifié comme étant le droit international global, le *jus commune*, l'ordre commun, l'ordre public de la communauté, l'ordre public substantiel, l'ordre public européen, l'ordre public américain : tous ces termes ayant été alternativement utilisés dépendamment des contextes. Cette notion a également été assimilée à la notion de *jus cogens* et de normes *erga omnes* bien que l'on puisse considérer que ce ne sont pas des concepts équivalents mais plutôt que le caractère impératif et l'opposabilité à tous, sont des caractéristiques des normes contenues dans l'ordre public[1056]. Toutefois, si l'objectivisme jurisprudentiel tend à la protection de l'ordre public international face au volontarisme de l'État, cette notion n'est pas sans conséquences à l'égard du pouvoir judiciaire.

B. Un rempart contre l'arbitraire judiciaire

337. La notion d'ordre public cherche également à imposer des limites au pouvoir judiciaire qui a vu ses fonctions et ses missions évoluer au cours du temps en fonction de peines qu'il pouvait prononcer et à l'encontre de quel destinataire. À l'origine, durant l'Antiquité, au Moyen-Âge et jusqu'à la Révolution française, la torture était une peine légale, imposée par les juges parties aux procès qui en fixaient les modalités. La prohibition de la torture était probablement impensable à l'époque où la violence était un moyen de sanction légitime, en vue de punir et réprimer les atteintes et comportements contraires aux règles de droit, en faisant partie de l'arsenal juridique de sanctions inclus dans le droit pénal[1057]. Le

[1056] ACOSTA ALVARADO, P. A., *La humanización del derecho internacional por la jurisprudencia interamericana*, préc., pp. 87-104.

[1057] Rapport de l'ACAT, Un monde tortionnaire, 2014, pp. 9-10 : « Si la torture nous concerne tous, elle implique certains Hommes plus que d'autres. Certains métiers aussi. Celui de juge notamment. Durant des siècles, elle a été l'une des armes favorites du pouvoir et les magistrats en ont été, sans beaucoup d'états d'âme, parmi les plus fidèles utilisateurs. Elle était une pratique officielle, reconnue par la loi, réglementée avec une diabolique précision par les codes et les coutumes. Après avoir été cette procédure légale, elle est devenue aujourd'hui une pratique illicite. La différence théorique et juridique est de taille. La torture est passée du Code de procédure pénale au Code pénal : de méthode officielle d'interrogatoire, elle est devenue délit, réprimé par la loi et dénoncé par le droit international. Le tortionnaire n'est plus un officier appointé au budget de l'État, mais un bourreau clandestin risquant de lourdes peines. **[…]** De la justice, on attend qu'elle fasse son devoir et assume son rôle et pas seulement en période de crise politique. Des règles précises existent, posées notamment par la Convention internationale du 10 décembre 1984, auxquelles les juges doivent veiller en permanence. Ainsi l'interdiction d'extrader une personne vers un État où elle risque d'être soumise à la torture ou bien celle

développement des normes internationales conventionnelles de protection des droits de l'Homme est jugé comme contribuant à la création d'un ensemble de normes uniformes et communes à tous les ordres juridiques existants, nationaux et supranationaux qui, considérées comme fondamentales, bénéficient d'une légitimité et d'une validité renforcée à l'égard des membres de la communauté internationale. Il a même été affirmé que cette uniformité du droit conduit, par ailleurs, à l'harmonisation des relations existantes entre les différents ordres juridiques[1058]. En effet, le contenu matériel et les objectifs affirmés des instruments de protection des droits de l'Homme, spécialisés ou généraux, sont uniformes et convergent vers la réalisation de l'universalité et de l'effectivité des droits. C'est en pratique que l'uniformité est entachée, par les violations récurrentes et persistantes même des interdictions les plus absolues comme la prohibition de la torture. Cependant, la création, l'adoption et le développement de normes et concepts juridiques internationaux en matière de droits de l'Homme par les principaux créateurs de la normativité internationale, à savoir les États, les organisations et les tribunaux internationaux, ont mené à la définition d'un noyau dur des droits fondamentaux ainsi qu'à l'émergence d'un concept juridique encore en phase de formation et de consolidation, mais qui prend une place grandissante, à savoir la notion d'ordre public international[1059]. Par ailleurs, la notion communauté internationale « est en voie permanente d'expansion; et elle entraîne à sa suite celle de l'ordre juridique qui l'organise »[1060], l'ordre public international ayant pour fonction la protection de valeurs fondamentales qui s'y rattachent. Parallèlement, « [d]ès lors qu'un instrument international

---

d'utiliser comme preuve une déclaration obtenue sous la torture. Mais la responsabilité principale des juges découle aujourd'hui, dans tous les pays, démocratiques ou pas (ou peu), de ce constat encore insuffisamment connu : les tortures les plus fréquentes sont celles dont sont victimes les personnes retenues par la police ou détenues dans des prisons et des centres de rétention, c'est-à-dire sous le contrôle direct ou indirect de la justice. La religion de l'aveu est l'une des plus répandues au monde. Ses corollaires, la violence et la torture, n'ont rien d'exceptionnel et ne sont pas réservés aux pays de dictature. C'est pourquoi il appartient aux services judiciaires d'exercer une surveillance sans faille sur les méthodes d'interrogatoire policier et de traiter, sans faiblesse ni complaisance, toutes les plaintes déposées contre la police ou les nombreux organes d'enquête gravitant autour de l'État ».

[1058] Notre traduction, v. JIMENEZ SOLARES, E., Las normas internacionales convencionales de derechos humanos y su contribución al orden público internacional, in *Revista de Derecho UNED*, n° 14, 2014, p. 326 : « El desarrollo de las normas internacionales convencionales de derechos humanos está produciendo un fenómeno jurídico de gran relevancia a nivel mundial. Este consiste en la creación de un conjunto de normas uniformes y comunes a todos los órdenes jurídicos exis- tentes, nacionales y supranacionales. Dichas normas son considera- das fundamentales y por ende, se les atribuye un alto grado de legitimidad y vinculatoriedad por parte de los miembros de la comu- nidad internacional. Esta uniformidad del derecho está conduciendo, asimismo, hacia la armonización de las relaciones existentes entre los diferentes órdenes jurídicos ».

[1059] Ibid., pp. 326-327 : « En los últimos años, la creación, adopción y desarrollo de normas y conceptos jurídicos in- ternacionales en materia de derechos humanos por parte de los princi- pales creadores de la normatividad internacional, a saber, los Estados, las organizaciones y los tribunales internacionales, ha propiciado la conformación del núcleo duro del Derecho y y el surgimiento de otro concepto jurídico que, si bien aún está en proceso de conformación, es cada vez más invocado: el orden público internacional ».

[1060] DUPUY, P.-M., « La communauté internationale. Une fiction? », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 396.

tend à l'interdiction d'un comportement particulièrement grave, tel un crime de droit international ou la violation, par les personnes privées, de règles de *jus cogens*, l'obligation de comportement normatif à la charge de l'Etat doit être considérée comme stricte »[1061].

338. La notion d'ordre public peut également être employée pour régler des conflits entre normes, comme dans l'affaire *Al-Dulimi,* ce qui rapproche la notion d'ordre public international de la notion d'ordre public en droit interne : les atteintes aux droits et libertés pour motifs d'ordre public seront évalués par le juge constitutionnel afin d'examiner la pertinence et la proportionnalité des « limites aux limites » des droits fondamentaux en vue de sauvegarder l'ordre public[1062]. En droit interne, l'ordre public est ainsi utilisé pour limiter les droits fondamentaux des individus. En droit international, il s'agit d'utiliser l'ordre public international comme un moyen de limiter la marge d'appréciation des États et la portée du volontarisme à l'aune de la mise en balance de l'importance des droits à protéger et les risques d'atteintes à leur essence même en cas de violation de la prohibition de la torture pour protéger, par exemple, l'ordre public dans le cadre de la lutte contre le terrorisme : il ne s'agit pas d'un argument fondé sur des principes de justice mais plutôt d'un argument extra-judiciaire, politique qui essaie de neutraliser l'intervention d'une autorité judiciaire. Ainsi le mécanisme de l'ordre public en droit interne et en droit international diffère par son objectif et son but : restreindre les droits des individus au nom de l'ordre public en droit interne; encadrer le pouvoir d'interprétation du juge et restreindre l'arbitraire, et renforcer les obligations des États en droit international afin de consolider la portée effective des droits. Au nom de l'ordre public international, il est nécessaire d'aboutir au respect des standards minimums en matière de protection du noyau dur des droits de l'Homme qui protègent l'intégrité et la dignité de la personne humaine. Par la reconnaissance de valeurs et principes fondamentaux qui intéressent la communauté internationale dans son ensemble, les organes internationaux de protection en étant investis de la mission d'interprétation du sens, du contenu et de la portée des droits de la personne, opèrent une appréciation du comportement au regard de l'ordre public international tout en acceptant de s'y référer comme moyen de justifier et de légitimer leurs positions. Précisément, les instruments internationaux ne s'interprètent pas « dans le vide » pour reprendre la formule de la Cour EDH mais par rapport à des principes, des standards, des valeurs que les juges contribuent à construire en

[1061] RASPAIL, H., *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, thèse de doctorat en droit, soutenue le 1er décembre 2011, Université Paris II – Assas, p. 220.

[1062] V. sur cette question dans l'ordre juridique français, GERVIER, P., *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, L.G.D.J-Lextenso., 2014, 540 p.; pour un résumé, v. GERVIER, P., *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2014/4, n°45, pp. 105-112.

commun[1063]. L'ordre public international serait également constitué à l'égard des juges des principes et règles du droit international général que les interprètes spécialisés prennent en considération en ayant conscience d'appartenir à un domaine plus large et plus englobant, l'ordre juridique international dont il faut préserver la cohérence et l'intégrité. En effet, la prééminence du droit et les exigences découlant de la prévisibilité et de la sécurité juridiques peuvent être mises en perspective avec la notion d'ordre public international opposable aux États en cas de violations graves, opposables aux juges en tant qu'elle incarne les principes communs qui régissent et irriguent tout le droit international indépendamment des droits et libertés protégés.

339. La notion d'ordre public joue un rôle semblable dans la limitation de la liberté de l'interprète à travers la construction d'une jurisprudence constante, incluant ou non des sources externes, qui peut jouer le rôle de guide et fournir un appui dans l'interprétation de la proportionnalité des mesures apportant des restrictions aux droits et libertés dans l'ordre juridique interne ou encore dans l'appréciation de la légalité et la gravité de certains actes lorsque les droits sont insusceptibles de dérogations comme la prohibition de la torture. La notion d'ordre public international sera utile afin déterminer d'éventuelles circonstances aggravantes tandis que la référence à la pratique et aux sources externes de ses homologues à l'égard de problématiques semblables peut être un moyen de restreindre la marge d'appréciation du juge qui, à des problèmes communs, acceptera de proposer des solutions communes aux autres organes internationaux de protection. Sur le long terme, cela pourrait avoir un impact sur le changement et l'évolution du droit qui s'adapte au contexte changeant qui incarne non seulement des mœurs et principes des ordres juridiques internes, mais également des valeurs et des principes communs transversaux entre les systèmes juridiques de protection des droits de l'Homme qui se consolident à travers la pratique jurisprudentielle qui contribue à définir des principes généraux du droit. Ces derniers apparaissent comme des pierres angulaires de l'ordre juridique international, en étant communs non seulement aux ordres juridiques nationaux mais également aux systèmes internationaux de protection des droits de la personne. Ce serait également un moyen d'accroître et de renforcer la protection et l'effectivité des droits fondamentaux à travers l'usage d'un langage qui inclut l'ordre public international comme le reflet d'un acquis qui ne peut être remis en cause en dépit des circonstances exceptionnelles, en raison de la protection de valeurs fondamentales reconnues

[1063] V. DWORKIN, R., *Une question de principe*, Paris, PUF, 1996, 512 p.; DOTHAN, S., « Three Interpretive Constraints on the European Court of Human Rights », in KANETAKE, M., NOLLKAEMPER, A., *The Rule of Law at the National and International Levels. Contestations and Deference*, Oxford, Hart Publishing, 2016.

par la communauté internationale dans son ensemble et dont la violation est sanctionée par le pouvoir judiciaire international.

CONCLUSION DU DEUXIÈME CHAPITRE

340. Il a été montré que le *jus cogens* allait au-delà de la prohibition de la torture et plus généralement du noyau dur des droits fondamentaux, en fonction des juridictions, la Cour IADH étant celle qui a la conception la plus large de la catégorie des normes impératives en considérant qu'elle inclut le droit d'accès au juge. Ainsi, si le caractère absolu de l'interdiction de la torture est acquis en théorie, tout autre est sa mise en œuvre en raison non seulement des violations récurrentes et persistantes de cette prohibition mais également en raison de la nécessaire appréciation *in concreto* des actes de torture et des autres formes de mauvais traitements. Si une hiérarchie normative se dégage en droit international compte tenu du contenu matériel de certaines normes qui protègent des valeurs fondamentales, une hiérarchie formelle continue à faire défaut. Cependant, la juridictionnalisation partielle de l'ordre juridique international a eu pour effet l'émergence d'un objectivisme jurisprudentiel qui s'oppose au volontarisme étatique, notamment grâce à l'affirmation d'un ordre public international qu'il faut préserver. Ainsi, cette notion émergente étroitement liée aux normes impératives et aux obligations *erga omnes*, en dépit de son contenu imprécis, a pour effet de restreindre non seulement l'arbitraire étatique mais également l'arbitraire judiciaire en jouant le rôle d'un standard de référence à l'aune duquel seront évaluées les violations des droits de la personne. Au-delà d'un simple standard de référence, l'objectivisme jurisprudentiel s'affirme à travers la volonté de garantir l'ordre public international, qui se reflète dans la recherche et la détermination de standards communs de protection illustrant l'interdépendance matérielle des systèmes juridiques en dépit de leur indépendance formelle. Si la volonté et la résistance des États constituent des limites incontournables à la protection effective des droits de la personne, la marge d'appréciation des organes internationaux de protection dans l'exercice de leur pouvoir d'interprétation incarne le pendant nécessaire en vue de la consolidation et de la préservation des mécanismes internationaux de protection.

CONCLUSION DU TITRE II

341. Si dans l'ordre juridique international, une hiérarchie formelle fait défaut tant entre les organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels, mais aussi entre les normes internationales, au regard de l'étude de la jurisprudence, certaines normes sont affirmées comme étant d'une importance fondamentale en raison de la nature des valeurs qu'elles protègent et qui intéressent la communauté internationale dans son ensemble. C'est ainsi que l'existence d'une hiérarchie normative matérielle est admise, dans la mesure où des règles telles que la prohibition de la torture, l'interdiction du génocide ou de l'esclavage font l'unanimité dans la jurisprudence internationale en raison de la protection de l'intégrité et de la dignité humaine par ces règles. De la nature de norme impérative accordée à une interdiction, telle que la torture ou autres formes de mauvais traitements, découle le caractère absolu et indérogeable qui s'impose aux destinataires de cette prohibition. Pourtant, en pratique, le caractère absolu et indérogeable des normes impératives est atténué en raison des violations persistantes et récurrentes et en raison de la difficulté de déterminer avec précision, quels sont les effets juridiques attachés aux normes impératives lorsqu'elles rentrent en contradiction avec des normes d'une valeur inférieure mais bien reconnues en droit international coutumier, telles que les règles internationales relatives aux immunités qui remettent fortement en cause le caractère absolu de la prohibition de la torture. L'universalisme intrinsèque attaché aux droits de l'Homme, a fortiori à l'égard du noyau dur des droits fondamentaux dont relève la prohibition de la torture, est affirmé dans un contexte de pluralisme juridique qui découle tant de la diversité des organes internationaux de protection des droits de la personne que de la spécifité des traités relatifs aux droits de l'Homme par rapport aux autres traités internationaux. Néanmoins, la jurisprudence internationale contribue à une coordination entre les différents corps de règles applicables à la protection des droits de la personne. En effet, la convergence jurisprudentielle quant à la complémentarité du droit international des droits de l'Homme, du droit international humanitaire et du droit international pénal, contribue à une plus grande cohérence dans l'application de ces règles. Le développement de la notion d'ordre public dans la jurisprudence internationale reflète la concrétisation d'une hiérarchisation normative quant à l'existence des normes impératives dont la portée reste à préciser.

Partie II. La contribution du dialogue juridictionnel à la systématisation du droit international des droits de la personne par le renforcement du pouvoir judiciaire

342. Envisager le dialogue comme une technique juridique interprétative qui tend à l'harmonisation des méthodes d'interprétation utilisées par les organes de protection, implique de s'intéresser également aux raisons de son usage. Le recours aux sources externes pourra être critiqué en raison des objectifs poursuivis par l'interprète. Instrument de légitimation, instrument de reconnaissance ou encore instrument de fragmentation du droit, les objectifs poursuivis par le dialogue sont tout autant multiples que ses caractèristiques. Les enjeux sont d'ordre politique et traduisent la recherche d'une domination par la « *diplomatie judiciaire* »[1064] qui peut être qualifiée de juridiquement argumentée. En étudiant les fonctions du dialogue, ce dernier se situe à nouveau dans une logique dialectique pouvant engendrer tant une véritable collaboration entre les organes de protection qu'une réelle concurrence (Titre I). La circulation des décisions de justice et des instruments de protection, traduit la consolidation de standards minimums de référence qui contribuent incontestablement à structurer la protection des droits de la personne autour de principes qui jouent une fonction de structuration de l'ordre juridique international. En même temps, la définition de standards communs joue une fonction d'encadrement du pouvoir exercé tant par les États, que par les juridictions internationales et les tribunaux nationaux qui ont un rôle fondamental à jouer dans la mise en œuvre effective des droits de l'Homme dans les ordres juridiques internes. Par ailleurs, ce constat soulève des interrogations quant à la nature presque constitutionnelle des organes internationaux de protection des droits de l'Homme (Titre II).

[1064] COSTA, Jean-Paul, *La Cour européenne des droits de l'Homme. Des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2013, p. 225.

Titre I. Les fonctions du dialogue : dialectique entre collaboration et concurrence

343. Après voir envisagé le dialogue en tant que technique juridique comparative pouvant aboutir tant à des positions convergentes qu'à des positions divergentes entre les organes de protection, il est nécessaire de mettre en lumière les effets de cette pratique spontanée dans le monde judiciaire. En effet, le dialogue a un effet incontestable sur le pouvoir d'interprétation accordé à chaque organe en charge de protéger les droits de la personne. L'incorporation de sources externes peut avoir des conséquences imprévisibles qui ne sont pas toujours en faveur de la protection de la personne humaine comme cela est le cas avec la jurisprudence en matière d'immunités en lien avec la violation d'une règle impérative. Néanmoins, de manière générale, en dépit de ces conséquences imprévisibles et parfois insaisissables qui découlent directement du caractère spontané du dialogue et de l'existence de positions divergentes à l'égard de questions communes, la citation d'éléments extra-systémiques a un impact enrichissant sur l'interprétation jurisprudentielle. En effet, plusieurs fonctions sont remplies par le dialogue qui tend à remodeler les contours du pouvoir interprétatif accordé aux organes internationaux de protection des droits de la personne. Dès lors, l'interprétation jurisprudentielle se trouve transformée par la circulation des éléments extra-systémiques dans l'ordre juridique international (Chapitre 1). Ainsi, si le pouvoir d'interprétation et la marge d'appréciation de chaque interprète sont influencés par l'utilisation croissante de sources externes lorsqu'il est question de droits de la personne et de problématiques juridiques communes, le pouvoir judiciaire en lui-même se trouve transformé. Cela renvoie à la critique classique des sceptiques du dialogue qui perçoivent cette pratique comme l'élément catalyseur de l'émergence d'un « gouvernement des juges » allant à l'encontre de la volonté, de l'indépendance et de la souveraineté des États. Il semble que le dialogue judiciaire engendre des inquiétudes parmi les positivistes et les partisans du volontarisme étatique, précisément en raison d'une modulation du pouvoir judiciaire. Si celui-ci a été fragmenté en une multitude de systèmes de protection, tant universels que régionaux, tant préventifs que répressifs, caractérisés chacun par des spécificités propres, le dialogue traduit l'existence d'une continuité entre ces systèmes divers et multiformes. Il traduit ainsi la recherche d'une reconnaissance et d'une légitimité à l'échelle globale, engendrant un pouvoir judiciaire unifié *de facto* en raison de la pratique spontanée, mais conjointe du dialogue, par les organes internationaux de protection (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les fonctions de l'usage du dialogue dans l'interprétation jurisprudentielle

344. L'interprétation jurisprudentielle des droits de la personne s'inscrit dans le cadre général des méthodes définies par la Convention de Vienne sur le droit des traités. Comme vu précédemment, la mise en interaction de plusieurs systèmes autonomes protégeant l'intégrité et la dignité de la personne humaine de façon similaire en prohibant la torture et autres formes de mauvais traitements, engendre un phénomène d'interprétation globale par contextualisation normative et systémique. Les frontières entre ces systèmes tendent à s'estomper, chaque interprète s'inspirant de ses homologues, tant pour adopter des interprétations restrictives en estimant qu'il n'existe pas de position internationale commune à l'égard du problème juridique donné par exemple, ou au contraire, pour adopter des interprétations extensives jugeant que les cadres factuels et normatifs justifient une telle position. Ainsi, lorsque est évoquée une dialectique entre autoélargissement et autolimitation, il semblerait qu'une forme d'équilibre découle naturellement de la pratique du dialogue. L'interprète va tantôt élargir sa marge s'appréciation en se référant à des sources externes, tantôt la réduire en s'imposant, spontanément, des limites qui dépassent le cadre de son système juridique d'origine (Section 1). Cette ambivalence se traduira non seulement par un usage varié des éléments extra-systémiques, mais aussi par une gradation de l'autorité qui leur est accordée. En effet, la simple intégration des éléments externes ne suffit pas à leur accorder une autorité certaine et précisément mesurable. Leur autorité sera nécessairement en fonction du contexte d'incorporation mais également en fonction de la matière interprétée dans la mesure où en l'absence de la règle du précédent obligatoire dans l'ordre juridique international, chaque interprète accordera une portée variable aux sources étrangères intégrées à son système (Section 2).

Section 1. La dialectique entre autoélargissement et autolimitation

345. La dialectique entre autoélargissement et autolimitation du pouvoir d'interprétation des organes internationaux de protection des droits de la personne renvoie à un processus d'autorégulation qui tend à se globaliser avec l'intensification croissante du dialogue. Ainsi, cette interaction entre élargissement et limitation tend à aboutir à un équilibre dans la marge d'appréciation reconnue à chaque interprète. S'ouvrir aux sources externes ne témoigne pas seulement d'une ouverture mais également d'une volonté spontanée de s'imposer des limites facultatives. En effet, en intégrant dans l'interprétation autonome d'un droit des éléments

extra-systémiques, il y a un dépassement des contraintes intrinsèques résultant du système d'origine de l'interprète. Ce dernier sera ainsi affranchi des limites particulières qui lui sont imposées par son système et, en même temps, exposé à de nouvelles possibilités émanant de la logique globale d'autres domaines de l'ordre juridique international qui peuvent être pertinents dans un cas d'espèce. Il s'agit du phénomène d'autoélargissement (§1). Parallèlement, ce phénomène est loin d'être arbitraire ou d'élargir de façon anarchique la marge interprétative. Cette dernière fait partie intégrante du pouvoir reconnu à chaque organe judiciaire ou quasi-judiciaire amené à statuer sur des recours individuels dans la mesure où l'application du droit aux faits découle de son interprétation. Le fait de se référer à des éléments étrangers à son système traduit la recherche de limites nouvelles et le refus spontané d'une attitude fermée alors même que le statut formel d'organisation des systèmes internationaux prône leur indépendance. Dès lors, il s'agit de confronter son pouvoir d'interprétation à des contraintes extrinsèques au système juridique de protection, pratique qui traduit ainsi un phénomène d'autolimitation (§2).

§ 1. Le dépassement des contraintes intrinsèques au système juridique de protection

346. Le phénomène de l'autoélargissement de la marge d'appréciation d'un organe de protection est particulièrement pertinent dans le domaine des droits de la personne. Les frontières entre les systèmes semblent perméables en raison de leurs similitudes matérielles et parfois de l'identité entre les droits protégés, comme cela est le cas pour la protection de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine à travers la prohibition de la torture. Ainsi, le fait d'avoir recours à des éléments étrangers en vue d'interpréter le sens et la portée de cette interdiction contribue à un accroissement de la liberté d'interprétation que se reconnaît spontanément l'organe de protection (A). Par ailleurs, l'usage de sources externes n'est pas sans impact sur le raisonnement des décisions judiciaires qui pourront les intégrer : soit de façon ponctuelle et limitée, soit de façon plus détaillée et élargie en raison de la pertinence et de la correspondance avec les éléments de fait et de droit d'une affaire donnée. L'usage du dialogue contribue ainsi à un enrichissement du contenu des décisions judiciaires puisque la construction du raisonnement et de l'argumentation du juge sera fondée tant sur des éléments relevant de son système que sur des éléments extra-systémiques (B).

A. Le renforcement de la liberté d'interprétation par l'usage de sources externes

347. Tout interprète des droits de la personne ayant recours à l'usage des sources externes pour interpréter l'instrument qui relève de sa compétence se positionne nécessairement par rapport à un point de vue global du droit international. Les discussions sur les risques découlant de la fragmentation du droit international dont rendent compte notamment l'allocution du Juge Gilbert Guillaume devant l'Assemblée générale des Nations Unies en 2001[1065] ou encore le rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation de la Commission du droit international de 2006[1066], résultent principalement du constat de la multiplication des juridictions internationales et des règles de droit en vigueur dans cet ordre décentralisé susceptible de menacer l'unité et la cohérence du droit international. Cependant, il semblerait qu'en dépit de l'indépendance et de l'absence de hiérarchie entre les juridictions, ces dernières tendent à une autorégulation spontanée. Tout d'abord, par la référence spontanée à des éléments extra-systémiques, tout interprète tend à un autoélargissement de son pouvoir interprétatif. En acceptant de se référer à d'autres instruments et décisions de justice qui ne relèvent pas de son système, il va au-delà des limites qui s'imposent à lui en raison du texte l'instituant et définissant ses pouvoirs. Dans le domaine d'une interdiction absolue telle que la prohibition de la torture, la prise en compte de la jurisprudence pertinente pour répondre à des questions juridiques analogues, contribue à l'adoption de solutions communes, reflet de la convergence normative. Alors même que le dialogue n'est pas une obligation, l'ouverture de l'organe de protection traduit la recherche et « la perspective implicite d'une justice universelle »[1067] en vertu de laquelle si les mauvais traitements sont prohibés en des termes

[1065] Discours de Son Excellence Monsieur Gilbert Guillaume, Président de la Cour internationale de justice, à l'Assemblée générale des Nations Unies, 30 octobre 2001, extraits : « […] La multiplication des instances juridictionnelles internationales peut mettre en danger l'unité du droit international et, par voie de conséquence, son rôle dans les relations entre États. Aucune nouvelle juridiction internationale ne doit être créée sans s'interroger préalablement sur la question de savoir si les fonctions que le législateur international entend lui confier ne pourraient pas être avantageusement remplies par une juridiction existante. Les juges internationaux doivent prendre conscience des dangers de fragmentation du droit et s'employer à les éviter. Mais de tels efforts risquent d'être insuffisants et la Cour internationale de Justice, seule instance judiciaire à compétence universelle et générale, a un rôle à jouer en ce domaine. En vue de maintenir l'unité du droit, les diverses juridictions existantes ou à créer pourraient, me semble-t-il, être autorisées, voire encouragées à demander dans certaines affaires des avis consultatifs à la Cour par l'intermédiaire du Conseil de sécurité ou de l'Assemblée générale. La société internationale a besoin de paix. La société internationale a besoin de juges. Elle a besoin de juges qui disent le droit […] ».

[1066] CDI, Conclusions des travaux du Groupe d'étude de *La fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, 58ème session, Annuaire de la CDI, 2006, vol. II., A/61/10, §§ 251 et suiv.

[1067] FRYDMAN, B., « Conclusion : Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », in *Le dialogue des juges – Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 157.

semblables, à chaque aspect spécifique, correspondra une interprétation harmonisée, malgré les différentes juridictions, cultures ou traditions juridiques. La recherche de sources externes reflète l'idée d'un socle normatif commun, qui transcende l'indépendance des systèmes et qui s'impose comme un facteur déterminant dans l'interprétation et l'application d'une règle de droit qui se veut véritablement universelle puisque codifiée dans un très large corpus de textes et faisant partie du droit international coutumier. Dès lors, l'éventualité d'un tel socle commun à rechercher dans la jurisprudence et les instruments des autres organes de protection, à intégrer dans une marge d'appréciation reconnue à tout pouvoir judiciaire, permet d'aboutir à un élargissement *de facto* des possibilités d'interprétation. En effet, le pouvoir juridictionnel se trouve ainsi renforcé par les autres pouvoirs juridictionnels existants dans un processus mutuel d'autorégulation à travers le dialogue. Comme l'affirmait Montesquieu, si « il faut que le pouvoir arrête le pouvoir »[1068] l'idée d'un équilibre entre « pouvoir et contre-pouvoir » [1069] dans le processus de juridictionnalisation du droit international, élargit le pouvoir d'interprétation. La multiplication des tribunaux, loin d'aboutir à un gouvernement des juges, tend à une harmonisation constante à travers l'ouverture croissante aux sources externes venant encadrer le pouvoir légitime d'interprétation.

348. L'autoélargissement par l'usage de sources externes peut être illustré avec la jurisprudence convergente en matière de portée obligatoire des mesures provisoires. En effet, si la nature des mesures provisoires ordonnée par un organe de protection dans le cadre d'un litige a fait débat pendant de nombreuses années, la convergence progressive de l'interprétation de la portée de ces mesures [1070] traduit un dépassement des contraintes intrinsèques à chaque système. La portée contraignante des mesures conservatoires s'est imposée dans l'ordre juridique international en raison de la prise en considération de la jurisprudence d'un point de vue global. Par exemple, si la Cour EDH n'était pas habilitée explicitement, en vertu de la Convention, d'adopter de telles mesures et qu'elle avait refusé d'adopter une interprétation extensive des dispositions conventionnelles, notamment dans l'affaire *Cruz Varas*, l'alignement de tous les organes de protection dans le sens d'une portée impérative lui a donné l'opportunité d'élargir son pouvoir interprétatif dans l'*affaire Mamatkoulov*. L'existence d'une position internationale commune à l'égard d'une question procédurale ne peut être ignorée dans la mesure où, si une telle interprétation est adoptée à la

[1068] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois,* Livre XI, chapitres IV et VI, 1748.
[1069] Ibid.
[1070] V. supra, Partie I. Titre I. Chapitre I.

majorité, adopter une toute autre interprétation contraire reviendrait à s'isoler sur la scène judiciaire. Un raisonnement semblable peut être adoptée à l'égard de la nature impérative de la prohibition de la torture. Il est évident que l'alignement en ce sens des organes internationaux de protection, suite à l'affaire *Furundzija* jugée par le TPIY, a contribué à un élargissement de leur pouvoir interprétatif pouvant se justifier par la position des autres organes et renforçant ainsi la portée de cette interdiction dans chaque système juridique. Ainsi, face à une position internationale commune, l'autoélargissement du pouvoir d'interprétation de chaque organe s'impose presque comme une nécessité, bien qu'il s'agisse d'une pratique spontanée. Même en l'absence d'une disposition expresse pouvant être interprétée dans un sens particulier en vertu de l'acte constitutif qui habilite l'interprète à exercer sa marge d'appréciation, sans s'éloigner de la lettre du texte, la convergence de plusieurs organes est prise en compte comme un élément de contextualisation de l'interprétation, qui s'inscrit dans la logique globale de l'ordre juridique international qui, à l'égard d'une question commune, semble avoir déterminé quel était le sens le plus approprié à donner une disposition qui relève de plusieurs systèmes juridiques.

349. Le contexte interaméricain est particulièrement révélateur dans la mesure où la réalité sociale, culturelle et politique de l'Amérique Latine, à la différence du système européen ou africain avec un passé historique distinct, a joué le rôle catalyseur pour créer des standards substantiels et de mécanismes spécifiques de mise en œuvre afin de répondre aux défis de la seconde moitié du XXème siècle auxquels a eu à faire face le continent. Dès lors, l'accent est mis sur la protection et la promotion de valeurs telles que la démocratie ou l'État de droit et la création de mécanismes procéduraux en vue de garantir l'effectivité des arrêts contentieux de la Cour interaméricaine puisqu'elle supervise elle-même l'exécution des arrêts alors que dans le cadre européen, le Comité des Ministres est l'organe politique qui veille à l'exécution des arrêts de la Cour européenne[1071]. La pratique de la Cour interaméricaine offre une parfaite illustration de la superposition des méthodes d'interprétation puisque la Cour fait usage de l'interprétation littérale et téléologique mais aussi de l'interprétation systématique et évolutive tout en utilisant « le dialogue judiciaire comme technique d'interprétation »[1072]. Au regard de l'interprétation littérale et téléologique, elle estime que les traités de protection des droits de la personne ont pour objet et pour but la protection de la dignité des personnes et la

[1071] FERRER MAC-GREGOR, E., « Le développement du corpus juris interaméricain à travers l'action prétorienne de la Cour interaméricaine des droits l'Homme », in BURGORGUE-LARSEN, L., *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'Homme – De l'ouverture du dialogue*, Paris, Pedone, 2017, p. 182.
[1072] Ibid., p. 190.

construction d'un bien commun, en imposant à l'État des obligations d'une nature objective, qui ne sont pas fondées sur le principe de réciprocité et visant à la soumission de l'État à un ordre fondé sur le droit en cherchant à établir un « ordre public commun »[1073]. Dès lors, la nature objective de la Convention interaméricaine impose tout d'abord que son contenu soit interprété conformément aux valeurs, principes et fins définis par ses clauses et en tenant compte de son objet et son but ; mais aussi puisque les droits de l'Homme émanant du droit international sont universels, leur définition ne peut être subordonnée aux droits nationaux[1074]. Depuis l'*Avis consultatif portant sur les restrictions à la peine de mort*, les méthodes d'interprétation de la Cour reflètent celles définies aux articles 31 et 32 de la CVDT, qu'elle confronte aux articles 29 et 30 du Pacte de San José, afin de souligner qu'il s'agit des critères d'interprétation pertinents pour préciser le sens et la portée de la Convention, tout en estimant ainsi que les traités doivent être interprétés selon le principe de bonne foi, conformément au sens courant des termes de l'instrument de protection, dans le contexte où ils sont été utilisés et en tenant compte de leur objet et but[1075]. Cet avis consultatif marque la reconnaissance par la Cour interaméricaine, de la valeur universelle des droits de l'Homme en adoptant une logique internationaliste et intégrationniste, la méthode d'interprétation ainsi adoptée donnant toutefois la primauté au sens littéral des termes et à l'objet et but de la Convention en vue de déterminer le contenu des droits[1076].

350. À l'occasion de son premier arrêt contentieux, dans l'*affaire Velasquez-Rodriguez*, la Cour a réutilisé cette méthode d'interprétation[1077] en rappelant que l'interprétation faite des instruments de protection est conforme à l'article 31 § 1 de la CVDT, tout en soulignant qu'en raison de l'objet et du but de la Convention américaine visant la protection efficace des droits de l'Homme, il était nécessaire d'interpréter les dispositions conventionnelles en vue de leur accorder une pleine portée, afin que le régime de protection assuré par la Commission et la

[1073] Ibid., p. 183. V. égal. CAROZZA, P., « Human dignity », in SHELTON, D. (dir.), *The Oxford Handbook on International Human Rights Law*, Oxford, New York, 2013, p. 346 ; v. par ex. CIADH, avis consultatif, 24 septembre 1982, *El Efecto de la Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convenciòn Americana sobre Derechos Humanos* (art. 74 et 75), OC-2/82, série A, n°2, § 29 ; dans le cadre du système européen, v. l'affaire de la Commission européenne : Affaire Autriche c. Italie, req. n° 788/60, *European Yearbook of Human Rights*, 1961, vol. 4, p. 140.

[1074] FERRER MAC-GREGOR, E., « Le développement du corpus juris interaméricain à travers l'action prétorienne de la Cour interaméricaine des droits l'Homme », préc.., p. 184.

[1075] V. Cour IADH, avis consultatif, *Restricciones a la Pena de Muerte* (art. 4.2 et 4.4 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme), 8 septembre 1983, OC-3/83, série A, n° 3, §§ 48-51, spéc. § 49.

[1076] Ibid., § 50.

[1077] V. CIADH, arrêt, *Affaire Velàsquez Rodriguez c. Honduras* (exceptions préliminaires), 26 juin 1987, série C, n° 1, § 30.

Cour ait véritablement un effet utile[1078]. Elle a confirmé cette approche à l'occasion d'autres affaires contentieuses plus récentes[1079]. Ainsi, l'interprétation adoptée par la Cour vise à garantir la pleine effectivité du Pacte de San José en intégrant dans son approche le principe de l'approche extensive qui implique d'adopter l'interprétation du sens d'un droit accordant la meilleure protection possible à l'individu[1080]. Sa pratique contentieuse reflète le sens de l'article 29 de la Convention américaine rejetant toute restriction à la jouissance des droits et libertés, protégés conventionnellement, découlant du droit national ou d'un autre traité international auquel l'État serait partie, afin de favoriser l'interprétation la plus favorable à l'individu[1081].

351. En ce qui concerne l'interprétation systématique et évolutive, dès son premier avis consultatif[1082], la Cour a reconnu la nature universelle des droits de l'Homme tout en affirmant la tendance dans la Convention américaine à intégrer le système régional et le système universel de protection des droits de la personne[1083]. « L'essence [de] l'interprétation systématique de la Convention américaine et […] des instruments du système interaméricain »[1084] a été définie dans son avis consultatif OC-16/99 en établissant que l'interprétation d'un traité doit prendre en considération « non seulement les accords et instruments qui lui sont formellement liés mais également le système dans lequel il s'inscrit »[1085]. Dès lors, l'interprétation doit également être en accord avec les évolutions et

[1078] FERRER MAC-GREGOR, E., « Le développement du corpus juris interaméricain à travers l'action prétorienne de la Cour interaméricaine des droits l'Homme », préc., p. 185.
[1079] V. par ex. Cour IADH, arrêt, *Affaire Yvon Neptune c. Haïti* (fond, réparations et dépens), 6 mai 2008, série C, n° 180, § 81 ; Cour IADH, arrêt, *Affaire Vèlez Loor c. Panama* (exceptions préliminaires, fond et, réparations et dépens), 23 novembre 2010, série C, n° 218, § 34 ; Cour IADH, arrêt, *Affaire Gelman c. Uruguay* (fond et réparations), 24 février 2011, série C, n°221, § 194.
[1080] FERRER MAC-GREGOR, E., « Le développement du corpus juris interaméricain à travers l'action prétorienne de la Cour interaméricaine des droits l'Homme », préc., p. 185.
[1081] Ibid., v. sur cette question : Cour IADH, avis consultatif, *Ciertas Atribuciones de la Comisiòn Interamericana de Derechos Humanos (art. 41, 42, 44, 46, 47, 50 et 51 de la Convention américaine)*, 16 juillet 1993, OC-13/93, série A, n°13, § 50 ; Cour IADH, arrêt, *Affaire Baena Ricardo et autres* (exceptions préliminaires), 18 novembre 1999, série C, n°61, § 37 ; Cour IADH, arrêt, *Affaire Baena Ricardo et autres* (fond), 2 février 2001, série C, n° 72, § 189 ; Cour IADH, arrêt, *Affaire Herrera Ulloa c. Costa Rica* (exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens), 2 juillet 2004, série C, n° 107, § 184 ; Cour IADH, arrêt, *Affaire Ricardo Canese c. Paraguay* (fond, réparations et dépens), 31 août 2004, série C, n° 111, § 181.
[1082] Cour IADH, avis consultatif, *« Otros Tratados » Objeto de la Funciòn Consultativa de la Corte (art. 64 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme)*, 24 septembre 1982, OC-1/82, série A, n°1, §§ 41-43.
[1083] FERRER MAC-GREGOR, E., « Le développement du corpus juris interaméricain à travers l'action prétorienne de la Cour interaméricaine des droits l'Homme », préc., p. 187 ; v. égal. HEYNS, C.C., KILLANDER, M., « Universality and the Growth of Regional Systems », SHELTON, D. (dir.), *The Oxford Handbook on International Human Rights Law*, New York, Oxford, 2013, pp. 670-672; BURGORGUE-LARSEN, L., « Nothing is Perfect. Libres propos sur la méthodologie interprétative de la Cour européenne », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Flauss*, Paris, Pedone, 2014, pp. 101-115.
[1084] FERRER MAC-GREGOR, E., « Le développement du corpus juris interaméricain à travers l'action prétorienne de la Cour interaméricaine des droits l'Homme », préc., p. 188.
[1085] Cour IADH, avis consultatif, *El Derecho a la Informaciòn sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantias del Debido Proceso Legal)*, 1er octobre 1999, OC-16/99, série A, n° 16, § 113. V. égal. Cour IADH,

avancées normatives du droit international des droits de l'Homme puisque « la Convention américaine est reliée à tout le système international de protection des droits de l'Homme […] l'évolution […] intervenue dans le système européen, africain ou universel […] [étant] important pour déterminer la portée des obligations des instruments de protection dans le système interaméricain »[1086]. Dans la lignée de la jurisprudence de la Cour européenne et de la Cour internationale de Justice, la Cour interaméricaine a caractérisé la Convention comme un « instrument vivant », caractéristique des traités relatifs aux droits de l'Homme et dont l'interprétation se doit de refléter « l'évolution des temps et les conditions de vie actuelles »[1087]. Elle définit ainsi le *corpus juris* du droit international des droits de l'Homme comme « un ensemble d'instruments internationaux au contenu et aux effets variés » incluant des traités, conventions, résolutions et déclarations qui évoluent de façon dynamique afin d'affirmer et de développer des standards appropriés applicables aux relations entre États et personnes soumises à leur juridiction[1088].

352. L'interprétation évolutive, fondée sur l'objet et le but d'un traité, est un outil interprétatif qui met en relation l'article 31, 3, c) et l'article 31, 1) de la CVDT. Ainsi, l'interprétation s'effectue à la lumière du système juridique pris dans sa globalité en intégrant tous les éléments du droit positif en vigueur au moment de l'interprétation[1089]. Il y a donc un principe d'évaluation, un élément de comparaison dans la construction de cette méthode d'interprétation atypique qui a un impact sur le raisonnement des décisions judiciaires.

B. L'enrichissement des décisions judiciaires par l'usage du dialogue

353. Il a ainsi été souligné que :

> « Le Droit a longtemps été un système clos ; un système délimité – pour ne pas dire claquemuré – par des règles auto-suffisantes empreintes de verticalité et de hiérarchie. Ce temps là n'est plus. Le Droit est ouvert au Monde, à ses métamorphoses, tantôt déstabilisantes, tantôt rassurantes. Qu'il s'agisse du droit international ou du droit national, il est traversé à égalité par une lame de fond qui

arrêt, Villagràn Morales et autres c. Guatemala (Affaire des « Enfants de la rue »), 19 novembre 1999, série C, n° 63, § 193 ; CIADH, arrêt, *Affaire des Frères Gòmez Paquiyauri c. Pérou* (fond, réparations et dépens), 8 juillet 2004, série C, n° 110, § 165.

[1086] FERRER MAC-GREGOR, E., « Le développement du corpus juris interaméricain à travers l'action prétorienne de la Cour interaméricaine des droits l'Homme », préc., p. 189.

[1087] Cour IADH, avis consultatif, *El Derecho a la Informaciòn sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantias del Debido Proceso Legal)*, 1er octobre 1999, OC-16/99, série A, n° 16, § 114.

[1088] Ibid., § 115. V. pour une application à l'égard du principe de non-refoulement qu'elle interprète à la lumière du *corpus juris* relevant du droit international des réfugiés : Cour IADH, arrêt, *Affaire Famille Pacheco Tineo c. Bolivie* (exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens), 25 novembre 2013, série C, n° 272, § 143.

[1089] FITZMAURICE, M., « Interpretation of Human Rights Treaties », in SHELTON, D. (dir.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, New York, 2013, pp. 750-751.

> le rend plus complexe : il est attentif aux bouleversements du Monde. Ceux qui l'élaborent et ceux qui l'appliquent ne peuvent plus – sous peine de passer à côté du réel globalisé – ignorer ce qui se passe Ailleurs »[1090].

354. En effet, le « réel globalisé » fait partie intégrante des trois systèmes régionaux de protection des droits de la personne qui prévoient la prise en considération d'éléments extra-systémiques, à des degrés variables, dans le cadre du processus interprétatif des instruments affirmant les droits garantis, à travers l'article 53 de la Convention européenne, l'article 29 de la Convention américaine ainsi que les articles 60 et 61 de la Charte africaine[1091]. Il s'agit de l'interdiction d'un « principe de régression en matière de protection »[1092] ou encore de la promotion d'une valeur ajoutée « du traitement le plus favorable »[1093] dans le domaine des droits de la personne. L'auteure estime que ces dispositions instituent une obligation négative aux organes de protection, en leur imposant de ne pas utiliser leur traité de référence en opposition avec une meilleure protection éventuellement offerte : soit par le droit national soit par un autre traité international auquel l'État serait partie[1094]. Il s'agit d'une valorisation implicite du principe d'interprétation favorable à la personne humaine développé dans le contexte latino-américain[1095]. Ainsi, « le plus souvent les systèmes de protection des droits de l'Homme semblent fermés sur eux-mêmes, avec leurs propres normes, tout en prenant la précaution de garantir une sorte de 'clause de la liberté la plus favorisée' en indexant la protection des droits de l'Homme sur l'instrument le mieux offrant »[1096]. À « l'ère du décloisonnement », « [le] dialogue, [la] fertilisation croisée ou [la] simple utilisation […] du droit comparé dans la fonction judiciaire [semblent marquer] le paysage […] par une tendance de fond générale où l'utilisation de sources extérieures peut être vue, en fonction des acteurs

---

[1090] BURGORGUE-LARSEN, L., « L'ère du décloisonnement », in BURGORGUE-LARSEN, L., *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'Homme – De l'ouverture du dialogue*, Paris, Pedone, 2017, p. 21.

[1091] V. aussi notam. l'article 5 § 2 du PIDCP, l'article 1, b) de la Charte arabe des droits de l'Homme, l'article 31 du Protocole à la Charte africaine relatif aux droits des femmes.

[1092] BURGORGUE-LARSEN, L., « L'ère du décloisonnement », préc., pp. 21-22.

[1093] DECAUX, E., Article 60 (actuel article 53), in DECAUX, E., IMBERT, P.-H., PETTITI, L.-E. (dir.), La convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article, Paris, Economica, 1997, pp. 897-903, v. spéc. p. 898.

[1094] BURGORGUE-LARSEN, L., « L'ère du décloisonnement », préc., p. 22.

[1095] V. notam. PINTO, M., « El principio pro homine. Criterios de la hermenéutica y pautas para la regulaciòn de los derechos humanos », in *La aplicaciòn de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1997, pp. 163-171 ; v. égal. AMAYA VILLAREA, F., El principio pro homine : Interpretaciòn extensiva vs. El consentimiento del Estado, in *Revista Colombiana de derecho internacional*, 2005, pp. 337-380.

[1096] DECAUX, E., « Article 60 », in KAMTO, M. (dir.), *La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1106.

en présence, comme un canal pour communiquer, échanger, dialoguer : soit pour être d'accord, soit pour être en désaccord sur telle ou telle question »[1097].

355. En matière de droits de la personne et lorsqu'il s'agit de violations d'une interdiction absolue, interpréter les instruments de protection en se référant à d'autres règles de droit similaires permet à l'interprète de s'assurer qu'une interprétation stricte n'est pas injustement adoptée en tenant compte de conceptions élargies de la justice pouvant apporter d'autres réponses utiles à un même problème juridique[1098]. Pour le juge à la Cour interaméricaine, Edouard Ferrer Mac-Gregor un des attributs du dialogue judiciaire est qu'il puisse générer « a rich jurisprudence that maintains balance between global jurisprudential developments and the unique legal characteristics of Latin American and Caribbean States »[1099]. Par analogie, il est possible d'envisager cet attribut à une échelle plus large que le continent américain. En effet, de manière générale, le dialogue peut être vu comme un outil d'équilibre et d'harmonisation, en permettant une autorégulation entre l'usage de sources endogènes au système juridique de l'interprète et les sources externes qui lui sont, par définition, étrangères.

356. Par le recours aux sources externes, un phénomène de réappropriation par l'interprète surgit lors de l'intégration de ces éléments étrangers au système d'origine considéré : les sources externes ne peuvent être intégrées à l'état brut puisqu'il est primordial de trouver des points de rattachement dans le système auquel il est souhaité de les intégrer. La réappropriation du « global » pour l'appliquer au niveau « local » est systématique et contribue à un enchevêtrement des espaces normatifs, par la confrontation des faits au droit. L'idée de base d'origine, la matière brute d'un système, servira de matériau de construction à un autre système s'il existe une compatibilité et des similitudes entre ces deux espaces distincts et les problèmes juridiques à résoudre. Dès lors, il est possible de définir le dialogue judiciaire de manière très spécifique en l'envisageant comme « the practice of domestic and international courts using the reasoning of other Courts to construct a <u>better interpretation of a legal norm</u> contained in a Constitution or a treaty »[1100]. Une telle définition envisage le dialogue comme ayant apportant une valeur ajoutée à l'opération d'interprétation de la règle de droit, dans la mesure où la référence à un raisonnement juridique extérieur à l'interprète permettra, à celui-ci, d'affiner le sens et la portée du contenu substantiel de ladite règle. Par

[1097] BURGORGUE-LARSEN, L., « L'ère du décloisonnement », préc., p. 27.
[1098] FRENCH, D., Treaty interpretation and the incorporation of extraneous legal rules, in *International and Comparative Law Quaterly*, avril 2006, vol. 55, p. 286.
[1099] FERRER MAC-GREGOR, E., What do we mean when we talk about judicial dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 30, 89, 128, 2017, pp. 89-127, spéc. p. 90.
[1100] Ibid., pp. 90-91, nous soulignons.

ailleurs, « in the human rights context, the dialogue aims to promote the cross-fertilization of constitutional and international standards of human rights protection among Courts of different juridictions »[1101]. L'intérêt et la recherche de standards de protection des droits humains, circulant ainsi entre plusieurs organes de protection, a l'effet d'un autoélagissement direct du pouvoir de l'appréciation de l'interprète. L'autonomie et l'indépendance sont des qualités intrinsèques à tout véritable pouvoir juridictionnel. Lorsque ce pouvoir recherche des standards à intégrer dans l'opération d'interprétation d'une norme juridique, cette recherche a pour effet d'élargir la marge interprétative puisque l'interprète refuse d'agir en autarcie par rapport aux autres systèmes en se positionnant seulement dans le cadre du système qui l'habilite à exercer son pouvoir. *A fortiori* en ce qui concerne le domaine des normes impératives dont la prohibition de la torture fait partie, celle-ci est plus à même d'acquérir une portée véritablement universelle si les organes de protection se réfèrent à des standards transversaux, qui transcendent le cloisonnement formel des systèmes, pour les positionner dans une interaction qui rend compte de la part d'analogie et de ressemblance, tant entre les règles qu'entre les faits, en mettant en lumière des problèmes juridiques communs, qui nécessitent une réponse coordonnée et intégrée pouvant être réalisée par l'usage du dialogue.

357. L'utilisation des éléments extra-systémiques a un impact sur la motivation et la qualité des décisions de justice puisqu'elle contribue « to a better quality of the judges reasoning, to a better cooperation and coordination between the different external instruments and mechanisms and therefore, to a more clear, coherent and harmonized legal architecture »[1102]. Ainsi, l'ouverture à la jurisprudence et aux instruments d'autres organes de protection lorsqu'il existe une symétrie entre le droit protégé, les faits ou le problème juridique soulevés, s'apparente à un autoélargissement par rapport à la protection qui peut être accordée à l'individu qui se présente devant une Cour internationale, souvent en dernier recours après l'épuisement des voies de recours internes. La prise en considération du travail d'autres organes de protection sur des enjeux semblables traduit la recherche de la solution la plus pertinente, eu égard les intérêts et les violations alléguées en jeu et aura un impact sur la qualité des décisions de justice. Se référer à des jurisprudences qui reflètent une « position internationale commune » selon la formule de la Cour EDH en raison de leur convergence, signifie d'adopter une approche évolutive et ouverte, en recherchant la meilleure interprétation possible, qui reflète éventuellement les plus hauts standards de protection et qui

[1101] Ibid.

[1102] STAES, D., « The importation of ''external sources'' by the European Court of Human Rights. Opportunities and challenges in light of legal certainty », in ARCARI, M., BALMOND, L. (dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, op. cit., pp. 71-74.

permettent au juge, auteur du dialogue, d'aller au-delà de la lettre du texte. L'autoélargissement renvoie à la notion d' « auditoire universel » développée par Chaïm Perelman[1103], en considérant que la décision de justice n'a pas vocation à faire autorité seulement aujourd'hui, ici et maintenant, à l'occasion d'un litige particulier, mais que sa solution, au regard des principes généralement applicables en droit international par d'autres organes de protection, pourrait s'appliquer à la résolution d'un autre différend se présentant dans un autre système juridique. Cette affirmation est particulièrement vraie lorsqu'il s'agit du noyau dur des droits fondamentaux qui se définissent par leur aspiration à l'universalité. La fragmentation de la protection de l'intégrité et de la dignité de l'individu, à travers la codification de la prohibition de la torture dans différents instruments de protection, ne devrait pas être associée à une protection à géométrie variable. Précisément, l'autorégulation du pouvoir d'interprétation des tribunaux internationaux, tant à travers le pendant de l'autolimitation que de l'autoélargissement, est le processus le plus approprié permettant de définir un corpus normatif commun de protection reflétant la consolidation de standards tenant compte de la nature des droits à protéger qui, substantiellement, se distinguent par leur rôle moteur et leur caractère transversal en ayant une vocation universelle.

§ 2. La confrontation à des contraintes extrinsèques au système juridique de protection

358. Le processus d'autorégulation du pouvoir des juges qui s'opère par la pratique du dialogue spontané ne s'accompagne pas seulement d'un autoélargissement. Le pendant est l'effet d'une autolimitation du pouvoir interprétatif, qui sera un tempérament à la tendance de l'élargissement, critiquée par les sceptiques à l'égard du dialogue. C'est en cela que ce dernier se situe au cœur d'une approche dialectique. Comme détaillé précédemment, l'effet d'un autoélargissement peut tant être perçu comme négatif que positif. Tout d'abord, en ce qui concerne son aspect négatif, il est possible d'affirmer que l'émancipation du juge par rapport au texte qui définit ses compétences se traduit comme un abus de pouvoir, comme une interprétation *ultra vires*, d'un pouvoir strictement encadré par la volonté des États à l'origine de son institution. Dès lors, la liberté d'appréciation que s'approprie le juge irait à l'encontre des principes bien établis du positivisme étatique et même des règles d'interprétation

[1103] PERELMAN, C., OLBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1992, 5ème éd., p. 46 : « Nous croyons donc que les auditoires ne sont point indépendants ; que ce sont des auditoires concrets particuliers qui peuvent faire valoir une conception de l'auditoire universel qui leur est propre ; mais, par contre, c'est l'auditoire universel non défini qui est invoqué pour juger de la conception de l'auditoire universel propre à tel auditoire concret […]. On peut dire que les auditoires se jugent les uns les autres ».

communément admises en droit international. Au sein de la Cour suprême américaine, le juge Scalia estimait que toute prise en compte de sources externes dans l'interprétation de la Constitution serait à même de porter atteinte à sa nature et à son essence même, en anéantissant sa spécificité et en portant atteinte à ses principes fondateurs[1104]. Il estimait également que la seule source de légitimité de la justice était son lien avec les citoyens, qui ne pouvait subsister à travers la recherche de justifications extérieures qui ne sont pas d'une source démocratique. Ses positions reflètent très largement celles d'autres auteurs réticents à l'égard du dialogue transjudiciaire[1105]. Cependant, au sein de cette même juridiction, Stephen Breyer, estimait qu'il était absolument indispensable de prendre en considération des éléments étrangers pour permettre une évolution constante et une adaptabilité de la Constitution, afin de ne pas être en retard par rapport à d'autres institutions similaires[1106]. Si l'autoélargissement du pouvoir interprétatif par le dialogue permet d'envisager plusieurs solutions possibles à un même problème juridique, l'autolimitation de l'interprète par le recours aux sources externes rétablit l'équilibre en constituant une barrière que l'organe de protection s'impose à lui-même. Il s'inscrit dans les exigences de la prééminence du droit et des impératifs de la sécurité juridique (A), aboutissant à l'émergence d'une retenue judiciaire propre à l'ordre juridique international, à même de consolider des standards d'interprétation trans-systèmes (B).

A. Une limitation spontanée de la marge d'appréciation de l'interprète

359. Mireille Delmas-Marty évoque à propos de la multiplication des juridictions en droit interne et en droit international « un ensemble de hiérarchies discontinues, résultant de la coexistence de Cours suprêmes autonomes et non-hiérarchisées entre elles »[1107] notamment dans les systèmes juridiques nationaux. Cette affirmation reflète l'état de l'ordre juridique international puisque les organes de protection des droits de la personne coexistent indépendamment les uns des autres, sans être formellement hiérarchisés, mais démontrant l'émergence de « hiérarchies discontinues » à travers leur autorité variable et leur part plus ou moins prépondérante sur la scène judiciaire. Le phénomène de la fragmentation peut renvoyer

[1104] ALLARD, J., VAN DEN EYNDE, A., « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit. Arguments entre idéalisation et scepticisme », HACHEZ, I., CARTUYVELS, Y., DUMONT, H., GERARD, P., OST, F. (dir.), *Les sources du droit revisitées. Vol. 3 - Normativités concurrentes*, Limal, Anthémis, 2013, p. 303.
[1105] ALLARD, J., GARAPON, A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, op. cit., p. 77.
[1106] BREYER, S., *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, Paris, Odile Jacob, 2015, 384 p.
[1107] DELMAS-MARTY, M., *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, pp. 92-93.

à une fragmentation fonctionnelle, qui est à distinguer de la fragmentation régionale ou territoriale. Egalement, celle-ci peut être institutionnelle, entre différents traités, organisations, organes ou tribunaux ; ou encore conceptuelle, entre différences d'objectifs et de valeurs. Selon cette conception, la fragmentation institutionnelle et celle conceptuelle s'entrecroisent puisqu'il est postulé que chaque institution a tendance à favoriser les objectifs et les valeurs de son propre régime[1108], la multiplication des organes et des règles internationaux ayant tendance à accroître le risque de divergences.

360. Plus particulièrement, la notion de *self-contained regimes* employée par la Commission du droit international dans les premières années de ses travaux à propos du droit de la responsabilité internationale des États pour affirmer que chaque régime prescrit et contrôle toutes les réactions découlant de la violation de ses règles, a également été utilisé par la CIJ pour qualifier les règles issues du droit des relations diplomatiques[1109]. Néanmoins, dans son rapport de 2006 relatif à la fragmentation, le Groupe d'étude de la CDI emploie le terme de « régimes spéciaux (autonomes) »[1110] qui semble plus approprié que la notion contestée de *self-contained regimes*[1111]. En effet, « for reasons of structural coherence and policy results, there are and should be no sealed-off regimes [since] [g]eneral international law always constitutes the normative environment, and is applicable to fill gaps or when the rules of a given regime cannot in themselves fulfill the regime's stated objectives »[1112]. Ainsi, la diversification institutionnelle, procédurale et substantielle désignée sous le nom de la fragmentation engendre des risques en termes de conflits ou incompatibilités entre obligations internationales desquels peuvent émerger des règles contradictoires. Néanmoins, si ces risques existent, la fragmentation est également susceptible d'engendrer des effets positifs en raison de l'apparition d'une « competitive pressure » qui peut se définir comme une « competition between regimes, organizations, courts, and any other institutions [which] may promote

[1108] PETERS, A., The refinement of international law: from fragmentation to regime interaction and politicization, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, issue n° 3, 30 October 2017, p. 678.

[1109] Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, arrêt, CIJ, Recueil 1980, p. 3, § 86 : « Bref les règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même [constitute a self-contained regime] qui, d'une part, énonce les obligations de 1'État accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire des membres de la mission et précise les moyens dont dispose 1'État accréditaire pour parer à de tels abus. Ces moyens sont, par nature, d'une efficacité totale […] » ; pour un commentaire, v. SIMMA, B., *Self-contained regimes*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16, déc. 1985, pp. 111-136.

[1110] Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, 13 avril 2006, *Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international,* A/CN.4/L.682, § 251, c), point 11.

[1111] SIMMA, B., PULKOWSKI, D., Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law, in *European Journal of International Law*, vol. 17, n°3, 2006, pp. 483-529.

[1112] PETERS, A., The refinement of international law : from fragmentation to regime interaction and politicization, préc., p. 687.

productive exploration and experimentation, enhances creativity, allows for correcting mistakes, reduces the risk of failure of one single institution, and thus overall leads to improved performance, notable to better lawmaking and law-application »[1113].

361. En effet, les opinions concurrentes et la diversité normative stimulent en permettant l'émergence de nouvelles idées ou techniques juridiques. Un tribunal international pourrait être amené à incorporer dans son interprétation des développements récents sur une question donnée dans la mesure où il considère ces développements comme faisant partie intégrante du texte préexistant en les considérant « expansively and [as] potentially [comprising] not only new rules of law, but also evolving values and technical standards »[1114]. Par ailleurs, l'inclusion d'éléments extrasystémiques semble encourager « a more coherent approach to legal reasoning and prevent disintegration of legal rules into their various (and ultimately artificial) sub-disciplines […] [since] a more integrated process of treaty interpretation tend[s] to unify rather than fragment the international legal »[1115]. Un autre aspect positif de la fragmentation qui peut être souligné est « the protection it furnishes against concentrations of power [since] it has been asserted that the existence of multiple institutions tends to favor big States which possess sufficient manpower and expertise to staff those numerous institutions, [therefore] any institutional dispersal in the first place helps to prevent abuse because it constitutes a separation of power with the possibility of checks and balances »[1116].

362. François Ost estime qu'une nouvelle interprétation de la séparation des pouvoirs est possible en l'envisageant plutot comme un processus de collaboration des pouvoirs à travers le phénomène de l'autolimitation du pouvoir judiciaire[1117]. La mise en perspective du phénomène de la fragmentation avec le principe d'autolimitation du pouvoir d'interprétation qui se matérialise dans le dialogue envisage les limites, que l'interprète s'impose lui-même, comme celles qui peuvent coordonner le mieux son action avec celle des autres organes interprètes, dans la mesure où cela implique une démarche active de sa part d'aller au-delà du pouvoir discrétionnaire qui lui est attribué par son système d'origine, pour confronter ce dernier à la cohérence et la logique générale des autres systèmes du droit international, *a fortiori* ceux spécialisés dans la protection des droits de l'Homme. Le développement de ces nouvelles techniques d'interprétation est une contribution positive à l'encadrement de la fragmentation dans la mesure où leur développement contribue à la coordination entre

[1113] Ibid. , p. 691.
[1114] FRENCH, D., Treaty interpretation and the incorporation of extraneous legal rules, préc., p. 285.
[1115] Ibid.
[1116] Ibid.
[1117] OST, F., *Dire le droit, faire justice*, op. cit., p. 119.

différents domaines du droit international. Mireille Delmas-Marty emploie la notion de « techniques de réglage » en faisant référence aux méthodes developpées dans le contexte de l'Union européenne ayant abouti à l'intégration et à l'harmonisation non seulement du droit de l'Union européenne avec les droits nationaux, mais aussi horizontalement entre les droits nationaux eux-mêmes, et entre le droit international et le droit national[1118]. Si les techniques de coordination entre ordres juridiques distincts se sont développées dans le cadre d'un système régional intégré ayant abouti à un dialogue des juges institutionnalisé et obligatoire, interpréter une règle à la lumière d'autres règles semblables est également pertinent dans le domaine du droit international, afin de coordonner ses différents domaines. Par dessus tout, il a même été affirmé que « the productive uses of the multiplicity of international regimes by the law-developing bodies, notably courts and tribunals, seem to gain ground. Importantly, these procedural phenomena have created a space for pluralism, and contestation, and for the politicization of international law and of the jurisgenerative processes. And this can, then, be conceptualized as a form of procedural constitutionalization which is apt to strengthen both the effectiveness and the legitimacy of international law »[1119].

363. Ainsi, il semblerait qu'à la manière de la « main invisible » d'Adam Smith, le positionnement récent des Cours et tribunaux internationaux tempère les craintes exprimées dans le passé à l'égard de la fragmentation du droit international. Par ailleurs, l'interaction, entre sources intrinsèques à un système donné avec des éléments extrinsèques, s'inscrit dans la logique des principes définis par le Groupe d'étude sur la fragmentation et la diversification du droit international de la CDI. En effet, qu'il s'agisse de l'analogie, de la conciliation entre règles générales et règles spéciales, de la priorité temporelle ou substantielle de certaines normes par rapport à d'autres, le dialogue semble opérer un syncrétisme de ces méthodes visant à prévenir les conflits entre règles du droit international, un syncrétisme propre à chaque cas d'espèce, qui relève de la volonté spontanée de l'interprète, dans une optique d'autorégulation. L'article 31, § 3, c) de la CVDT précise qu'il peut être tenu compte dans l'interprétation de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». À l'image de la Cour EDH, le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international de la CDI, y voit un « principe d'intégration systémique », en considérant que l'article 31, § 3, c) de la CVDT exprime cet objectif puisqu'il impose à l'interprète d'un traité de prendre en considération « toute règle pertinente de droit international applicable dans les

[1118] DELMAS-MARTY, M., citée par PETERS, A., The refinement of international law: from fragmentation to regime interaction and politicization, préc., p. 673.
[1119] Ibid., p. 674.

relations entre les parties ». En vertu de cet objectif d'intégration systémique, « quelle que soit leur matière, les traités sont une création du système juridique international et leur application est fondée sur ce fait »[1120]. Par ailleurs, l'intégration systémique régit également toute l'interprétation des traités, dont les méthodes sont celles des articles 31 et 32 de la CVDT puisque ces dispositions « décrivent un processus de raisonnement juridique dans lequel des éléments particuliers auront plus ou moins de pertinence selon la nature des dispositions conventionnelles dans le contexte de l'interprétation »[1121]. Le Groupe d'étude de la CDI insiste sur l'intertemporalité en décrivant le droit international comme un « système juridique dynamique », les évolutions ou pratiques ultérieures pouvant impacter le sens des dispositions conventionnelles, notamment si ces changements découlent du droit coutumier ou des principes généraux de droit[1122] mais aussi en raison de l'existence de notions ouvertes ou évolutives dont le sens n'est pas arrêté par le traité[1123].

364. Dans son rapport sur la fragmentation du droit international, le Groupe d'étude avait également réaffirmé que le droit international est un système juridique puisque ses règles et principes, identifiés comme des normes, « opèrent en relation avec d'autres règles et principes et devraient être interprétés dans le contexte de ces derniers [puisqu'] en tant que système juridique, [il] n'est pas une accumulation aléatoire de telles normes »[1124]. En effet, ces normes entretiennent des relations significatives, comme se situer à des niveaux hiérarchiques

[1120] Rapport du Groupe d'étude de la CDI, *La fragmentation du droit international*, préc., § 251, d), 17).

[1121] Ibid., § 251, d), 18). V. point 19) sur l'application de l'intégration systémique : « Si un traité fonctionne dans le contexte d'autres accords, l'objectif de l'intégration systémique s'appliquera en tant que présomption, avec des aspects à la fois positifs et négatifs: a) les parties sont réputées se reporter au droit international coutumier et aux principes généraux de droit pour toutes les questions que le traité ne résout pas lui-même en termes exprès ; b) lorsqu'elles contractent des obligations conventionnelles, les parties n'entendent pas agir de manière non conforme aux principes généralement reconnus du droit international. Bien entendu, si tout autre résultat se dégage de l'application des méthodes ordinaires d'interprétation des traités, il convient de lui donner effet, à moins que les principes pertinents ne fassent partie du jus cogens ». V. point 20) sur l'application du droit coutumier et des principes généraux du droit : « Le droit international coutumier et les principes généraux de droit revêtent une importance particulière pour l'interprétation d'un traité en vertu du paragraphe 3 c de l'article 31, surtout lorsque: a) la règle conventionnelle est obscure ou ambiguë ; b) les termes utilisés dans le traité ont un sens reconnu en droit international coutumier ou selon les principes généraux de droit ; c) le traité est muet sur le droit applicable et l'interprète doit, appliquant la présomption de la conclusion 19, alinéa a ci-avant, rechercher des règles développées dans une autre partie du droit international pour trancher la question ». V. point 21) sur l'application d'autres règles conventionnelles : « Le paragraphe 3 c de l'article 31 fait aussi obligation à l'interprète d'examiner d'autres règles fondées sur des traités pour parvenir à un sens cohérent. Ces autres règles sont d'une importance particulière lorsque les parties au traité faisant l'objet de l'interprétation sont aussi parties à l'autre traité, lorsque la règle conventionnelle est passée dans le droit international coutumier ou exprime le droit international coutumier, ou lorsque ces règles établissent l'interprétation commune que font les parties de l'objet et du but du traité à interpréter ou du sens d'un terme particulier ».

[1122] Ibid., § 251, d), 22).

[1123] Ibid., § 251, d), 23) : « C'est le cas, en particulier, lorsque: a) la notion est de celles qui obligent à tenir compte des évolutions techniques, économiques ou juridiques ultérieures985- b) la notion énonce une obligation de poursuite du développement progressif incombant aux parties- ou c) la notion est de caractère très général ou exprimée en des termes tellement généraux qu'elle doit tenir compte d'un changement de circonstances ».

[1124] Rapport du Groupe d'étude de la CDI, *Fragmentation du droit international*, préc., § 251, a), 1).

distincts, être générales ou spécifiques, être plus ou moins récentes au regard de leur validité[1125]. C'est pour cela que dans le cadre de l'application du droit international, il est nécessaire de déterminer la relation exacte entre ces règles et principes qui peuvent être valables et applicables à une même situation, le rapport identifiant les relations d'interprétation lorsqu'une norme aide à l'interprétation d'une autre et les relations de conflits lorsque des normes à la fois valables et applicables à une situation donnée conduisent à des décisions incompatibles[1126].

365. Ainsi, le Groupe d'étude estime que « lorsque l'on cherche à déterminer les relations mutuelles entre plusieurs normes, il convient de les interpréter conformément ou par analogie, avec les articles 31 à 33 de la CVDT » [1127]. C'est ici que le rapport fait référence au « principe d'harmonisation » en vertu duquel il faut « considérer que, lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles »[1128]. Cela rappelle la position de la Cour européenne en vertu de laquelle « les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter ni s'appliquer dans le vide »[1129] et que celle-ci « doit s'interpréter, dans toute la mesure possible, en harmonie avec les autres principes du droit international, droit dont elle fait partie »[1130]. En ce qui concerne la maxime *lex specialis derogat legi generali*, le Groupe d'étude sur la fragmentation la considère comme un principe général en vue d'interpréter et de résoudre les conflits en droit international signifiant que lorsque deux normes sont relatives à la même matière, la priorité devrait être accordée à celle plus spécifique. Ce principe peut ainsi s'appliquer entre deux traités, entre une norme conventionnelle et une norme non conventionnelle, ainsi qu'entre deux normes non conventionnelles ; la source de la norme n'ayant pas une importance décisive dans la détermination de la norme la plus spécifique, bien qu'en pratique les traités font office de *lex specialis* face au droit coutumier et aux principes généraux[1131]. Pour déterminer la relation entre droit général et droit spécial, il est nécessaire d'apprécier cette relation en fonction du

[1125] Ibid.
[1126] Ibid., § 251, a), 2). Pour le Groupe d'étude de la CDI, « le fait que deux normes soient valables relativement à une situation signifie qu'elles couvrent chacune les faits constituant cette situation. Le fait que deux normes soient applicables dans une situation signifie qu'elles ont force obligatoire pour les sujets de droit qui se trouvent dans la situation considérée ».
[1127] Ibid., § 251, a), 3).
[1128] Ibid., § 251, a), 4).
[1129] V. parmi d'autres : *Loizidou c. Turquie (fond),* 18 décembre 1996, § 43, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI; *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, § 57, CEDH 2001-XII; Öcalan c. Turquie [GC], n° 46221/99, § 90, CEDH 2005-IV.
[1130] *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, § 57, CEDH 2001-XII.
[1131] Rapport du Groupe d'étude de la CDI, *Fragmentation du droit international*, préc., § 251, b), 5).

contexte pour déterminer si le critère de spécialité doit s'imposer par rapport au critère de temporalité ou inversement[1132]. Pour le Groupe d'étude de la CDI, « le fait que le droit spécial prime le droit général a pour justification que le premier, plus concret, tient souvent mieux compte que tout droit général applicable des particularités du contexte dans lequel il doit être appliqué [mais aussi parce que] son application [peut] aboutir à un résultat plus équitable et mieux traduire l'intention des sujets de droit »[1133]. Il avait conclu que le droit spécial pouvait être utilisé en vue de l'application, de la précision, de la mise à jour ou de la modification du droit général, ou encore pour l'écarter, dans la mesure où la majeure partie du droit international revêt un caractère supplétif[1134]. Néanmoins, l'application de la *lex specialis* n'a pas pour vocation à écarter le droit général pertinent qui demeurera valable et applicable à la situation donnée, conformément au principe d'harmonisation, afin d'orienter l'interprétation et l'application du droit spécial pertinent, ou encore pour devenir pleinement applicable dans les situations non prévues par la *lex specialis*[1135]. Bien qu'il n'existe pas de définition généralement acceptée du droit international général, celui-ci étant distingué du droit spécial en faisant référence au contexte, le droit spécial ne peut déroger à certains types de droit général, à savoir le *jus cogens*[1136]. Le rapport considère que le droit général pourrait inverser l'adage et s'imposer face au droit spécial dans plusieurs cas : si la primauté du droit général peut être déduite de la forme, de la nature ou de l'intention des parties ; si l'application du droit spécial pourrait vider de sa substance le but du droit général ; si des tiers bénéficiaires risqueraient de pâtir du droit spécial ; enfin, si le droit spécial pourrait porter atteinte à l'équilibre des droits et obligations établi dans le droit général[1137]. Les régimes spéciaux autonomes sont envisagés comme « un groupe de règles et principes intéressant une matière particulière [pour] former un régime spécial ('régime autonome') et être applicable en tant

[1132] Ibid., § 251, b), 6).
[1133] Ibid., § 251, b), 7).
[1134] Ibid., § 251, b), 8).
[1135] Rapport du Groupe d'étude de la CDI, Fragmentation du droit international, A/CN.4/L.682, préc., § 251, b), 9). V. égal. *Activités militaires et parumilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, § 179 : « Il est donc clair que les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport à celles du droit international conventionnel alors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique » ; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 22, § 25, v. infra : sur les liens entre le droit international des droits de l'Homme et l'applicabilité du droit international humanitaire dans le cadre des conflits armés.
[1136] Rapport du Groupe d'étude de la CDI, *Fragmentation du droit international*, préc., § 251, b), 10). V. points 32, 33, 40 et 41 relatifs au *jus cogens*.
[1137] Ibid.

que *lex specialis* […] ces régimes spéciaux [étant] souvent dotés d'institutions qui leur sont propres pour administrer les règles pertinentes »[1138].

366. Le rapport distingue trois types de régimes spéciaux : tout d'abord, lorsque la violation d'un groupe de règles primaires engendre la mise en œuvre d'un ensemble particulier de règles secondaires relatives à la violation et aux réactions à cette violation, hypothèse à laquelle renvoie l'article 55 du Projet de la CDI sur la responsabilité internationale des États ; ensuite, un régime spécial peut être formé par un ensemble de règles spéciales, intégrant des droits et des obligations, relatives à une question de fond ou une région géographique et découlant soit d'un traité, de plusieurs traités, de pratiques ultérieures ou du droit coutumier ; enfin, toutes les règles et principes relatifs à une matière peuvent être rassemblés en un régime spécial, comme cela est le cas du droit relatif aux droits de l'Homme ou au droit international humanitaire, aux fins de l'interprétation, ces régimes pouvant être considérés comme un tout[1139]. C'est cette dernière catégorie qui nous intéresse au regard des effets attachés à un régime spécial. Pour le Groupe d'étude de la CDI, l'importance d'un tel régime réside dans la manière dont ses règles et principes expriment un objet et un but uniques, et ainsi l'interprétation et l'application de ces normes devraient, autant que possible traduire cet objet et ce but[1140]. Dès lors, un régime spécial peut déroger à l'application du droit général dans les mêmes conditions que la *lex specialis*[1141], bien que la fonction du droit général dans les régimes spéciaux soit de combler les lacunes, dans la mesure où ces régimes ont un champ d'application plus restreint et qu'une question non régie par le droit spécial peut être soulevée devant les institutions en charge de l'administrer, ces dernières pouvant alors avoir recours au droit général pertinent et applicable dans de tels cas[1142]. Enfin, le droit général peut avoir un autre rôle dans le cadre des régimes spéciaux lorsque ceux-ci sont réputés avoir échoué, l'échec de ces régimes étant défini comme la situation dans laquelle il n'est plus possible d'envisager raisonnablement que le droit spécial remplira les objectifs pour lesquels il a été adopté, à savoir par exemple la non-réalisation par les institutions des buts fixés par le régime, le non-respect persistant de l'une ou plusieurs Parties, le retrait de Parties déterminantes pour le fonctionnement du régime, la priorité étant donnée, néanmoins, à l'interprétation des instruments constitutifs afin de déterminer si le régime a échoué[1143]. Ainsi, en tant que système juridique dynamique, le droit international est composé de systèmes juridiques

[1138] Rapport du Groupe d'étude de la CDI, Fragmentation du droit international, préc., § 251, c), 11).
[1139] Ibid., § 251, c), 12).
[1140] Ibid., § 251, c), 13).
[1141] Ibid., § 251, c), 14).
[1142] Ibid., § 251, c), 15).
[1143] Ibid., § 251, c), 16).

distincts auxquels sont associées des institutions en vue de l'application d'un droit spécial, en harmonie avec le droit général et qui ont recours à des méthodes communes d'interprétation dans la détermination de standards de référence.

B. La consolidation de standards d'interprétation par l'émergence d'une retenue judiciaire

367. Dans la mesure où l'incorporation d'éléments extra-systémiques ne garantit pas nécessairement des pratiques interprétatives convergentes, puisque des positions divergentes sont possibles[1144], se dévoilent les effets contre-productifs du dialogue et de la référence à des sources externes. Le phénomène d'autolimitation peut aboutir à des interprétations restrictives et à un *statu quo* qui ne peut pas être changé dans la mesure où le droit positif ne peut souffrir un revirement de jurisprudence isolé qui serait innovant en ce qui concerne par exemple la règle des immunités, alors même que cela contribue à affaiblir un système régional de protection des droits de la personne comme par exemple celui européen. En effet, dans l'arrêt *Naït-Liman* de la Cour EDH auquel est appliqué le principe d'intégration systémique par le recours soutenu aux sources externes, la Cour conclut que le droit de recours et d'indemnisation pour des actes de torture subis à l'étranger par l'un des nationaux ne peut pas être reconnu au regard de l'état actuel du droit international sur la question, rendant impossible toute réparation du préjudice subi puisqu'après de longues années de procédure, une telle victime se retrouve déboutée par un arrêt de Grande Chambre de la Cour statuant en dernier recours[1145]. En cela, par la conciliation de règles contraires dont le résultat n'est pas forcément favorable à la protection des droits de la personne, même en cas de violation d'une norme impérative, le phénomène de l'autolimitation par le dialogue des juges tend à estomper l'autonomie entre ordre juridique de protection des droits de la personne et droit international général.

368. L'article 31, § 3, c) de la CVDT visant à la prise en considération des règles pertinentes applicables entre les parties en vue de l'interprétation, a été peu utilisé jusqu'à la fin des années quatre-vingt-dix en ayant d'abord fait l'objet d'une certaine retenue, avant de prendre une place croissante dans la jurisprudence, notamment grâce à l'impulsion donnée par l'affaire des *Plates-formes pétrolières* jugée par la CIJ[1146]. À l'occasion de cette affaire, la CIJ a affirmé que le traité bilatéral de paix et d'amitié conclu en 1955 entre les États-Unis et l'Iran

[1144] V. supra, Partie I. Titre I. Chapitre 2.
[1145] *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, 15 mars 2018.
[1146] ALLAND, D., L'interprétation en droit international public, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 362, 2013, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, p. 150.

ne saurait « s'appliquer de manière totalement indépendante des règles pertinentes du droit international relatif à l'emploi de la force […] » en estimant que cela fait « partie intégrante de la tâche d'interprétation confiée à la Cour conformément aux règles générales d'interprétation des traités ; telles qu'elles ont trouvé leur expression dans la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, l'interprétation doit tenir compte de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »[1147]. Dans le cadre de cette affaire, le juge Burguenthal évoque dans son opinion dissidente, le risque de désintéressement des États quant à la juridiction de la Cour si celle-ci venait à s'approprier une utilisation extensive des autres sources du droit international en vue d'interpréter les dispositions d'un traité applicable entre les parties[1148]. Ainsi, l'usage des sources externes dans l'interprétation du droit international général et de ses domaines connexes est perçu comme un risque pour « the legal certainty [and highlights] the importance of judicial self-restraint […] both key to the operation of a trusted international judicial system »[1149]. En effet, l'ouverture à des sources extrinsèques au système juridique dans lequel s'inscrit la règle à interpréter, est vue comme une défiance engendrant une méfiance à l'égard d'un gouvernement de juges qui s'émanciperait à l'excès du droit positif en outrepassant les compétences initialement attribuées. *A contrario*, la prise en considération des autres sources du droit international pour interpréter un texte pourrait également être envisagée comme l'effet découlant de la coexistence d'une pluralité de normes semblables dans l'ordre juridique international, cette interprétation globale ayant pour objet de sauvegarder la cohérence et l'unité du droit. Cette pratique visant à l'appréciation du particulier à la lumière du général a même été qualifiée de « tournant dans l'interprétation » pouvant être regardée, si le phénomène venait à s'accentuer, « dans le sens d'une sorte de contrôle des actes liant spécifiquement les parties [à savoir le droit spécial] au regard d'une légalité générale »[1150]. Cependant, bien que cette pratique tende à s'inscrire dans le mouvement pour contrecarrer les risques supposés par la fragmentation du droit international, il a été souligné que :

> « S'agissant des interprétations que les États sollicitent de la part de tiers interprètes, pour lesquelles leur consentement demeure une donnée essentielle, tiers interprètes tout particulièrement tenus par les conditions précises données à leur mission juridictionnelle, il est délicat d'admettre sans nuance qu'ils puissent

[1147] *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats- Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 161, § 41.
[1148] V. Opinion dissidente du Juge Burguenthal dans l'affaire *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats- Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, § 22 ; v. égal. Opinion dissidente du Juge Higgins dans le cadre de la même affaire, § 49.
[1149] FRENCH, D., Treaty interpretation and the incorporation of extraneous legal rules, préc., p. 283.
[1150] ALLAND., D., L'interprétation en droit international public, préc., p. 176.

se considérer comme implicitement habilités à se prononcer sur la conformité des actes qui leur sont soumis au regard de toute règle du droit international »[1151].

369. La règle d'interprétation par combinaison normative impliquée par l'article 31, § 3, c) a pu faire l'objet d'une analyse critique en considérant qu'en ayant recours aux règles applicables entre les parties, cela élargit considérablement l'objet de l'interprétation. À l'origine, cette règle a été pensée pour régler essentiellement des questions de droit temporel, visant à tenir compte de toute règle pertinente qui serait intervenue *a posteriori* d'un premier accord entre les parties et qui fait objet de l'interprétation. Néanmoins, en pratique, l'adage *lex specialis generalibus derogat* a pu être neutralisé, voir même inversé, pour assurer « une étonnante 'primauté implicite' à ce que l'on appelle – non sans un certain vague – 'le droit général' »[1152]. En effet, l'interprétation d'un traité conformément « aux règles pertinentes », applicables entre les parties soulève plusieurs interrogations, à savoir sont-elles équivalentes à des règles opposables aux parties au traité, à toutes les parties ou seulement à certaines d'entre elles ; renvoient-elles au droit coutumier et aux principes généraux du droit ? Quelle relation existe entre ces règles et le traité envisagé comme une *lex specialis* ? Et enfin, la qualité même de *lex specialis* ne résulte-t-elle pas elle-même d'une interprétation ?[1153]. Cette qualité de règle spéciale est importante car « chaque sous-système prétend être la *lex specialis* »[1154], dans le contexte du droit international général considéré comme la *lex generalis*. Au regard de la jurisprudence internationale, les textes qui lient les parties, même n'ayant aucun rapport avec le traité objet de l'interprétation, relèvent « des règles pertinentes applicables »[1155]. Cela soulève des interrogations en ce qui concerne l'impact de cette régle sur la coexistence des

[1151] Ibid. V. Opinion individuelle du Juge Higgins, dans l'affaire l'affaire *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats- Unis d'Amérique),* arrêt, C.I.J. Recueil 2003, § 46. Dans son opinion individuelle dans l'affaire des Plates-formes pétrolières, le juge Higgins a souligné, à propos de l'article 31, § 3, c) de la CVDT que qu' « il s'agit pas d'une disposition visant à première vue à intégrer toutes les règles de fond du droit international qui portent sur un sujet dont la disposition ne dit rien », considérant ainsi qu'il y a une limite à la catégorie des « règles pertinentes applicables entre les parties », limite qui pourrait être constituée par le lien de connexité avec chaque affaire.

[1152] ALLAND, D., L'interprétation en droit international public, préc., p. 170 ; l'expression « primauté implicite » est attribué à TOURME-JOUANNET, E., Le juge international face aux problèmes d'incohérence et d'instabilité du droit international. Quelques réflexions à propos de l'arrêt CIJ du 6 novembre 2003, affaire des Plates-formes pétrolières, in *Revue générale du droit international public*, 2004, p. 935 ; pour une autre approche critique, v. WEIL, P., Vers une normativité relative en droit international?, in *Revue générale du droit international public*, 1982, p. 5.

[1153] ALLAND, D., L'interprétation en droit international public, préc., pp. 170-171.

[1154] HAFNER, G., *Les risques que pose la fragmentation du droit international*, Assemblée générale des Nations Unies, Documents officiels, 55ème session, Supplément n° 10 (A/55/10), p. 314.

[1155] ALLAND, D., L'interprétation en droit international public, préc., p. 171 ; v. CAZALA, J., « Le rôle de l'interprétation des traités à la lumière de toute autre « règle pertinente de droit international applicable entre les parties » en tant que « passerelle » jetée entre systèmes juridiques différents », in RUIZ-FABRI, H., GRADONI, L. (dir.), *La circulation des concepts en droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Ed. Société de législation comparée, 2009, pp. 107 et suiv.

règles en droit international, dans la mesure où leur interaction permettra à l'interprète de justifier le raisonnement et la solution adoptés dans une perspective de promotion de l'unité et de la cohérence du droit international. L'intérêt renouvelé pour l'article 31, §3, c) de la CVDT intervient à une époque d'intensification des inquiétudes à l'égard du phénomène de la fragmentation du droit international et du risque de spécialisation trop étroit des règimes de protection découlant de traités particuliers, dans une optique de conciliation des conflits entre normes internationales[1156]. La pratique croissante de l'usage de sources externes traduit le fait qu'il est de plus en plus reconnu le caractère indispensable d'inclure d'autres régles dans le processus judiciaire de prise de décision, lorsque cela semble approprié[1157]. En effet:

> « [T]he compartmentalism so characteristic of conventional international law post-1945, whilst having the positive effect of ensuring the development of detailed and, on the whole, well-crafted legal texts, also ensured, however, that any synergies and connexions that might exist were not nurtured and most conflicts not resolved. International rules developed in a generally *ad hoc* manner, largely without recourse to legal developments occurring elsewhere. This prolonged period of isolation between international regimes has now come back to haunt the international legal community, which is now faced with serious questions surrounding both the hierarchy of norms and, equally fundamentally, complex issues of interpretation »[1158].

370. Le même article de la CVDT semble également viser les règles, issues du droit international coutumier et opposables aux parties[1159]. À ce propos, il a été affirmé que « l'interprétation du particulier se fait par référence au général comme si était postulée une légalité générale opposable à tout État », tout en mentionnant « des applications [semblables] de la même idée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme »[1160]. En effet, dans les affaires *Al-Adsani*, *McElhinney* et *Fogarty*, jugées le même jour en 2001, la Cour EDH a interprété les dispositions de la Convention à la lumière des règles relatives à l'immunité des États. Ainsi, elle a affirmé que la Convention « ne saurait s'interpréter dans le vide », mais qu'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, y compris celles relatives à l'octroi de l'immunité aux États »[1161]. Elle a par ailleurs considéré que des mesures prises par un État partie « qui reflètent des principes du droit international généralement

[1156] MC LACHLAN, C., The principle of systemic integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention », in *International and Comparative Law Quaterly*, avril 2005, vol. 54, pp. 279-320.
[1157] FRENCH, D., *Treaty interpretation and the incorporation of extraneous legal rules*, préc., p. 302.
[1158] Ibid.
[1159] ALLAND, D., L'interprétation en droit international public, préc., p. 172.
[1160] Ibid. Nous soulignons.
[1161] *McElhinney c. Irlande* [GC], n° 31253/96, § 36, CEDH 2001-XI (extraits).

reconnus en matière d'immunité des États » ne sauraient être considérées comme des restrictions disproportionnées au droit d'accès à un tribunal consacré par l'article 6 § 1 de la Convention[1162]. En l'espèce, la Cour fera ainsi primer le droit général de l'immunité des États sur les dispositions de la Convention alors même qu'il était question du droit d'accès à un tribunal pour violation de la prohibition de la torture. Ainsi, l'autolimitation du pouvoir d'interprétation par le recours à des sources externes à un ordre juridique autonome s'apparente également à une autolimitation de l'étendue et de la portée des droits protégés, allant jusqu'à vider de son sens les caractéristiques d'une norme relevant du *jus cogens* et qui devrait s'imposer face à une norme hiérarchiquement inférieure.

371. Emer de Vattel soulignait, à propos de l'interprétation, que toutes les règles définies dans son chapitre consacré à ce sujet devaient « se combiner ensemble […] [puisque] lorsque ces règles paraissent se croiser, elles se balancent et se limitent réciproquement, suivant leur force et leur importance, et selon qu'elles appartiennent plus particulièrement au cas dont il est question »[1163]. Dès lors, puisque les règles d'interprétation peuvent se neutraliser les unes les autres, il a été mis en lumière qu'en vue d'une technique d'interprétation éventuelle, celle-ci releverait du domaine du « faisceau d'indices plus que d'une sage et successive application de règles contraignantes pour l'attribution de sens […] [puisqu'en plus de ce] désordre essentiel et [cette] combinaison des méthodes, [il y a] différentes manifestations de l'interprétation de la substance même des règles d'interprétation »[1164]. Hart estimait, à propos des « canons » de l'interprétation, qu'ils « ne peuvent éliminer [les] incertitudes bien qu'ils puissent les réduire ; [puisqu'ils] sont eux-mêmes des règles générales relatives à l'usage du langage, et ils utilisent des termes généraux qui requièrent eux-mêmes une interprétation ; [et] ils ne peuvent, pas plus que les autres règles, assurer leur propre interprétation »[1165]. Par ailleurs, la CDI considérait dans les années 1960, avant l'adoption de la CVDT, qu' « en un sens toutes les 'règles' d'interprétation ont le caractère de 'principes directeurs', puisque leur application dans un cas déterminé dépend beaucoup de l'intelligence du contexte et des circonstances qui entourent le point à interpréter »[1166]. Cette position renvoie à l'indétermination de principe des méthodes d'interprétation qui tend à s'accentuer avec la pratique du dialogue juridictionnel qui inclut des sources externes facultatives dans l'appréciation du sens d'une règle endogène à un système juridique particulier. Elle souligne

[1162] *Fogarty c. Royaume-Uni* [GC], n° 37112/97, § 36, CEDH 2001-XI (extraits).
[1163] E. de Vattel, Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite des affaires des Nations et des Souverains, cité par ALLAND, D., L'interprétation en droit international public, préc., p. 174.
[1164] ALLAND, D., L'interprétation en droit international public, préc., pp. 175-176.
[1165] Ibid.
[1166] Ibid.

également l'absence de hiérarchie entre les règles d'interprétation qui doivent être prises en considération, au cas par cas. Enfin, elle renvoie à la notion d'interprétation par contextualisation normative et systématique en considérant qu'en tant que « principes directeurs », leur application est fonction « de l'intelligence du contexte » ainsi que des « circonstances qui entourent le point à apprécier ». Dès lors, dans l'interprétation des règles du droit international, la souplesse et l'adaptabilité semblent être des constantes alors même que l'enrichissement du corps normatif de référence d'un interprète qui s'applique à un sujet donné en raison d'une proximité factuelle, normative, substantielle et contextuelle, contribue à l'élargissement de la catégorie des règles pertinentes desquelles il est possible de tenir compte au sens de l'article 31, § 3, c) de la CVDT. Si cette affirmation vaut pour le contexte du droit international général, elle est d'autant plus vraie en ce qui concerne l'interprétation des conventions de protection des droits de la personne puisque les objets et les buts partagent inévitablement des points communs, d'autant plus à l'égard d'une interdiction absolue, qui se veut universelle et qui relève de plusieurs domaines du droit international, telle que la prohibition de la torture. Toutefois, la référence à des éléments extra-systémiques dans le cadre du processus d'interprétation s'accompagne d'une gradation de l'autorité accordée aux sources externes à un système juridique donné dans la mesure où elles demeurent des sources secondaires et facultatives.

Section 2. La gradation de l'autorité des éléments extra-systémiques

372. Le recours aux sources externes dans l'exercice du pouvoir d'interprétation d'un organe de protection soulève nécessairement des interrogations quant à la portée juridique et à la valeur des sources secondaires en droit international. En effet, au regard de l'article 38 du Statut de la CIJ, les instruments internationaux de protection appartiennent à la catégorie des conventions internationales, mais les décisions de justice sont désignées comme des moyens auxiliaires de détermination de la règle de droit aux côtés de la doctrine. Parallèlement, en l'absence de la règle de la *stare decisis* s'imposant aux juges internationaux, il est également possible de douter de l'existence même d'un précédent. Les éléments extra-systémiques utilisés par un interprète considéré sont-ils néanmoins cités seulement pour leur contenu substantiel ou pourraient-ils revêtir une autorité complémentaire permettant un rayonnement des règles matérielles ? Autrement dit, par la pratique, les éléments extra-systémiques intégrés dans les décisions seraient-ils à même d'acquérir le statut de précédent par leur répétition constante et la citation récurrente, persistante et durable des mêmes règles matérielles et des

mêmes interprétations relatives à un point général ou spécifique d'un droit protégé ? Ainsi, ces interrogations impliquent la recherche d'une autorité réelle en assimilant les éléments extra-systémiques à des précédents (§1), autorité réelle qui sera elle-même confrontée avec une autorité incertaine, voire à l'idée d'une autorité réelle incertaine (§2).

§ 1. L'assimilation des éléments extra-systémiques à des précédents

373. Dès lors que le dialogue entre les organes internationaux de protection est une pratique spontanée qui relève de l'appréciation de chaque interprète, il semble étonnant d'affirmer que les éléments extra-systémiques incorporés dans le cadre d'une décision pourraient être assimilés à des précédents. Pourtant, en dépit de l'absence de la règle du *binding precedent* en droit international, les précédents semblent intégrés dans la pratique juridique bien qu'ils aient avant tout un caractère facultatif, qu'il s'agisse des précédents de la même juridiction et *a fortiori* en ce qui concerne ceux émanant d'autres organes à l'égard d'un autre organe de protection. Les impératifs de sécurité juridique et de prévisibilité jouent un rôle clef dans l'interprétation puisqu'un organe ne peut pas s'écarter de sa jurisprudence constante sans motif valable et sans justifier sa décision de revirement. Si la notion de précédent est bien connue dans les systèmes de *common law*, il n'est pas question de transposer cette même notion dans l'ordre juridique international, mais simplement de montrer la nature particulière de ce précédent dans cet ordre distinct des ordres juridiques nationaux (A). Par la suite, il sera pertinent de montrer que la valeur des précédents dans le contexte de la pluralité des systèmes de protection des droits de la personne tient essentiellement à l'universalité affirmée dans ce domaine ainsi qu'aux similitudes existantes tant dans les aspects factuels que normatifs (B).

A. La nature particulière du précédent en droit international

374. Dans le cadre universel, si l'article 59[1167] du Statut de la Cour internationale de justice pose le principe de l'autorité relative de la chose jugée des décisions judiciaires, selon l'article 38 § 4, la Cour, dans sa mission de règlement pacifique des différends, applique également les décisions judiciaires et la doctrine comme des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, aux côtés des conventions internationales générales ou spéciales, de la coutume

[1167] Article 59 du Statut de la Cour internationale de justice : « La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ».

internationale et des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées[1168]. Hans Kelsen envisageait le pouvoir d'interprétation du juge comme un véritable acte créateur de droit en concrétisant des règles générales[1169]. Il est important de souligner que les organes investis d'un pouvoir d'interprétation sont nécessairement créateurs de droit dans tout système qui ne leur impose pas une compétence liée sur le plan interprétatif, dans la mesure où la faculté d'un système effectif est l'auto-organisation en vue de l'application du droit qui implique nécessairement une marge d'appréciation. À propos des juridictions et des quasi-juridictions dans l'ordre juridique international, il a été affirmé que leur fonction est d'interpréter et d'appliquer les règles de droit à un contexte précis de circonstances, contexte variable auquel ils font face dans chaque situation ou cas soumis à leur appréciation dans le cadre d'un litige[1170]. Néanmoins, si les décisions judiciaires sont considérées comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit, par cette affirmation, cela ne signifie pas toutefois que le pouvoir du juge est réellement anéanti lorsqu'il est question d'exercer une influence sur le sens, le contenu et la portée des règles juridiques. En effet, si la jurisprudence n'est pas une source directe et formelle du droit, par le qualificatif « auxiliaire », il semblerait que les décisions judiciaires interviennent dans la détermination des règles de droit précisément lorsque celles-ci sont insuffisamment claires et précises, bien qu'issues des conventions internationales, des coutumes internationales bien établies ou encore des principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées. Ainsi, la décision de justice sera un moyen d'éclairer le sens et la portée d'une norme imprécise posée cependant par les sources directes, formelles du droit. Par analogie à la théorie relative aux « hard cases » et à la théorie du « roman à la chaîne » développée par Ronald Dworkin[1171], la jurisprudence peut être considérée comme une source de principes directeurs, révélateurs d'une certaine continuité, précisément lorsque le contenu d'une norme semble indéfini. Par ailleurs, si le juge peut avoir recours aux décisions judiciaires de manière subsidiaire dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation et d'interprétation, il fait déjà œuvre créatrice de sens et d'autorité

[1168] Article 38 du Statut de la Cour internationale de justice : « La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ; la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ; les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ; sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

[1169] HANS, K., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 328, 457 et 462.

[1170] MEDINA QUIROGA, C., « The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretation? », in SHELTON, D. (dir.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, New York, 2013, p. 650.

[1171] DWORKIN, R., « La théorie du droit comme interprétation », in BEAL, C. (dir.), *Philosophie du droit. Norme, validité et interprétation*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 2015, pp. 287-311.

dans la mesure où il a l'aptitude d'identifier dans les sources directes du droit les insuffisances et imprécisions de celles-ci. Précisément parce que les décisions judiciaires sont une source indirecte, auxiliaire, sans statut ou autorité absolue, le dialogue se justifie assez aisément.

375. Le statut de « moyens auxiliaires de détermination de la règle de droit » assigné aux décisions de justice dans l'ordre juridique international soulève la question de leur autorité. Il est possible d'envisager ces décisions comme étant à l'origine d'un précédent, en lien direct avec une règle de droit particulière, lorsque des faits similaires surgissent postérieurement à la détermination d'une telle interprétation qui aspire à acquérir la teneur d'un précédent, non pas obligatoire, mais simplement qui existe en tant que tel dans l'ordre juridique considéré. La question du précédent dans l'ordre juridique international, apparaît comme un véritable paradoxe, En effet, « precedent presents a puzzle for international law. As a matter of doctrine, judicial decisions are not-in-and-of themselves law. And yet, international precedent is everywhere. From international investment to international criminal law, prior decisions are invoked, argued over, and applied by practitioners and by tribunals »[1172]. Pourtant, sans cesse est contesté le potentiel même d'existence des précédents dans l'ordre international en refusant d'accorder tout pouvoir créateur de droit aux organes de protection dans la mesure où ils opèrent dans un système juridique initialement interétatique, où la volonté des États conditionne non seulement l'apparition des règles mais également leur épanouissement à travers leur interprétation en vue de leur application. Cependant, le précédent fait partie intégrante de la pratique judiciaire internationale : dans l'argumentation des parties qui renvoie à des décisions antérieures de l'organe considéré ou d'organes étrangers en vue de corroborer leurs allégations ; dans celle des tiers intervenants qui n'hésitent pas à invoquer même des rapports émanant d'organisations non-gouvernementales ou des Nations Unies par exemple afin d'inciter le juge d'adopter des interprétations extensives ou d'opérer un revirement de jurisprudence en prenant en considération la *soft law* ; dans le raisonnement et le dispositif de l'interprète qui se réfère traditionnellement, au moins à ses propres décisions pour montrer la constance et la continuité de sa jurisprudence qui satisfait les critères de la sécurité juridique, mais également de façon croissante, à des sources externes, qu'il s'agisse d'instruments de protection ou de décisions qui émanent d'autres organes.

376. Dans le cadre de ces développements, le précédent n'est pas envisagé au sens strict du précédent que connaît la *common law*, où les juridictions inférieures sont liées par les

[1172] COHEN, H. G., « Theorizing Precedent in International Law », in BIANCHI, A., PEAT, D., WINDSOR, M. (dir.), *Interpretation in International Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2015, p. 268.

juridictions hiérarchiquement supérieures et où le précédent a un rôle déclaratif puisqu'il ne fait que constater quelque chose qui existait déjà. Le précédent dans l'ordre juridique international peut se définir comme la solution donnée à un problème juridique dont les faits rentrent en contradiction avec la prescription d'une règle de droit. La *ratio decidendi* de cette solution trouve ses fondements directement dans le système juridique considéré de l'interprète, mais également et plus indirectement, dans les systèmes juridiques parallèles et apparentés au système initial, en raison de la similitude existante entre les règles de droit mais également en raison de la similitude des faits ayant abouti à des décisions de justice faisant écho à un cas d'espèce qui se présente au juge, et pour lequel il aura recours à des sources externes. Il est vrai que « decisions are not binding on future parties in future cases, even before the same tribunal. [Therefore], precedent, as a matter of doctrine, exerts no special force »[1173]. En tant que sources informelles ou secondaires du droit international, les décisions des organes internationaux sont dépourvues, en soi, de toute autorité et portée impérative à l'égard des litiges futurs. Pourtant, l'absence de force exécutoire des décisions de justices internationales, l'absence de pouvoir central coercitif ou encore l'absence d'un principe hiérarchique d'organisation ne signifie en aucun cas que des précédents ne peuvent émerger par l'action des organes de protection. Un précédent n'a pas besoin d'être *erga omnes* : il suffit qu'il démontre un effet *inter partes* eu égard la *ratio decidendi* d'une décision de justice ; effet qui pourra, dès lors, être reproduit lors de la manifestation de faits analogues, en dépit du principe de l'autorité relative de chose jugée. Il est légitime de se demander si un précédent doit nécessairement être obligatoire pour avoir le statut de précédent ou s'il serait possible d'envisager un précédent interprétatif, selon la méthode singulière du dialogue qui combine tant les sources intrinsèques et extrinsèques d'un système que les sources primaires et secondaires, en fonction des circonstances, du contexte et de l'objet d'un cas d'espèce qui se présente à un organe titulaire d'un pouvoir d'interprétation en vertu d'un traité constitutif. Il n'est pas neutre de rappeler que « ce qui est raisonnable et équitable dans un cas donné dépend nécessairement des circonstances »[1174]. Ainsi, en raisonnant *a contrario*, ce qui serait déraisonnable dans un cas donné dépendra également des circonstances. La similitude normative et factuelle entre deux espèces, sans qu'il y ait nécessairement identité de parties, d'objet et de cause, imposera l'adoption d'une solution semblable afin de tenir compte du contexte, des circonstances et des exigences eu égard la mission de rendre la justice.

[1173] Ibid., p. 269.
[1174] *Affaire de l'Interprétation de l'accord entre l'O.M.S. et l'Égypte*, CIJ, Recueil 1980, p. 96 ; v. égal. *Affaire du Plateau continental (Tunisie c. Libye)*, CIJ, Recueil 1982, p. 60, § 72. V. p. ex. *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, § 10, Série A, n° 7.

377. À travers l'usage constant des précédents, initialement facultatifs dans l'ordre juridique international, se dégage le principe de l'unité interprétative au regard de la prééminence du droit et des impératifs de la sécurité juridique. En présence de règles juridiques similaires et de situations analogues, le principe de l'unité interprétative semble impliquer d'attribuer un sens à la disposition à interpréter qui obéit à un devoir de cohérence, en dépit des différences persistantes entre des systèmes juridiques de protection. En effet, à l'égard de l'interprétation d'un article spécifique d'une Convention internationale de protection des droits de la personne, tel que l'article correspondant dans chaque système à l'égard de la prohibition de la torture, chaque organe de protection aura tendance à démontrer qu'il suit une ligne directrice dans l'exercice de son pouvoir et que les interprétations adoptées sont justifiées tant au regard des exigences juridiques de chaque cas d'espèce qu'à l'égard des exigences qui s'imposent à lui en raison de l'appartenance à un système considéré, mais aussi au regard des règles générales du droit international. En effet, le droit des immunités confronté à la prohibition de la torture fait l'objet d'une interprétation justifiée au regard de l'*opinio juris* des États, au regard de la pratique des tribunaux nationaux et internationaux. L'interprétation est justifiée également au regard des impératifs qui découlent du droit international général et de sa nature profondément conditionnée par le principe de l'égalité souveraine des États qui impose l'indépendance dans les relations internationales et que les limitations à l'indépendance des États ne se présument pas[1175]. L'interprétation restrictive de la règle des immunités par la Cour EDH dans l'affaire *Al-Adsani* ou par la CIJ dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles*[1176] est justifiée par les juges au regard de l'absence de l'émergence d'une pratique internationale commune allant dans le sens d'une évolution de ce domaine qui ferait l'objet d'une exception en cas de violation de normes impératives du droit international. Ainsi, la nature impérative de la prohibition de la torture n'a pas une telle force juridique permettant d'opérer un revirement de jurisprudence à l'égard de la règle des immunités simplement en raison de l'importance des valeurs qu'elle protège. La prise en considération des précédents en vigueur dans la jurisprudence des organes internationaux de protection et la pratique des juridictions nationales à l'égard des immunités constitue un obstacle juridique considéré comme obligatoire du point de vue de son aptitude à limiter le pouvoir d'interprétation, au regard précisément du principe d'unité interprétative qui n'est, certes, pas toujours favorable à la protection des droits de la personne humaine.

[1175] CPJI, 7 septembre 1927, *Affaire du Lotus*, série A, n° 10, p. 18.
[1176] V. supra.

378. Il est légitime de se questionner sur les buts assignés à l'usage des précédents dans l'ordre juridique international qui, bien qu'ils ne soient pas obligatoires, sont éminemment présents dans la jurisprudence des organes de protection. La valeur, la force ou l'autorité légale du précédent sont des notions visant à décrire l'impact éventuel de ce dernier sur l'interprétation d'un organe donné. Si un interprète accorde une attention particulière à la pratique d'autres organes et à la pratique étatique, *de facto,* le précédent, étatique ou juridictionnel, exerce tout au moins une influence sur la marge d'appréciation. Il est vrai que l'autorité de cette influence est difficile à mesurer. Selon le dictionnaire juridique Cornu, la notion de précédent renvoie « soit [à une] décision administrative, soit [à une] décision juridictionnelle (précédent jurisprudentiel) qui peut avoir, selon les systèmes juridiques, valeur d'exemple, d'autorité de fait ou de caractère obligatoire »[1177]. Plus particulièrement, la notion de précédent jurisprudentiel se définit comme une « décision juridictionnelle antérieure qui sert de référence pour déterminer la solution à retenir dans une affaire semblable et qui peut avoir, selon les systèmes juridiques, une simple valeur d'exemple ou une autorité de fait, voire un caractère obligatoire »[1178].

379. Ces définitions très générales distinguent la valeur du précédent en fonction des systèmes juridiques considérés. Le système juridique international, dépourvu d'une autorité centrale coercitive et d'un principe hiérarchique d'organisation, ne pourrait ainsi contenir des précédents ayant au moins une autorité de fait, étant donné la difficile reconnaissance d'un caractère obligatoire, en leur accordant seulement une valeur d'exemple. Il semblerait qu'une telle conception doit être tempérée. Il paraît impensable qu'à l'égard de la prohibition de la torture, pour la qualifier de norme impérative, le recours aux décisions de justice extérieures à un système soit seulement à titre d'exemple dans la mesure où ces citations ont pour but de démontrer une évolution du droit international sur ce point, notamment en raison de la jurisprudence convergente des organes de protection. Ainsi, il semble que la convergence, sans être unanimité, permet de conforter les interprétations en leur apportant une valeur ajoutée : celle d'un précédent qui ne relève pas d'un seul système juridique, mais de plusieurs, en étant dès lors un précédent transnational, alors mêmes que ces systèmes sont formellement indépendants. Même en envisageant des *self-contained regimes*, en raison de leur forte spécialisation, dans le domaine des droits de la personne, les systèmes sont par nature spécialisés en raison d'un instrument à protéger dont la fonction incombe à un organe particulier. Cependant, l'indépendance formelle est atténuée puisque matériellement, ils

[1177] CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8ème éd., 2007, v. « précédent », p. 703.
[1178] SALMON, Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 866.

protègent de manière générale les mêmes droits, d'autant plus lorsqu'il s'agit des droits fondamentaux qui protègent l'intégrité et la dignité de la personne humaine proclamés en des termes semblables voire identiques. Dès lors, s'il existe une interdépendance matérielle entre les règles par leurs similitudes, il serait possible de considérer l'existence d'une interdépendance matérielle entre les précédents « individuels » dégagés dans chaque système juridique au regard des principes de la prééminence du droit, de la sécurité juridique et de la prévisibilité de la règle de droit qui se veut universelle en ce qui a trait à l'interdiction de la torture.

380. Même en admettant que le précédent n'ait aucune valeur dans l'ordre juridique international, tous les interprètes se réfèrent à leur jurisprudence antérieure pour renforcer la légitimité et l'autorité de leur jurisprudence. Ainsi, implicitement, les précédents ont une fonction de structuration de tout système autour des principes de continuité et de stabilité pour pouvoir jouir d'une légitimité à l'égard des destinataires qui relèvent de leur juridiction. Autrement dit, « a precedent is a past event […] which serves as a guide for a present action »[1179]. Dès lors, la référence à des précédents étrangers renvoie à la recherche de lignes directrices, dans un objectif d'interprétation de la règle de droit de la meilleure façon possible, l'ouverture à des sources externes traduisant la recherche de la notion de justice à l'échelle globale, susceptible d'aboutir à une protection équivalente dans les systèmes juridiques distincts et indépendants, notamment au regard du principe de l'unité interprétative. Le droit international coutumier est éminemment proche des précédents en raison de la méthode de détermination d'une nouvelle règle coutumière qui varie au cas par cas au regard des trois critères exigés : une pratique générale, acceptée comme étant du droit, et enfin l'exigence de l'*opinio juris sive necessatis* qui renvoie au sentiment d'être obligé par cette règle. Ainsi, il a été affirmé que « la doctrine du *stare decisis* est étrangère au droit international, qui ne connaît, par conséquent, pas non plus de règle du précédent, alors même que, d'un autre côté, le droit international est bel et bien familier de la notion du précédent dans un autre domaine, celui du droit coutumier, où les précédents jouent un rôle éminent dans la formation et l'identification d'une norme coutumière »[1180]. En effet, afin de faire le constat qu'une règle du droit international ait acquis le statut de norme coutumière qui s'impose même en l'absence de tout engagement conventionnel, un organe ne tend pas à appliquer une méthodologie

[1179] DUXBURY, N., *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2008, p. 1.

[1180] HAMANN, A., « L'autorité du précédent », in ALOUPI, N., KLEINER, C. (dir.), *Le précédent en droit international*, Colloque de Strasbourg, Société Française pour le Droit International, Paris, Pedone, 2016, pp. 151-189, v. p. 153.

stricte et précisément définie en vue de pouvoir qualifier ainsi la règle à interpréter. Au contraire, l'organe recherchera parmi un faisceau d'indices qui regroupe tant la pratique des États que celle de leurs tribunaux nationaux, mais aussi les actes unilatéraux, les réserves éventuelles, les instruments internationaux ou encore toute autre pratique pertinente permettant de démontrer le caractère coutumier de la règle. Or, puisque la coutume exige une pratique, caractérisée par sa répétition dans le temps, par analogie, la preuve de cette pratique générale acceptée comme étant du droit et comme ayant un caractère obligatoire à l'égard de ses destinataires, se démontre précisément par sa reproduction multiple, de façon presque identique, qui traduit l'émergence d'abord, la consolidation de la pratique coutumière par la suite[1181]. Ainsi,

> « […] [Q]u'il s'agisse du 'précédent juridictionnel' ou du précédent duquel émerge ou par lequel s'identifie une norme coutumière, et qu'on appellera ici 'précédent étatique', les deux ont en commun d'exprimer une volonté, volonté qui est prise en compte par le droit au sens le plus fort, puisque cette volonté crée ou contribue à créer du droit. On touche alors à ce qui caractérise véritablement le précédent au sens du droit : parmi toutes sortes d'autres comportements, il a cela de distinctif qu'il fait émerger une règle, que celle-ci soit de nature coutumière ou énoncée dans un acte juridictionnel »[1182].

381. Dès lors, la distinction entre précédent juridictionnel et précédent étatique repose essentiellement sur la conception différente à l'égard de la volonté qui est à l'origine de la création du droit ou de son développement. Le précédent étatique est le reflet de la pratique des États en tant qu'auteurs et sujets premiers du droit international, pratique à l'origine du droit international coutumier dans sa conception classique dont l'identification appartient aux organes juridictionnels lorsqu'ils sont saisis de l'existence éventuelle d'une nouvelle norme coutumière. Le précédent juridictionnel résulte d'une marge d'appréciation dans l'exercice de la fonction interprétative et d'une volonté qui émane du pouvoir judiciaire, institué par les États exerçant leur volonté fondatrice originelle, qui est la condition *sine qua none* de l'existence d'un pouvoir judiciaire et de son fondement même dans l'ordre juridique international. Néanmoins, s'il existe une différence d'autorité tenant à la nature des précédents étatiques et à celle des précédents jurisprudentiels, par le fait que chacun de ces précédents a pour effet de faire émerger une règle, il s'agit d'un point commun non négligeable. La portée ou le potentiel contraignant du précédent ainsi créé, importe peu dans

[1181] RUIZ-FABRI, H., « La hiérarchisation des précédents », in ALOUPI, N., KLEINER, C. (dir.), *Le précédent en droit international*, Colloque de Strasbourg, Société Française pour le Droit International, Paris, Pedone, 2016, pp. 191-211.
[1182] HAMANN, A., « L'autorité du précédent », préc. p. 155.

la mesure où avec l'apparition de la règle, l'éventualité d'une contrariété émerge par la même occasion.

382. Par ailleurs, il est nécessaire d'opérer une distinction entre jurisprudence et précédent :

> « […] [L]e précédent est un comportement unique, ponctuel et par essence novateur, la jurisprudence étant quant à elle le corpus qui se construit par la stabilisation progressive de règles qu'ont fait émerger des précédents. Par voie de conséquence, la 'jurisprudence constante' sur une question de droit donnée n'est pas la somme de précédents à ce sujet, elle n'est que la consolidation, par l'effet de répétition, de la règle que le précédent a fait émerger »[1183].

En effet, une nouvelle règle qui émerge suite à une décision judiciaire qui peut être qualifiée de précédent par son caractère inédit par rapport à l'ordre établi dans un système donné, acquiert son autorité précisément par la pratique qui l'intégrera dans la jurisprudence ainsi que par la répétition qui lui conférera le statut de règle appartenant à la jurisprudence constante. Cette idée est particulièrement pertinente dans le contexte de la pluralité des systèmes de protection des droits de la personne.

B. La valeur des précédents dans le contexte de la pluralité de systèmes de protection des droits de la personne

383. Formellement, au regard de la théorie des sources du droit, le précédent n'a aucune force en droit international. Néanmoins, en pratique, de façon plus substantielle même si le précédent relève du contexte d'un système juridique donné, une autorité lui sera accordée s'il est la référence en la matière, ce qui pourra être prouvé par la répétition de la citation d'un tel précédent dans des affaires distinctes qui présentent des similitudes. De son expérience propre, le Juge et ancien Vice-président de la Cour ADHP, Fatsah Ouguergouz soulignait sa participation en juillet 2016 à un « dialogue judiciaire » du *Brandeis Institute for International Judges* dont le thème était l'autorité des décisions des juridictions internationales et auquel étaient présents une vingtaine de juges des Cours universelles et régionales. Ils sont ainsi parvenus à la conclusion suivante, particulièrement intéressante, en vertu de laquelle « […] une des manières de mesurer l'autorité des juridictions internationales était la fréquence de la référence à leurs décisions par les autres juridictions internationales ainsi que par les juridictions nationales, […] cette fréquence [dépendant] de la qualité desdites décisions et que cette qualité était à son tour tributaire d'un certain nombre de conditions,

[1183] Ibid.

dont celles des ressources financières et humaines mises à la disposition des juridictions internationales »[1184]. Ainsi, en renforçant la motivation des décisions de justice, puisque cela a un impact direct sur leur qualité, indirectement, l'autorité des juridictions internationales est renforcée par une meilleure diffusion de leur jurisprudence, tant dans l'ordre juridique international que dans les ordres juridiques internes.

384. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, juge à la Cour interaméricaine, estime que le dialogue des juges est une des techniques interprétatives les plus importantes utilisées par la Cour pour interpréter de façon transversale la Convention américaine, en vue de préciser la portée du sens de ses termes ou pour développer de nouveaux droits dans le cadre de sa jurisprudence[1185]. Il définit ainsi le dialogue judiciaire comme :

> « [L]a technique des tribunaux nationaux et internationaux qui consiste à utiliser les raisonnements des autres tribunaux afin de réaliser une interprétation plus adéquate des droits et libertés reconnus dans une constitution ou un au traité. [Cette technique] permet aux juges de profiter des développements intervenus dans d'autres systèmes de protection des droits de l'Homme, pour ainsi réaliser une meilleure interprétation des normes relatives aux droits de l'Homme ou aux droits fondamentaux »[1186].

385. L'auteur souligne ainsi l'existence d'un dialogue horizontal entre la Cour IADH et la Cour EDH ainsi que d'un dialogue vertical avec les juridictions nationales des États latino-américains ayant reconnu la compétence de la Cour[1187]. En ce qui concerne le dialogue avec la Cour EDH, la Cour interaméricaine a toujours eu recours à la jurisprudence européenne afin d'enrichir et de renforcer le contenu et la portée des droits dans le système interaméricain. La Cour interaméricaine a ainsi défini les critères constitutifs d'une disparition forcée, à savoir la privation de liberté ; l'intervention directe des agents de l'État ou avec leur consentement ; et enfin, le refus de reconnaître la détention ou de révéler le sort ou la localisation du disparu. En vue de déterminer ces critères, elle se référait dans l'une de ses

---

[1184] OUGUERGOUZ, F., « Les articles 60 et 61 de la Charte africaine des droits et devoirs de l'Homme et des peuples », in BURGORGUE-LARSEN, L., *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'Homme – De l'ouverture du dialogue*, Paris, Pedone, 2017, pp. 135-136 ; v. p. 135 : la Cour africaine organise des dialogues judiciaires annuels, dont celui de novembre 2015 était relatif à comment « Etablir un lien entre la justice nationale et la justice internationale » auquel ont été invités les présidents des Cours suprêmes et constitutionnelles africaines ainsi que les membres de la CEDH et de la CIADH.

[1185] FERRER MAC-GREGOR, E., *Le développement du corpus juris interaméricain à travers l'action prétorienne de la Cour interaméricaine des droits l'Homme*, op. cit., p. 190.

[1186] Ibid., p. 191.

[1187] Ibid., p. 193, V. Infra, Partie II : ce dialogue vertical avec les juridictions nationales a abouti à un véritable contrôle de conventionnalité de la part de la Cour interaméricaine visant à l'incorporation de ses acquis juridiques dans les ordres juridiques étatiques ce qui renforce la portée de son interprétation des droits et libertés protégés par la Convention américaine.

affaires contentieuses [1188], à ses propres évolutions jurisprudentielles depuis l'affaire *Velasquez Rodriguez* ainsi qu'à la Cour européenne, qui a pu s'inspirer elle-même de la jurisprudence de la Cour interaméricaine en ce qui concerne la définition des disparitions forcées[1189]. Il s'agit ici d'un dialogue symétrique, en raison d'un va-et-vient entre les deux juridictions, qui témoigne de la circulation de leurs décisions contribuant à un renforcement des critères de cette violation multidimensionnelle, en étant « plurioffensive »[1190], continue[1191] et impliquant d'autres violations connexes[1192].

386. Face à de telles hypothèses et à tel usage mutuel de précédents étrangers par plusieurs organes internationaux de protection, il semble exagéré d'affirmer que les précédents jurisprudentiels ne jouissent d'aucune autorité dans l'ordre juridique international. Certes, il ne s'agit pas d'une autorité coercitive qui imposerait l'obligation de suivre les précédents des autres juridictions, obligation qui serait assortie d'une sanction en cas de non-respect d'un précédent. Néanmoins, il s'agit bien d'une autorité interprétative fournissant des lignes directrices dans des domaines connexes jugés par différents organes de protection ; *a fortiori*, dans le domaine des droits de la personne. Il apparaît difficile de soutenir que les précédents étrangers n'aient aucune valeur à l'égard même de la CIJ, la seule juridiction universelle à compétence générale. Dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles* pour sanctionner l'Italie en raison du jugement de la Cour constitutionnelle italienne écartant la règle des immunités en cas de violation d'une norme impérative du droit international, la Cour adopte certes une interprétation restrictive qui fait primer la règle de l'immunité civile des États, mais elle

---

[1188] Cour IADH, arrêt, *Affaire Chitay Nech et autres c. Guatemala* (exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens), 25 mai 2010, série C, n° 212, § 85. V. par ex. *Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, §§ 124-128, Recueil 1998-III ; *Timurtaş c. Turquie*, n° 23531/94, §§ 102-105, CEDH 2000-VI. La Cour interaméricaine a également fait référence dans la définition des éléments constitutifs à la Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, à la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, aux décisions des organes des traités des Nations Unies ou encore au Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

[1189] V. notam., *Timurtaş c. Turquie*, n° 23531/94, CEDH 2000-VI; *Varnava et autres c. Turquie* [GC], n° 16064/90 et 8 autres, § 185, CEDH 2009; v. BENZIMRA-HAZAN, J., En marge de l'arrêt Timurtas contre la Turquie: vers l'homogénéisation des approches du phénomène des disparitions forcées de personnes, *Revue Trimestrielle des droits de l'Homme*, 2001, pp. 983-997.

[1190] FERRER MAC-GREGOR, E., *Le développement du corpus juris interaméricain à travers l'action prétorienne de la Cour interaméricaine des droits l'Homme*, préc., p. 193..

[1191] Cour IADH, arrêt, *Affaire Blake c. Guatemala* (fond), 24 janvier 1998, série C, n° 36, §§ 62-64 : La référence à la Déclaration des Nations Unies sur la protection des personnes contre les disparitions forcées (1992) lui permet d'établir le caractère continu de l'exaction fondant ainsi sa compétence *ratione temporis*; Cour IADH, arrêt, *Affaire Radilla Pacheco c. Mexique* (exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens), 23 novembre 2009, série C, n° 209, §§ 22-24 : elle en conclut que les disparitions forcées constituent une violation continue ou permanente du droit à la vie en faisant référence à de nombreuses affaires de la Cour EDH ; v. égal. §§ 301-303 sur l'incompatibilité des réserves de l'État à l'égard de la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes.

[1192] Cour IADH, arrêt, *Affaire Tiu Tojìn c. Guatemala* (fond, réparations et dépens), 26 novembre 2008, série C, n° 190, § 85 dans lequel la Cour se réfère à la jurisprudence de la Cour EDH.

justifie cette conclusion au regard de la pratique étatique et de la pratique jurisprudentielle, tant nationale qu'internationale. Dès lors, il est possible d'en déduire que les précédents vont jouer le rôle de lignes directrices en la matière, mais pas seulement. Ils sont le reflet d'une évolution ou non de l'interprétation d'une règle fondamentale du droit international dans un sens particulier. Bien que l'on puisse contester la conclusion qui ne va pas dans le sens d'une protection accrue des droits de la personne, des arguments juridiques sont présentés par la Cour : ces arguments juridiques sont les précédents, tant étatiques que jurisprudentiels. Il apparait que l'autorité et l'audience des précédents sont intimement liées. Il faut se demander pourquoi une décision fait autorité et qui sont ses destinataires. Dans ce questionnement, il est primordial de lier la pratique jurisprudentielle à la pratique étatique qui conditionne fortement la portée du précédent dans l'ordre juridique international. Cela explique pourquoi dans le domaine des règles relatives à l'immunité de l'État et de ses représentants, les interprétations restrictives prédominent en l'absence d'une *opinio juris* en faveur d'une interprétation extensive. Les juridictions qui ont essayé d'adopter des interprétations allant dans le sens de la reconnaissance d'une exception limitée aux immunités en cas de violation d'une norme impérative n'ont pas trouvé un soutien dans la jurisprudence de leurs homologues, précisément, parce que toute interprétation se heurtant à l'indépendance et la souveraineté des États resterait inappliquée, condamnée à n'être qu'une tentative jurisprudentielle courageuse, mais une tentative manquée par l'absence d'effet contraignant. Par exemple, dans son opinion dissidente dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, le Juge Antonio Augusto Cançado Trindade estimait que :

> « [L]a doctrine juridique internationale contemporaine, y compris les institutions savantes de droit international, concilie progressivement l'immunité de l'État et le droit d'accès des victimes à la justice en faveur de ces dernières, en particulier en cas de crimes internationaux [et qu'] elle se soucie de la nécessité de respecter les impératifs de la justice et d'éviter l'impunité en cas de crimes internationaux, ce afin de garantir la non-répétition de ceux-ci à l'avenir. Il est de nos jours généralement reconnu que les politiques d'État criminelles et la perpétration qui en découle d'atrocités par les États ne peuvent aucunement s'abriter derrière l'immunité de l'État »[1193].

387. Or, cette position n'est pas celle de la Cour EDH ou de la CIJ qui font primer l'immunité de l'État face au droit d'avoir accès à un tribunal pour obtenir une indemnisation du fait de la violation d'une norme impérative telle que la prohibition de la torture, en considérant que le droit international positif ne reflète pas encore une évolution notable en ce

[1193] Opinion dissidente du Juge Antonio Augusto Cançado Trindade, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; (Grèce intervenant))*, arrêt, CIJ, Recueil 2012, p. 99, § 52.

sens. Néanmoins, il est possible de s'interroger si une force objective peut être attachée au précédent en dépit de l'absence d'une manifestation expresse de volonté de la part des États en vue de modifier l'état du droit positif. L'objectivité du contentieux en matière de droits de la personne a très largement justifié le revirement de jurisprudence en ce qui concerne la portée obligatoire des mesures provisoires, dans la mesure où la convergence interprétative s'est progressivement imposée comme impossible à ignorer, aboutissant ainsi à la convergence normative. *A contrario*, en ce qui a trait à la nature impérative de la prohibition de la torture, l'objectivité du contentieux se heurte à des considérations plus subjectives dans la mesure où la solution bouscule la souveraineté des États. Les interprétations jurisprudentielles demeurent tributaires de la pratique des États auxquels s'adresse l'obligation de s'abstenir, prévenir et réprimer des actes de torture et autres formes de mauvais traitements. Cette tension est palpable lorsque l'on s'intéresse à la question des immunités : si aucun État ne conteste l'absolue interdiction de la torture et son appartenance au domaine du *jus cogens*, cette prohibition est avant tout absolue tant que celle-ci ne se heurte pas à la règle des immunités.

388. Si l'inspiration mutuelle entre les organes internationaux de protection n'aboutit par toujours à des interprétations plus protectrices des droits, l'usage du précédent se présente comme un rempart à la fragmentation et comme outil de coordination entre systèmes indépendants, en contribuant d'abord à un rapprochement des interprètes confrontés à des problèmes juridiques similaires, sinon identiques, et *in fine*, à la réalisation d'une « global community of Courts »[1194] qui partagent une sorte de communauté de conventions. En effet, le système international peut être vu « as a collection of communities of practice », chaque domaine du droit étant conceptualisé comme une « community of practice » dans laquelle se développent des règles propres d'argumentation et d'autorité[1195]. Ainsi, en matière de droits de la personne, plusieurs « communities of practice » coexistent puisque les organes de protection des droits de l'Homme *stricto sensu* exercent une compétence différente par rapport à celle de la CIJ, des organes des traités des Nations Unies et des juridictions pénales internationales. Néanmoins, en dépit des différences entre ces divers domaines du droit international, en vue de protéger effectivement l'intégrité et la dignité de la personne humaine et de réaliser l'objet et le but du corps de règles de protection, il n'est pas souhaitable

[1194] SLAUGHTER, A.-M., A Typology of Transjudicial Communication, in *University of Richmond Law Review*, 1994, vol. 99; SLAUGHTER, A.-M., A Global Community of Courts, in *Harvard International Law Journal*, 2002.

[1195] COHEN, H. G., « International Precedent and the Practice of International Law » in M. Helfand (ed.), *Negotiating State and Non-State Law: The Challenge of Global and Local Legal Pluralism*, Cambridge-UK, Cambridge University Press, 2015, pp. 185-186.

d'interpréter les règles d'un point de vue stato-centré comme cela peut être le cas dans le domaine des relations diplomatiques qui touchent à l'usage de la force ou encore dans le domaine économique et commercial. Les États ne disposent pas librement de leur volonté et de leur consentement dès lors que le contentieux est objectif, des droits individuels étant opposés à l'État que ce dernier doit respecter, mais qui nécessitent d'accomplir des actions positives en ce sens pour respecter les obligations internationales en les transposant dans l'ordre juridique interne. Ainsi, il faut s'interroger sur l'autorité accordée aux emprunts normatifs, incorporés dans un système juridique distinct de celui d'origine, puisque cette autorité conditionnera la portée des décisions des organes internationaux faisant usage de la technique du dialogue.

§ 2. À la recherche d'une autorité réelle attachée aux éléments extra-systémiques

389. En l'absence d'une portée formellement obligatoire reconnue à l'usage des éléments extra-systémiques dans l'ordre juridique international, la pratique du dialogue demeure une approche complémentaire en vue de l'application et de l'interprétation des droits de la personne. Le caractère spontané de cette pratique interroge l'autorité accordée aux sources externes lorsque celles-ci sont intégrées dans un autre système que celui d'origine, en vue de mesurer leur portée. Tout en affrontant une autorité incertaine (A), il semblerait que les caractéristiques inhérentes de toute opération d'interprétation qui fait intervenir le raisonnement juridique en vue d'adopter une argumentation afin de justifier une solution donnée, suffisent à accorder une autorité à ces éléments extra-systémiques. Cette autorité pourrait ainsi être une autorité persuasive, voire incarner un argument d'autorité (B).

A. Le face-à-face avec une autorité incertaine

390. Si celui « qui est maître de l'interprétation est maître du sens […] [et que] l'interprétation est toujours nécessaire à l'application du droit […] l'autorité des interprétations est différenciée suivant celle des interprètes »[1196]. Le statut de l'interprète et la manière dont il est perçu par ses homologues ainsi que par les destinataires de l'interprétation en vue de l'application du droit est la première source d'incertitude attachée aux décisions juridictionnelles. L'autorité rattachée aux emprunts normatifs présente un caractère

[1196] SUR, S., La créativité du droit international. Cours général de droit international public, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 363, 2013, p. 287.

multidimensionnel. L'objectif est de convaincre et de persuader les destinataires et les lecteurs du bien-fondé de la décision adoptée, à savoir orienter un comportement ou déclencher une réaction. L'autorité des éléments extra-systémiques peut être vue tout d'abord comme fictive dans la mesure où ces éléments sont incorporés seulement à titre d'illustration ou suggérés simplement par les parties au procès mais ne sont pas repris par le juge dans le dispositif de la décision ou dans son raisonnement. Ici, les exemples dans la pratique sont certainement nombreux puisque l'autorité fictive renvoie également à la part d'implicite difficilement identifiable dans toutes les décisions. Ensuite, ces éléments externes peuvent être entachés d'une autorité factuelle, dans la mesure où les rapports d'organisations non-gouvernementales ou d'autres organisations internationales pourraient être utilisés en vue d'établir les faits, sans nécessairement devoir à nouveau les démontrer. Enfin, les emprunts normatifs peuvent revêtir une véritable valeur probatoire non seulement à l'égard des faits, mais également à l'égard de l'état actuel du droit positif, pour justifier un revirement de jurisprudence. La référence aux sources externes permet ainsi au juge de s'affranchir des limites de son propre système, en s'appuyant sur les positions internationales communes afin de justifier son raisonnement. Dès lors, la contextualisation de l'interprétation d'une règle de droit dans le cadre d'une décision est toujours une option qui existe « within the inherent flexibility contained within judicial reasoning, if only at the level of *obiter* »[1197]. En effet, l'usage de l'*obiter dictum* permet d'élargir les perspectives d'une décision de justice en allant au-delà du dispositif. Non seulement de telles affirmations constituent des opinions exprimées par le juge dans le cadre d'une affaire, mais elles ne sont pas obligatoires en tant que précédent, engendrant une pression moindre pour l'interprète et laissant ainsi le champ libre à plusieurs possibilités qui pourraient être prises en compte à l'avenir.

391. Par nécessité, les éléments extra-systémiques doivent être assimilés et incorporés dans la réflexion afin de justifier leur intégration dans ce précédent-dit. Ce dernier fera davantage autorité par son libre cours dans l'espace public judiciaire international d'un autre interprète qui cherchera et précisera le sens de la règle de droit par rapport à son propre référentiel, cette implication jouant ainsi le rôle de renforcement de la solution adoptée, qui doit être vue aussi par les destinataires de la décision, à savoir les États et les individus, comme étant celle qui semble la plus juste et qui ne découle pas de l'arbitraire de l'interprète. Le précédent étranger peut être perçu d'abord comme un précédent-dit sans autorité particulière dans un système donné auquel il est extérieur. Si ce précédent étranger est cité par d'autres organes

[1197] FRENCH, D., Treaty interpretation and the incorporation of extraneous legal rules, préc. p. 286.

précisément pour montrer la constance du droit dans d'autres systèmes, dans la lignée des impératifs de sécurité juridique et de prévisibilité, ce précédent-dit sera investi d'une autorité de fait en raison de la pratique jurisprudentielle qui en fera usage. L'interprétation d'une règle de droit à l'aune des précédents étrangers reflète l'exigence d'unité interprétative, la règle n'étant pas ainsi soumise à une incertitude de sens, variable en fonction des décisions qui relèvent de plusieurs systèmes juridiques, surtout lorsque celles-ci sont relatives aux mêmes problèmes juridiques et à des faits analogues. L'usage d'un précédent-dit qui incarne un précédent-autorité démontre que toutes les interprétations juridiques ne peuvent pas être possibles à l'égard d'une règle juridique exprimée en des termes semblables dans plusieurs instruments juridiques. Non pas qu'il n'y ait qu'une seule interprétation possible d'une règle qui risquerait de figer l'état du droit, mais la reprise constante d'une même interprétation montre qu'une interprétation probable se dessine au fur et à mesure du perfectionnement de la pratique, traduisant donc un principe de continuité et d'unité interprétative qui contribue à renforcer l'autorité des éléments extra-systémiques, ces derniers pouvant ainsi accéder au rang de précédents-autorité et non plus seulement précédents-dits dans un système donné. Le TPIY a pu affirmer, à propos de l'autorité persuasive, indiquant que l'interprétation juste du droit existant avait déjà été adoptée par le passé dans une affaire donnée, en soulignant que :

> « Precedents may bear persuasive authority concerning the existence of a rule or principle, i.e. they may persuade the Tribunal that the decision taken on a prior occasion propounded the correct interpretation of existing law. Plainly, in this case prior judicial decisions may persuade the court that they took the correct approach, but they do not compel this conclusion by the sheer force of their precedential weight »[1198].

392. Ainsi, l'argument d'autorité est, d'une part à distinguer de l'autorité véritablement contraignante, et d'autre part, est également sensiblement différent par rapport à l'autorité interprétative persuasive. Il consiste à invoquer une autorité lors d'une argumentation en accordant de la valeur à une interprétation ou à une solution donnée en fonction de son origine plutôt que de son contenu. Ainsi, il renvoie à ce qui a été établi par une juridiction qui jouit d'une légitimité renforcée en raison de son statut, comme la Cour EDH, organe jouant un rôle central dans la protection internationale des droits de l'Homme en raison de son antériorité historique ou encore la CIJ qui s'avère être un référent incontournable en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies. La notion d'argument d'autorité souligne la sélectivité

[1198] TPIY, Ch. de 1ère inst., 14 janvier 2000, *Le Procureur c. Zoran Kupreki, Mirjan Kupreki, Vlatko Kupreki, Drago Josipovi, Dragan Papi, Vladimir Anti*, aff. n° IT-95-16-T, § 540. V. égal. ZAMMIT BORDA, A., The Notion of 'Persuasive Value' of External Precedent in International Criminal Law, in *Nordic Journal of International Law*, 84 (2015), pp. 29-58.

du dialogue qui accorde une part variable à la portée des précédents en fonction de leur origine dans l'ordre juridique international, mais également en fonction du contenu de ces éléments extra-systémiques. Ceux jugés trop progressistes, en décalage avec l'état du droit positif à l'échelle globale ou encore en désaccord avec les positions étatiques sont nécessairement mis à l'écart. La jurisprudence de la Cour IADH qui, en raison de ses valeurs humanistes et de son approche interprétative en faveur des victimes, reflète très largement des interprétations extensives de la Convention américaine, jouit d'un rayonnement moindre que la jurisprudence de son homologue, la Cour EDH[1199], alors que les deux juridictions sont instituées dans le cadre d'un système régional de protection des droits de l'Homme. Par exemple, si même l'interdiction des discriminations à l'égard des travailleurs migrants relève du *jus cogens* dans le contexte du système interaméricain, ce n'est pas le cas dans le cadre européen ou africain et encore moins dans le cadre universel[1200].

393. Par ailleurs, le CDH ou le CCT, évoluant à l'échelle universelle, sont également hésitants à incorporer des éléments extra-systémiques en leur accordant une autorité renforcée dans leurs communications individuelles dans la mesure où les divergences et les différences sont encore plus prédominantes entre les États dans le système onusien. En ce qui concerne les organes des traités, en raison de leur indépendance et de leur responsabilité de veiller au respect et à l'application d'instruments distincts de protection, leur jurisprudence mutuelle peut ne pas être prise en considération. Par exemple, le CDH considère qu'il y a violation de l'article 7 du PIDCP qui prohibe la pratique de la torture, seulement lorsque le renvoi, l'expulsion ou l'extradition exposent l'individu à un risque sérieux de torture[1201]. Le CCT considère qu'il y a violation de la Convention contre la torture et de l'obligation de non-refoulement lorsque l'individu est exposé tant à un risque de traitements inhumains ou dégradants qu'à un risque de torture. Puisque leurs positions ne sont pas homogènes sur cet aspect, un requérant aurait plutôt intérêt à se tourner vers le CCT pour obtenir gain de cause en cas d'une mesure d'éloignement, rendant ainsi possible l'hypothèse du *forum-shopping*. Il est également possible de montrer une opposition entre le système universel et un système régional en ce qui concerne le syndrome du couloir de la mort en raison de l'existence d'une différence d'approche entre la Cour européenne et le CDH, la jurisprudence *Soering* n'ayant pas influencé la position du Comité pour plusieurs raisons. Dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*, la Cour EDH avait estimé que le syndrome du couloir de la mort constituait un

[1199] V. COHEN-JONATHAN, G., FLAUSS, J.-F. (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 280 p.
[1200] V. Supra, Partie I. Titre II. Chapitre II.
[1201] V. CDH, *Observation générale n° 20* - La violation de l'article 7, préc.

traitement inhumain et dégradant en raison de l'angoisse omniprésente et croissante découlant de l'exécution d'une peine capitale[1202]. Or, pour le Comité, une durée prolongée dans le couloir de la mort ne constitue pas en soi une violation de l'article 7 du PIDCP, en préférant une appréciation au cas par cas. Il justifie sa position en estimant notamment que le Pacte n'interdit pas de façon catégorique la peine de mort, celle-ci étant limitativement autorisée dans des conditions strictes puisque le Protocole additionnel au PIDCP visant à son abolition est facultatif, alors même que dans le cadre européen, la peine de mort fait l'objet d'une prohibition absolue[1203].

394. Dès lors, le dialogue rencontre ses limites en tant que moyen de légitimation des interprétations puisque la spécificité des systèmes juridiques engendre nécessairement une autorité restreinte des éléments extra-systémiques lorsque ces derniers sont contextualisés. L'autorité des précédents est ainsi également limitée d'une part, par l'exigence de l'existence d'une *opinio juris*, soit dans la communauté des organes de protection, soit parmi la communauté des États ; d'autre part, par la spontanéité et l'imprévisibilité du dialogue, qui découlent elles-mêmes des subjectivités et sensibilités de chaque interprète. Les systèmes de *common law* se distinguent de ceux de droit romano-germanique en raison de la prépondérance du précédent sous la forme de jurisprudence traduisant une règle importante dans le domaine de la justice, centrale en droit comme en éthique, selon laquelle il est nécessaire de traiter des cas similaires de manière similaire[1204]. Le droit international ne relève ni d'un système, ni de l'autre, mais reflète plutôt un syncrétisme des acquis de droit civil et de *common law*. La règle du précédent obligatoire y est absente, pourtant le précédent fait partie intégrante de la pratique des organes internationaux de protection. En ce qui concerne l'impératif de traiter de manière semblable des cas semblables, le domaine des droits de la personne y est particulièrement favorable en raison de la symétrie entre les droits protégés par les différents systèmes juridiques et des problèmes juridiques communs.

395. L'invocation d'un précédent revêt une double fonction. Une première fonction peut être qualifiée de rétrospective puisqu'il s'agit de chercher un précédent semblable, afin de convaincre le juge de décider dans le même sens et en raison de la similitude des cas, les traiter de manière similaire. Néanmoins, si plusieurs précédents sont pertinents, une opération

---

[1202], *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 111, série A n° 161.

[1203] V. notam. CDH, *Errol Johnson c. Jamaïque*, communication n° 588/1994, 11 janvier 1994, CCPR/C/56/D/588/1994, § 8.1 et § 8.4 pour la liste complète des motifs pour lesquels il n'y a pas une violation en soi de l'article 7 du Pacte du fait d'une période prolongée dans « le couloir de la mort », parmi lesquels la volonté de ne pas contraindre l'État à exécuter les peines capitales dans des délais expéditifs ou encore la volonté d'encourager le moratoire sur les exécutions, ces politiques ayant nécessairement pour effet le prolongement du délai avant l'exécution de la peine capitale.

[1204] GOLTZBERG, S., *Chaïm Perelman. L'argumentation juridique*, Paris, Dalloz, 2013, p. 48.

de comparaison pourra contribuer à en choisir l'un plutôt qu'un autre ou à aboutir au *distinguishing* visant à différencier l'affaire en question d'un précédent ou de toute autre source du droit[1205]. La deuxième fonction est la fonction prospective qui attribue à l'interprète la resposabilité dans la manière de formuler la décision puisque celle-ci pourrait être invoquée dans des cas ultérieurs. Dès lors, le juge donne une orientation à la jurisprudence par le choix opéré dans le cadre d'une décision mais aussi par la motivation qu'il donne à l'appui de ce choix[1206]. Ainsi, dans l'ordre juridique international, les interprètes des droits de la personne ont une responsabilité semblable, *a fortiori* lorsqu'il s'agit de violations répétées d'une même prescription telle que la prohibition de la torture. Le choix opéré par un organe dans une décision donnée pourra être le choix ultérieur d'un autre interprète distinct confronté au même problème juridique. La motivation d'un tel choix prend toute son importance puisqu'une motivation jugée pertinente au regard de la solution adoptée sera plus à même d'être incorporée dans un système juridique différent de celui d'origine, à l'occasion d'une affaire ultérieure.

396. C'est ici qu'intervient la distinction entre précédent obligatoire et précédent facultatif, fondamentale en droit international. En effet, il a été souligné qu'il existe une différence entre le fait de suivre un précédent et de s'inspirer d'un précédent. La formule « suivre un précédent » peut être comparée à celle de « suivre une règle » et implique une décision présentée comme découlant d'un précédent que l'interprète entend suivre et présenté comme contraignant, notamment parce qu'il émane d'une juridiction supérieure. S'inspirer d'un précédent signifie présenter celui-ci comme étant non-contraignant puisque l'interprète n'est pas lié par la juridiction à l'origine du précédent. Dès lors, le précédent « persuade », « inspire » le juge, montrant l'opposition avec le fait de convaincre dans la mesure où persuader n'implique pas une adhésion entière et une conclusion implacable, bien que la fonction de persuasion puisse être celle d'arguments non contraignants ou de précédents qui ne s'imposent pas au juge[1207]. S'il s'agit de créer des précédents utiles, plutôt que de rendre une justice individuelle[1208], la portée de tels précédents se mesure à leur force persuasive.

[1205] Ibid.
[1206] Ibid., p. 49.
[1207] Ibid., p. 49.
[1208] ULFSTEIN, G., « Towards an International Human Rights Judiciary ? », in EBBESSON, J., JACOBSSON, M., KLAMBERG, M. A., LANGLET, D., WRANGE, P. (dir.), *International Law and Changing Perceptions of Security – Liber Amicorum Said Mahmoudi*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2014, p. 301.

B. Entre autorité persuasive et argument d'autorité

397. En raison de l'absence de hiérarchie entre les juridictions, les décisions judiciaires ne sont pas obligatoires mais elles ont un certain poids ou exercent une influence, l'autorité persuasive pouvant s'apparenter à une autorité morale. La notion d'autorité persuasive des précédents, relève du domaine de l'argumentation et du raisonnement juridiques. En effet, le potentiel persuasif d'une décision de justice se traduit nécessairement par une plus grande autorité à l'égard de ses destinataires. Dès lors que l'interprétation est intrinsèquement liée au domaine du droit, la légitimité d'une décision sera proportionnelle à la qualité des arguments incorporés, eux-mêmes fonction du contexte et des circonstances de chaque affaire. Par exemple, la Cour EDH a pu affirmer que la Convention européenne est un instrument vivant, qui ne peut s'interpréter dans le vide, mais seulement en accord avec les principes généraux du droit international[1209].

398. Dans l'affaire *Jones c. Royaume-Uni*[1210], la Cour européenne rappelle que dans le cadre de l'affaire *Al-Adsani*, la question déterminante était de savoir si les règles d'immunité appliquées par les juridictions internes reflétaient des règles d'immunité d'État généralement reconnues en droit international, en vue d'apprécier la proportionnalité de la mesure qui visait à la restriction du droit d'accès à un tribunal[1211]. La Cour souligne que bien qu'elle ne soit pas « formellement tenue de suivre ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses propres précédents »[1212]. Ainsi, même en l'absence de la règle du précédent obligatoire en droit international, il a été affirmé que « la science du droit ne s'est en réalité jamais désintéressée de la doctrine du précédent [le précédent jouant un rôle important en dépit de sa qualité formelle de] source subsidiaire [traduisant un] désir d'ordre et de stabilité »[1213]. Cette affirmation est confortée par la jurisprudence constante de la Cour EDH à cet égard, ainsi que par la pratique générale des juridictions internationales qui traditionnellement se réfèrent, au moins à leurs propres précédents, à défaut de prendre appui sur des précédents externes qui demeure une pratique facultative. Dans l'affaire *Jones*, la

[1209] V. par ex. *Loizidou c. Turquie (fond)*, 18 décembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI.
[1210] *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n° 34356/06 et 40528/06, CEDH 2014.
[1211] *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n° 34356/06 et 40528/06, § 194, CEDH 2014. V. *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, §§ 55-56, §§ 66-67, CEDH 2001-XI.
[1212] Ibid., nous soulignons. La Cour renvoie à sa jurisprudence en la matière : *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95, § 74 ; *Scoppola c. Italie*, req. n° 10249/03, § 104 ; *Sabri Güneş c. Turquie*, req. n° 27396/06, § 50.
[1213] RUIZ-FABRI, H., « La hiérarchisation des précédents », préc., p. 192.

Cour fait mention du « précédent établi par l'arrêt *Al-Adsani* »[1214] pour conforter son approche en estimant qu'elle a fixé le critère pertinent sur le terrain de l'article 6 § 1, en se conformant à « son obligation de tenir compte des règles et principes pertinents de droit international et d'interpréter la Convention de la manière la plus harmonieuse possible avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante »[1215], en concluant dès lors qu'il était approprié de suivre la même approche à l'égard de la question de la proportionnalité des mesures restreignant l'accès au juge. Il est intéressant de rappeler que si la Cour qualifie l'affaire *Al-Adsani* comme un « précédent établi », la solution retenue a été seulement à 9 voix contre 8 et avait été fortement critiquée dans les opinions dissidentes. Du point de vue des faits matériels, le grief soulevé dans l'affaire *Jones* en raison de la radiation de son action à l'encontre de l'Arabie Saoudite était identique à celui soulevé dans l'arrêt *Al-Adsani* dans laquelle elle avait conclu « l'octroi de l'immunité poursuivait le but légitime de l'observation du droit international, de manière à favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États en garantissant le respect par chacun d'eux de la souveraineté des autres États [mais aussi que cet octroi] était compatible avec l'article 6 § 1 car il reflétait les principes de droit international généralement reconnus en matière d'immunité de l'État »[1216]. Dès lors, pour le juge européen, en l'espèce, il était seulement nécessaire de déterminer si depuis l'arrêt *Al-Adsani*, il y avait eu « une évolution des normes internationales reconnues quant à l'existence d'une exception en matière de torture au principe de l'immunité de l'État, de sorte qu'il aurait été justifié de conclure que l'octroi de l'immunité en l'espèce ne reflétait pas les règles généralement reconnues de droit international public dans ce domaine »[1217]. La Cour note que plusieurs juridictions nationales avaient recherché depuis s'il existait désormais une exception tirée de la violation des normes impératives pouvant être opposée à l'immunité de l'État en cas d'actions civiles en réparation[1218]. Cependant, la Cour conclut :

> « Il n'est cependant pas nécessaire pour la Cour d'examiner en détail tous ces éléments nouveaux puisque l'arrêt récemment rendu par la CIJ en l'affaire

[1214] *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n° 34356/06 et 40528/06, § 195, CEDH 2014, nous soulignons. V. supra. Partie I. Titre I., Chap. II.
[1215] Ibid. V. *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI; *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, § 126 ; *Catan et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], n° 43370/04, 8252/05 et 18454/06, § 136 ; *Nada c. Suisse* [GC], n° 10593/08, §§ 171-172, CEDH 2012. V. égal. l'article 31 § 3 c) de la CVDT.
[1216] *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n° 34356/06 et 40528/06, § 196, CEDH 2014.
[1217] Ibid.
[1218] Ibid., § 197. V. les affaires *Siderman de Blake*, *Princz*, *Smith* et *Sampson* aux États-Unis (§ 117), les affaires *Bouzari* et *Hashemi* au Canada (§§ 128-134), l'affaire *Ferrini* en Italie (§ 140), l'affaire Préfecture de Béotie en Grèce (§ 142), l'affaire *Natoniewski* en Pologne (§§ 144-146), les affaires *Bucheron* et *Grosz* en France (§ 147), l'affaire *A.A. c. Allemagne* en Slovénie (§§148-149), et l'affaire *Al-Adsani* au Royaume-Uni. Les paragraphes sont ceux de l'arrêt *Jones* qui détaillent les affaires mentionnées.

> Allemagne c. Italie [relative au Immunités juridictionnelles de l'État] […] – qui fait autorité à ses yeux quant à la teneur du droit international coutumier – établit clairement que, au mois de février 2012, aucune exception tirée du *jus cogens* à l'immunité de l'État ne s'était encore cristallisée. L'application par les juridictions anglaises des dispositions de la loi de 1978 pour faire droit à la demande d'immunité du Royaume d'Arabie saoudite en 2006 ne peut donc s'analyser en une restriction injustifiée à l'accès du requérant à un tribunal. Il n'y a donc pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention à raison de la radiation de l'action formée par M. Jones contre le Royaume d'Arabie saoudite »[1219].

399. La Cour s'affranchit de l'examen des éléments nouveaux pertinents en lien avec une éventuelle exception à la règle de l'immunité de l'État en cas de violations de normes impératives du droit international général, en évoquant non seulement ses propres précédents mais aussi l'autorité de la CIJ en mentionnant l'affaire des *Immunités juridictionnelles* pour souligner le défaut de pertinence quant à l'analyse d'autres éléments nouveaux en la matière. S'il serait tentant d'envisager la force d'un précédent en fonction de la dimension temporelle et de l'écoulement du temps, mais aussi au regard de la pratique s'y rapportant, à savoir l'unanimité quant à son contenu, sa citation récurrente et la validation par plusieurs organes internationaux pertinents, pour la Cour européenne, « un arrêt récemment rendu » par la CIJ « fait autorité à ses yeux », sans l'ajout d'aucun autre argument supplémentaire. Cependant, il est intéressant de souligner que pour parvenir à la conclusion de l'absence d'exception à l'immunité de l'État découlant de la violation du *jus cogens*, la CIJ s'était notamment longuement appuyée sur la jurisprudence *Al-Adsani* pour étayer son raisonnement. Dès lors, il a été surligné que :

> « [S]i, en effet, la coexistence de plusieurs pôles juridictionnels indépendants rend la logique du réseau indépassable, celle-ci ne suppose pas la symétrie des rapports […] [puisque] la communication interjuridictionnelle se structure, grâce notamment, […] à des actes informels de reconnaissance (unilatérale ou mutuelle) pouvant contribuer à la consolidation de 'hiérarchies horizontales', y compris dans le domaine de circulation des précédents jurisprudentiels […] *a fortiori* lorsqu'il s'agit de l'accomplissement d'un acte de reconnaissance à autrui d'une compétence spécifique […] et par conséquent dominante »[1220].

400. En effet, les éléments nouveaux issus des décisions émanant des juridictions nationales sont écartés au profit de l'autorité dont jouit la CIJ sur une question de droit international général, alors même que cette question a une répercussion dans le domaine de la protection des droits de la personne puisqu'elle a pour effet de neutraliser tout effet découlant de la

[1219] *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n° 34356/06 et 40528/06, § 198, CEDH 2014, nous soulignons. V. §§ 88-94 pour des détails quant à la référence à l'affaire des *Immunités juridictionnelles* de la CIJ.
[1220] RUIZ-FABRI, H., « La hiérarchisation des précédents », préc., p. 202.

violation d'une norme impérative au profit de l'immunité de l'État. Cela reflète une perméabilité entre une solution rendue dans le cadre d'un différend interétatique par définition symétrique; et les solutions adoptées dans le cadre d'un système régional destiné exclusivement à la protection des droits de l'Homme dont le contentieux oppose des individus aux États dans des rapports par nature asymétriques. Par ailleurs, la perception de la jurisprudence de la CIJ comme un véritable argument d'autorité est confortée par le fait que la position d'autres juridictions internationales n'est pas recherchée par la Cour EDH, notamment celle de son homologue, la Cour IADH dont la jurisprudence est plus protectrice en cas de violations graves et massives des droits de la personne allant à l'encontre des prescriptions de normes impératives. Se reflète ici la sélectivité du dialogue et l'exclusion, dans la communication interjuridictionnelle, des interprétations jugées isolées en raison de leur caractère progressiste, se positionnant en faveur d'une conception extensive de l'étendue et la portée des droits protégés, allant à l'encontre du droit positif, jugé comme établi.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

401. Si l'usage de sources externes par un interprète donné peut aboutir à des convergences ou des divergences jurisprudentielles, le dialogue juridictionnel remplit plusieurs fonctions dans l'interprétation jurisprudentielle. Tout d'abord, il joue un rôle d'autorégulation en tant que pratique spontanée qui relève de la volonté du juge. Par le recours à des décisions ou instruments étrangers à incorporer dans son interprétation, il opère un autoélargissement de sa marge d'appréciation puisque les positions internationales communes pourront lui permettre de dépasser les contraintes intrinsèques de son système juridique de protection. Le renforcement de la liberté interprétative a ainsi pour conséquence l'enrichissement des décisions judiciaires qui seront ainsi construites et argumentées par rapport à un corpus normatif de référence qui sera élargi. *A contrario*, en acceptant de s'imposer des limites facultatives puisqu'elles sont extrinsèques à son système juridique de protection, implicitement, l'interprète opère une autolimitation de son pouvoir d'interprétation, en prêtant attention à la jurisprudence et aux instruments de protection étrangers. Ainsi, puisque la pratique du dialogue est croissante, est postulée l'émergence d'une retenue judiciaire à travers l'usage de méthodes communes d'interprétation qui intégrent des éléments extra-systémiques. Néanmoins, l'incorporation de ces éléments soulève la question de leur autorité. Si le précédent en droit international revêt une nature particulière tenant aux caractéristiques de l'ordre juridique international, le précédent est présent dans la pratique des organes internationaux de protection en dépit de l'absence d'une portée formellement obligatoire. Dès lors, la valeur des précédents, demeure incertaine surtout dans le contexte de la pluralité des systèmes de protection, bien que de manière générale, eu égard le principe de l'unité interprétative, les éléments extra-systémiques ont une autorité persuasive, renforçant le raisonnement judiciaire et ainsi la motivation des décisions en vue d'aboutir à une convergence normative.

Chapitre 2. Les fonctions de l'usage du dialogue dans la pratique jurisprudentielle

402. L'usage de sources externes en tant que méthode complémentaire d'interprétation des droits de la personne a également un impact sur la fonction judiciaire dans l'ordre juridique international. S'interroger sur les fonctions du dialogue dans la pratique jurisprudentielle, implique de s'intéresser aux buts poursuivis lorsqu'un interprète incorpore dans l'opération d'interprétation d'une règle donnée, des éléments extra-systémiques qui ne sont pas juridiquement contraignants à son égard. Le dialogue contribue à un rapprochement entre les organes de protection, en remplissant ainsi une fonction d'intégration à travers l'usage de méthodes communes d'interprétation. Sa pratique croissante et l'inspiration mutuelle entre ces organes qui ont recours à des sources externes à des degrés variables exerce également une fonction implicite d'harmonisation, tant du contenu des règles de droit que de la manière d'exercer la fonction de juger dans l'ordre juridique international. Par ailleurs, le dialogue contribue également à l'émergence d'un pouvoir judiciaire unifié *de facto*, puisque des interprétations convergentes ou divergentes sur une question, traduisent la portabilité des problèmes juridiques connus par les organes de protection qui recherchent la meilleure solution possible en termes d'interprétation, mais en prêtant attention à ce qui se fait ailleurs et à l'état du droit positif à l'échelle globale. Néanmoins, dans ce monde judiciaire multiple, composé d'une mosaïque de systèmes de protection indépendants, la concurrence n'est pas à exclure entre les interprètes. Ainsi, citer la jurisprudence d'autres organes, se référer à d'autres instruments de protection, traduit la recherche d'une légitimation de son pouvoir en démontrant qu'il s'exerce en accord avec les standards étrangers et, en même temps, la recherche d'une reconnaissance par ses pairs (Section 1). La pratique spontanée du dialogue apparaît dans ce contexte comme quelque chose qui n'est pas neutre, qui n'est pas objectif, puisque l'usage d'éléments extra-systémiques relève de la subjectivité de chaque organe qui exerce son pouvoir le plus souvent dans la collégialité et étant dès lors fortement conditionné par les singularités de chaque interprète partie à l'affaire. Si le dialogue contribue à un rapprochement entre ordres normatifs, le risque d'instrumentalisation excessive de cette pratique peut être un facteur de fragmentation et de concurrence, l'absence d'objectivité *stricto sensu* et l'imprévisibilité inhérente à une pratique spontanée pouvant avoir un impact plus ou moins positif à l'égard de la création du droit et du contenu des règles, le refus du dialogue, des interprétations restrictives majoritaires ou encore celles détachées du contexte global pouvant aboutir à une protection amoindrie des droits de la personne (Section 2).

Section 1. Le dialogue comme instrument de légitimation et de reconnaissance

403. Dans l'ordre juridique international, la légitimité du pouvoir juridictionnel découle directement de la volonté des États, à la source de sa création selon des modèles distincts, qu'il s'agisse des systèmes juridiques régionaux de protection, du cadre universel ou de la justice pénale internationale. Puisque la Constitution protège dans l'ordre juridique national l'exercice d'un pouvoir qui respecte les principes de l'État de droit, la séparation des fonctions et la protection des droits fondamentaux, il incombe d'abord au juge national d'assurer le respect des droits et libertés. Les organes internationaux de protection ne sont amenés à intervenir qu'en dernier recours lorsque toutes les tentatives d'obtenir gain de cause ont échoué au niveau national. L'interdiction de la torture et autres formes de mauvais traitements implique, dans sa définition, une intervention de l'appareil étatique et un cadre officiel d'action, se distinguant ainsi des actes similaires commis dans la sphère privée. Imposer une sanction, une interprétation audacieuse et condamner l'État au titre de sa responsabilité pour de tels actes, implique nécessairement un standard élevé de motivation afin de pouvoir imposer une telle décision. *A fortiori*, lorsque les violations de cette prohibition constituent des crimes contre l'humanité, la justice pénale internationale devra prouver « au-delà de tout doute raisonnable » la culpabilité de l'individu qui engage sa responsabilité pénale. Ainsi, tout interprète dans ces circonstances cherchera à adopter une stratégie argumentative efficace afin de renforcer la motivation de son raisonnement et renforcer la portée de la solution. L'approche comparative sera d'un grand usage en démontrant que dans des cadres factuels et normatifs distincts et en même temps similaires, la même solution a déjà été adoptée (§1). La pratique du dialogue, à travers la mise en interaction des sources émanant de plusieurs systèmes, est au service de la légitimation du pouvoir juridictionnel qui cherchera à démontrer qu'il s'inscrit dans la continuité de l'ordre juridique international dans lequel il s'exerce (§2).

§ 1. Rayonnement jurisprudentiel et stratégie argumentative à travers une technique juridique comparative

404. En considérant que le dialogue judiciaire est une technique juridique comparative, complémentaire des méthodes classiques d'interprétation, sa pratique croissante témoigne d'une forme d'identité existant entre les différents organes de protection. Le droit, par essence, est argumentation et implique un raisonnement solide lors de toute opération

d'interprétation en vue de son application, d'autant plus lorsque la solution donnée aspire à avoir un impact contraignant dans ses effets, en ayant une autorité persuasive à l'égard de ses destinataires. Un interprète aura tout intérêt à faire usage de méthodes d'interprétation reconnues par ses homologues afin de s'intégrer dans cette communauté judiciaire élargie, propre à l'ordre juridique international (A). Néanmoins, une fois cette intégration affirmée ou acquise, le pouvoir judiciaire doit se consolider afin d'exercer pleinement tout son potentiel : cette consolidation accroît l'effectivité de la portée des décisions de justice (B). Enfin, en mettant en interaction constante des règles et solutions issus de plusieurs systèmes juridiques distincts, le dialogue joue un rôle de coordination de ces ordres normatifs qu'il tend à transformer en démontrant une unité et une continuité, en dépit de leur diversité (C).

A. Le dialogue comme moyen d'intégration de la communauté judiciaire

405. L'enrichissement du raisonnement des décisions de justice renvoie directement à l'impératif de rendre des décisions argumentées, en vue d'accroître leur autorité et leur autorité persuasive. Comme a pu l'évoquer Guy Canivet, puisque « chaque système a une propension hégémonique […] chaque juridiction internationale et chaque ordre national sont en compétition [étant ainsi] avantagés ceux qui produisent des décisions convaincantes, précisément motivées, se référant à des critères d'ordre social, économique, culturel ou éthique dépassant le pur raisonnement juridique et mobilisant des valeurs de portée universelle »[1221]. Il a même été souligné que l'internationalisation de la justice, à l'origine relevant de la compétence des juridictions nationales ainsi que la constitutionnalisation du droit international des droits de la personne sont deux phénomènes simultanés qui ont permis précisément « the emergence of cosmopolitan judges who use criteria derived from other Courts […] to enrich their own judicial decisions »[1222]. Il s'agit ici de se questionner sur la fonction du droit dans une société internationale multidimensionnelle et difficilement saisissable en un modèle unique et uniforme. Le droit, par lui-même, est argumentation. La prescription la plus basique qui relève de l'ordonnancement juridique s'attache à envisager un comportement que doivent adopter les destinataires de la règle. L'injonction de la force juridique d'une décision juridictionnelle qui constate la contrariété d'un comportement au

[1221] CANIVET, G., Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la bénévolance des juges, in *Revue de Sciences Criminelles*, 2005, p. 799.
[1222] FERRER MAC-GREGOR, E., What do we mean when we talk about judicial dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights, *in Harvard Human Rights Journal*, vol. 30, 89, 128, 2017, pp. 91-92.

droit découle précisément de la confrontation entre le fait, tel qu'il est connu ou prouvé, et le droit, tel qu'il est perçu ou interprété. Néanmoins, une règle de droit ne peut produire des effets sans le bon vouloir de ses destinataires ou sans l'intervention d'une tierce personne lorsque ses destinataires sont récalcitrants à exécuter spontanément les effets voulus ou attendus par l'institution de cette règle dans l'ordre juridique. Il semblerait que la force d'une prescription est intrinsèquement liée à la question de sa force de persuasion. Par le mot force, on entend ici, une force « juridique », à savoir l'aptitude de contraindre le destinataire en vue de l'application du droit, en instituant un acteur habilité à constater la contrariété à la règle de droit en cas de comportement contraire. La coexistence d'organes de protection indépendants n'est pas sans enjeux dans la mondialisation judiciaire. En effet, la notion de mondialisation dans ce contexte se traduit par une mise en interaction constante et inévitable entre les acteurs du monde judiciaire, non seulement en raison de la multitude des juridictions mais aussi en raison des moyens avancés dans le domaine de la technologie et des communications. Ainsi, dans ce flux divers de règles et d'acteurs étatiques et non-étatiques, les instruments internationaux de protection des droits de la personne tendent à être les catalyseurs d'un mouvement qui tend à l'harmonisation, voire à l'uniformisation de l'étendue, du contenu et de la portée des droits qui sont tant similaires dans leur formulation textuelle que dans les objectifs poursuivis. Dès lors, être un interprète habilité de ces droits ne va pas sans la recherche d'une certaine reconnaissance, de la part de ses semblables interprètes, qui évoluent dans ce même espace judiciaire international. Si l'interprétation du droit est une activité éminemment politique, cela soulève la question de la légitimité des organes internationaux à juger d'affaires graves, mettant en cause des agents de l'État dans la pratique prohibée des actes de torture et autres formes de mauvais traitements. L'émergence de ce qui est perçu comme un « gouvernement des juges » dans l'ordre juridique international est d'autant plus contestée face au déficit tant démocratique qu'institutionnel dans cet ordre, dépendant de la volonté et du consentement des États. Néanmoins, en raison de l'impartialité et de l'indépendance nécessaires qui s'attachent à tout pouvoir judiciaire, les juges internationaux ne sont pas subordonnés aux États lorsqu'ils exercent leurs fonctions, conformément aux actes constitutifs ou aux statuts qui les régissent. Si leurs pouvoirs sont limités par le contexte politique et en l'absence d'un mécanisme fort d'injonction et d'exécution forcée des décisions de justice, il n'en demeure pas moins qu'ils disposent d'une liberté et d'une marge d'appréciation qui leur permettent d'exercer une véritable fonction judiciaire. La citation d'éléments étrangers, de façon spontanée et en l'absence de toute contrainte, traduit un libre pouvoir d'interprétation mais qui révèle également une stratégie argumentative. En effet, la

rédaction et la qualité des décisions de justice par les arguments et le raisonnement juridiques utilisés dans chaque cas d'espèce, conditionnent indubitablement le potentiel persuasif de la solution adoptée. Ainsi, puisque le dialogue sera utilisé en fonction du résultat voulu par le juge, le recours aux éléments étrangers est déterminé par un principe finaliste. Par exemple, dans le contexte du droit de l'Union européenne, le dialogue institutionnalisé avec les juridictions nationales et régi par les traités est envisagé comme une procédure au service d'un but précis. À travers les renvois préjudiciels en interprétation ou en appréciation de validité, la Cour de justice de l'Union européenne participe, de manière substantielle, au développement du droit puisqu'en tant qu'interprète authentique, elle doit mettre en œuvre un corpus normatif obéissant aux principes d'unité et d'uniformité, afin de ne pas porter atteinte à la nature spécifique du droit de l'Union. Néanmoins, dans cet ordre juridique intégré, la Cour de justice veille au respect de la primauté et de l'effet direct du droit de l'Union. Les juridictions de protection des droits de la personne ne sont pas investies des mêmes fonctions. Régies par le principe de spécialité, elles interprètent une Convention spécifique qui relève de leur compétence et qui se limite à certains droits, bien que celle-ci s'inscrive dans le contexte général et des principes applicables issus du droit international général. Ainsi, à des débuts, un tel système sera indépendant, spécialisé et fermé sur lui-même en attendant de consolider ses fondements et ses principes. Dès lors, plus un système sera abouti, plus il sera à même de s'ouvrir aux autres et de se confronter à des notions et principes qui peuvent entrer en contradiction avec ceux dont il est à l'origine. Le potentiel persuasif des décisions est ainsi optimisé par l'adoption de raisonnements semblables, signe d'un professionnalisme et d'une méthodologie aboutie en vue de démontrer son appartenance à la communauté judiciaire internationale mais également afin de consolider son pouvoir.

B. Le dialogue comme moyen de consolidation du pouvoir judiciaire

406. Le dialogue contribue à un rapprochement entre les organes internationaux de protection à travers la concrétisation d'une identité fonctionnelle et normative entre les interprètes des droits de la personne, notion qu'évoque Eduardo Ferrer Mac-Gregor, juge à la Cour interaméricaine à propos des relations qu'entretiennent les juges internationaux et les juges nationaux[1223]. Ainsi, une identité à la fois distincte mais similaire semble être le point de départ dans l'identification d'un réseau d'opérateurs judiciaires dans l'ordre juridique

[1223] FERRER MAC-GREGOR, E., What do we mean when we talk about judicial dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights, préc., pp. 89-127, spéc. p. 94.

international, agissant dans un même but : à savoir la portée universelle effective et la protection globale de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine. En dépit de la multitude des systèmes spécialisés, tout interprète des droits de la personne tend à être membre d'une communauté plus élargie, d'une « global community of Courts »[1224], dans la mesure où le droit international des droits de la personne tend à une unité à travers la convergence qui découle directement de l'universalité rattachée aux droits reconnus à la personne humaine. La fonction juridictionnelle internationale contribue à la réalisation du principe de primauté de droit dans la mesure où la diffusion de la juridiction internationale peut être perçue comme une alternative à la guerre et comme expression de la règle de droit par le règlement pacifique des différends par la reconnaissance d'un droit de recours individuel reconnu aux particuliers[1225]. Dans son ouvrage *La paix à travers le droit*, Hans Kelsen prônait, juste avant la fin de la Seconde Guerre mondiale, une systématisation cohérente des rapports entre solution judiciaire et recours à la force armée, en mettant en évidence l'importance de l'institutionnalisation de la fonction juridictionnelle pour l'édification d'une communauté internationale de droit[1226]. Dans son ouvrage, il soulignait un aspect de nature substantielle relatif à la juridiction internationale ancrée dans un système de valeurs axé sur le maintien de la paix et sur le respect de la dignité humaine ; ainsi qu'un aspect plus formel en faisant référence aux principes conduisant à la constitution d'une juridiction internationale et sur le déroulement de son activité. Parallèlement, il avait anticipé les évolutions plus récentes du droit international en intégrant les exigences d'une justice pénale internationale, avec la création d'une Cour criminelle internationale instituée par un traité international et ayant compétence pour poursuivre et condamner, à la place des juridictions nationales de l'État d'appartenance des auteurs de crimes de guerre[1227]. En ce qui concerne les principes relatifs à l'institution et au fonctionnement d'une juridiction internationale, Hans Kelsen envisageait cette dernière comme un organe impartial et indépendant, doté d'une certaine stabilité, rendant des décisions à la majorité de ses membres, en application des normes de procédure prévues par son statut ou par d'autres normes conventionnelles et coutumières. Tout comme il avait affirmé le pouvoir créateur de droit du juge au regard du droit substantiel, une juridiction internationale doit appliquer le droit en vigueur au cas d'espèce, mais sans exclure que ces cours internationales puissent contribuer

[1224] Ibid., p. 95.
[1225] IOVANE, M., Influence de la multiplication des juridictions internationales sur l'application du droit international, in *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, vol. 233, 2016, p. 267.
[1226] Ibid., pp. 267-268.
[1227] Ibid., pp. 268-269.

tant au développement graduel qu'au changement du droit existant. En effet, l'activité créatrice de la jurisprudence, en étant inhérente au pouvoir juridictionnel, ne rentre pas en contradiction avec la souveraineté des États ou avec les limites statutaires posées quant au droit applicable[1228]. Hans Kelsen avait anticipé le développement croissant de la justice internationale, conformément à ces principes et en faisant preuve d'une véritable œuvre créatrice, et plus particulièrement dans le domaine des droits de la personne[1229]. Ainsi, tout organe de protection en charge de respecter le droit applicable à un différend, jouit nécessairement d'une autonomie interprétative qui s'attache à la dimension inter-temporelle du droit[1230], qui n'est pas immuable, mais relève du contexte tant normatif que factuel. La Cour internationale de justice avait affirmé dans son avis consultatif sur le *Sud-Ouest africain* que « tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu »[1231]. Ainsi, un instrument international de protection des droits de la personne s'inscrit tout d'abord dans le contexte du système juridique d'origine et se trouve régi par les dispositions statutaires applicables à la juridiction, tout en s'inscrivant néanmoins dans le contexte global du système juridique international et dans le cadre normatif du droit international des droits de la personne qui témoigne d'une continuité en dépit de la diversité des instruments.

407. Kelsen avait également eu l'intuition de la juridiction internationale comme ayant pour fonction la garantie de l'actualisation d'un système de valeurs, notamment les valeurs s'inspirant du principe de la prééminence du droit[1232]. Au regard de la dimension substantielle de ce principe, la multiplication des juridictions internationales est incontestablement liée à l'expansion des normes matérielles visant à la protection des intérêts individuels ou de la communauté internationale dans son ensemble, le domaine des droits de la personne étant caractéristique avec la reconnaissance d'un droit de saisine aux particuliers. Ainsi, à la reconnaissance de droits fondamentaux de la personne humaine est associé le droit corrélatif de recours à un tribunal impartial et indépendant, reconnu lui-même comme un droit fondamental indépendamment de la nature de la violation[1233]. En ce qui concerne la

[1228] Ibid., p. 269.
[1229] Ibid.
[1230] V. Opinion dissidente du Juge Antonio Augusto Cançado Trindade, *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; (Grèce intervenant))*, arrêt, CIJ, Recueil 2012, p. 99, §§ 11-12.
[1231] *Présence continue en Namibie en dépit de la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité (Affaire du Sud-Ouest Africain)*, avis consultatif, CIJ, Recueil 1970, § 53.
[1232] VON BERNSTORFF, J., « Hans Kelsen and the Return of Universalism », in ORFORD, A., HOFFMANN, F., CLARK, M. (dir.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 192-211.
[1233] IOVANE, M., Influence de la multiplication des juridictions internationales sur l'application du droit international, préc., pp. 270-272.

dimension formelle du principe de la prééminence du droit, l'accès des individus aux juridictions internationales dans le contexte de la protection des droits fondamentaux a un impact sur leurs modalités de formation, les règles du procès, sur l'extension et les limites des pouvoirs des juges, qui deviennent garants de la protection autonome de droits procéduraux comme le droit à un procès équitable. Parallèlement, la multiplication des juridictions dans l'ordre international est tant une conséquence de l'élargissement des intérêts protégés par le droit international que l'élément déclencheur d'une activité interprétative croissante des juges [1234]. Il a été affirmé que, par le biais de cette activité interprétative,

> « [L]a jurisprudence internationale produit une modification et une adaptation directe et graduelle des normes internationales matérielles et procédurales, indépendamment des changements effectivement survenus dans la pratique des États ou d'un amendement formel aux normes d'un traités. […] L'émergence d'un droit jurisprudentiel international […] pose des problèmes quant à sa distinction des autres sources du droit international, notamment les traités, la coutume et les principes généraux de droit »[1235].

408. Ainsi, l'usage des sources externes tend à la réalisation de la fonction de responsabilisation du juge interprète qui se positionne non plus seulement à l'échelle d'un litige particulier ou d'un cas d'espèce mais qui se sent appartenir à un corps plus large, qui est celui des interprètes et protecteurs des droits de la personne, qui agissent certes au niveau local, mais ont un impact global par la mise en interaction et la mise en commun des jurisprudences permettant de consolider la protection dans l'ordre juridique international. Dès lors, la fonction de responsabilisation à travers l'ouverture aux éléments extra-systémiques englobe une fonction d'universalisation de la justice en postulant « la perspective idéale d'une justice universelle »[1236] contribuant à la réalisation d'un système global de protection des droits de la personne composé de la diversité des systèmes juridiques particuliers et indépendants les uns des autres. Il est important de rappeler que l'usage du dialogue a été d'abord l'œuvre des Cours constitutionnelles nationales qui, dans l'interprétation de la Constitution et des droits fondamentaux, ont commencé à avoir recours aux sources externes à incorporer dans leur ordre juridique interne ; à s'intéresser au travail d'autres Cours afin de pouvoir s'en inspirer et enrichir leur propre droit interne. Ainsi, le dialogue judiciaire tend également à transcender l'opposition entre juridictions nationales et juridictions internationales puisqu'il s'agit d'une pratique spontanée à laquelle les deux types de

[1234] Ibid.
[1235] Ibid., p. 271.
[1236] Selon la formule employée par HENNEBEL, L., « Conclusion : Le dialogue des juges ou la perspective idéale d'une justice universelle », préc.

juridictions ont recours, tout en aboutissant à une mise en interaction multiniveaux des systèmes juridiques.

C. Le dialogue comme moyen de coordination des systèmes juridiques de protection des droits de la personne

409. Il semblerait que « [les positivistes préfèrent la vision sécurisante d'un droit interne de type vertical, fermement ancré à une norme constitutionnelle, face à ce besoin de cohérence géométrique, éprouvant] une forme de désarroi ou de malaise au contact d'un ordre juridique de coexistence, apparemment dépourvu d'une telle cohérence »[1237], tel que l'ordre juridique international formant une mosaïque de systèmes divers et autonomes. Le dialogue renvoie à une technique juridique comparative, à un principe de comparaison entre normes et systèmes juridiques, en postulant qu'il existe des points communs entre ensembles indépendants, points communs qu'on ne peut ignorer sans porter atteinte à la cohérence globale du droit, envisagé en tant qu'ordre, institution et comme ayant une fonction de régulation des rapports en société. Ainsi, la comparaison par l'ouverture au droit étranger « tend à subvertir la grande machine positiviste en disposant des grains de sable dans ses rouages […] [et] son entreprise serait celle du brouillage du sens positiviste infligé au droit et de mise à mal des usages conventionnels du droit »[1238]. En effet, par l'inclusion de sources externes dans l'exercice du pouvoir d'interprétation, le positivisme juridique est dépassé puisque l'interprète va au-delà du droit positif de son ordre juridique pour interpréter la portée et le sens des droits dans ce même ordre. En cela, la comparaison remplit une fonction d'universalisation dans la mesure où, comme l'affirmait Chaïm Perelman, l'organe envisage un « auditoire universel » auquel il s'adresse et non plus seulement un auditoire particulier qui le limiterait ainsi dans le choix et l'usage des sources. Dans cette perspective, l'œuvre de Perelman se positionne en faveur d'une rationalité non formelle, plutôt d'ordre dialectique ou rhétorique dans la mesure où le juge prend soin d'adapter l'interprétation des règles au résultat social recherché[1239], en

---

[1237] DE VISSCHER, P., Observations sur la contribution de Hans Kelsen au droit international positif, in *Revue internationale de philosophie*, vol. 35, n°138 (4), *Kelsen et le positivisme juridique (1981)*, p. 530 ; dans le même sens sur l'ordre juridique comme un ordre juridique de coordination plutôt que d'intégration : VIRALLY, M., *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 209 ; sur l'interpénétration des ordres juridiques et plus spécifiquement sur l'interaction de l'ordre juridique international avec les ordres juridiques internes, voir VIRALLY, M., « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, p. 491.

[1238] LAGRAND, P., Sur l'analyse différentielle des juriscultures, in *Revue internationale de droit comparé*, 1999, p. 1052 et p. 1061.

[1239] OST., F., VAN DE KERCHOVE, M., *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1ère édition, 1988, pp. 132-133.

dépassant le strict cadre conformiste imposé par le formalisme juridique. Il est certain que la marge d'appréciation s'accroît, mais n'est-ce pas là la preuve de l'indépendance et de l'impartialité de l'interprète qui recherche un sens objectif dans la confrontation du droit au fait ? Il acccepte également, par l'ouverture, d'autolimiter sa marge d'appréciation, en se référant à des contraintes normatives situées en dehors de son système de référence. Il se positionne ainsi à un point d'équilibre dans la dialectique entre autolimitation et autoélargissement aboutissant à l'autorégulation. Si le dialogue s'apparente à une méthode d'interprétation évolutive, il s'agit d'envisager cette technique comme une ouverture constante de chaque organe envers le droit étranger, afin de rechercher la meilleure interprétation possible étant donné le contexte et les circonstances de chaque espèce, tout en tenant compte d'une cohérence globale et de la nécessaire continuité entre systèmes qui protègent des droits et libertés semblables. Cette méthode n'est pas autonome et est à combiner nécessairement aux méthodes classiques d'interprétation qui continuent de fonder le socle de méthodes de référence faisant partie du droit international. Dès lors, c'est en cela que la comparaison peut intervenir de manière constructive, bien que le phénomène du dialogue des juges soit spontané et parfois asymétrique en l'absence de mécanisme automatique qui couvre la recherche de précédents et de sources étrangers[1240]. En faisant un parallèle avec l'ordre juridique interne qui connaît une logique d'organisation méthodique en vertu du principe de hiérarchie, les juges constitutionnels sont capables de s'ouvrir et de prendre en considération des précédents étrangers en vue d'interpréter le droit applicable dans l'ordre juridique national où la souveraineté de l'État est totale en vertu du monopole de la violence physique légitime et du domaine de compétences nationales réservées, et où surtout, la Constitution fonde l'identité spécifique de cet ordre. Il est possible de se demander pourquoi les juges internationaux qui agissent dans le cadre de l'ordre juridique international où le principe hiérarchique d'organisation fait défaut, ne seraient pas légitimes à interpréter le système juridique de protection spécialisé à l'aune du contexte global dans lequel il s'inscrit. Ce contexte global serait ainsi défini par le droit international des droits de la personne dans lequel s'inscrit l'interdiction de la torture en tant que prohibition absolue protégeant l'intégrité et la dignité de la personne humaine. Le dialogue, en remplissant une fonction de coordination, peut ainsi jouer le rôle d'un outil dans la construction d'un ordre juridique international des droits de la personne, composé des systèmes juridiques particuliers de protection d'une part, visant la protection des droits de l'Homme *stricto sensu* avec les

[1240] V. MAUSS, D., Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2009, pp. 675-696.

organes régionaux et universels; d'autre part avec les organes relevant de la justice internationale pénale chargés sanctionner les violations à l'égard du droit international humanitaire et du droit international pénal.

410. Santi Romano emploie indifféremment les mots « norme » ou « règle », en tant que synonymes d'un commandement à caractère impératif, en soulignant la nécessité de considérer un ordre juridique comme une unité, à savoir comme un « système de normes, […] un tout vivant, [un] organisme [doté de cette] force propre, quoique latente, d'expansion et d'adaptation »[1241]. Néanmoins, l'ordre juridique n'est pas seulement un ensemble de normes, mais consiste aussi en d'autres éléments comme l'organisation complexe et diversifiée de l'État ; des mécanismes et engrenages multiples, des rapports d'autorité et de force qui créent, modifient, appliquent ou font respecter les normes juridiques sans s'identifier à celles-ci[1242]. Ainsi,

> « [L]'ordre juridique […] largement entendu est une entité qui, dans une certaine mesure, se conduit selon les normes mais conduit surtout, un peu comme des pions sur un échiquier, les normes elles-mêmes. Celles-ci représentent donc plutôt l'objet et même l'instrument de son action qu'un élément de sa structure. Sous certains angles, on peut même dire que les normes apparaissent comme des reflets des traits essentiels d'un ordre juridique »[1243].

411. Pour François Ost et Michel Van De Kerchove, si une véritable définition de la notion de système est très difficile à déterminer, voire introuvable, il est possible d'en dégager certains caractères généraux[1244]. Les termes d'ordre, ordonnancement ou système sont parfois indifféremment employés dans le domaine juridique. L'expression « ordre juridique » est porteuse d'une double signification, à savoir celle d'ordonnancement ou de système et celle de commandement ou de norme[1245]. Néanmoins, il est possible d'identifier plusieurs distinctions entre un ordre et un système juridique. Tout d'abord, le concept d'ordre juridique serait caractérisé par l'existence d'une unité entre ses éléments, unité notamment de type hiérarchique alors même que le système juridique serait caractérisé par une simple cohérence entre ses éléments. Ensuite, le concept d'ordre juridique serait associé à un mode d'organisation volontaire tandis que le système juridique renverrait à un mode d'organisation

---

[1241] ROMANO, S., *L'ordre juridique*, Traduction française de la 2ème édition de « L'ordinamento giuridico » par FRANCOIS L., GOTHOT, P., Paris, Dalloz, 1975, p. 8.
[1242] Ibid., pp. 9-10.
[1243] Ibid., p. 10.
[1244] OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., p. 22.
[1245] Ibid., pp. 22-23 ; les auteurs ajoutent que Kelsen, Santi Romano, Raz, Troper, Alchourron et Bulygin considèrent l'ordre et le système comme deux termes synonymes bien qu'ils tendent en pratique à employer plus majoritairement l'un ou l'autre des termes ; Norberto Bobbio ou A.J. Arnaud attribuent à ces deux termes des significations différentes sans toutefois les opposer.

non voulu ou spontané[1246]. Enfin, le concept d'ordre normatif viserait des ordres dynamiques et serait ainsi plus large que celui de système normatif qui viserait seulement des ordres statiques[1247]. Dans le cadre de l'ouvrage *Le système juridique entre ordre et désordre*, les auteurs estiment que la notion de système suppose la réunion de trois éléments généraux. Au niveau minimal, la notion de système paraît requérir un ensemble d'éléments, de nature très différente d'un système à l'autre mais aussi au sein d'un même système, ces éléments pouvant constituer eux-mêmes des sous-systèmes qui réunissent à leur tour des entités plus élémentaires. Le premier caractère serait la notion d'ensemble[1248]. A un niveau intermédiaire, la notion de système semble impliquer l'existence de relations spécifiques entre ces éléments, dépassant ainsi leur stricte juxtaposition en supposant l'existence d'un tout ordonné, organisé, mais aussi de liens d'interdépendance, d'interaction et de solidarité entre eux. Le deuxième caractère serait la notion d'ordre ou d'organisation[1249]. Enfin, la notion de système paraît supposer une unité et non pas des interactions aléatoires entre les éléments. L'unité du système permettrait une différenciation avec l'extérieur d'aspect négatif et une affirmation d'identité d'aspect positif pour pouvoir déterminer quels éléments se situent dans ou hors le système. La notion d'unité ou de cohésion « se fonde en particulier sur un ou plusieurs principes qui commandent les relations entre les divers éléments constitutifs et déterminent la structure du système »[1250], le troisième caractère du système étant ainsi la notion de structure. Parmi les multiples options possibles, il est possible de définir l'ordre juridique comme « l'organisation plus ou moins complexe de normes et d'institutions destinées à s'appliquer effectivement aux sujets constitutifs d'une communauté déterminée »[1251], cette définition faisant ainsi apparaître trois éléments centraux de tout ordre juridique : l'institution, la norme et la sanction[1252]. Paul Amselek définit l'ordre juridique positif comme « un système de normes auquel correspond dans une certaine mesure la conduite effective des individus régis par lui »[1253], sans qu'il y ait nécessairement « une concordance complète et sans exception entre un ordre normatif et les faits auxquels il s'applique »[1254], mais plutôt « l'existence de la

[1246] COMBACAU, J., Le droit international : bric-à-brac ou système, in *Archives de philosophie du droit*, 1986, tome 1, p. 78.
[1247] OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., pp. 23-24.
[1248] Ibid., p. 25.
[1249] Ibid.
[1250] Ibid., p. 25.
[1251] DUPUY, P.-M., Cours général de droit international. L'unité de l'ordre juridique international, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2000, p. 66.
[1252] Ibid., p. 67 ; dans le même sens, voir ROMANO, S., *L'ordre juridique*, op. cit.
[1253] AMSELEK, P., Kelsen et les contradictions du positivisme juridique, in *Revue internationale de philosophie*, vol. 35, n°138 (4), *Kelsen et le positivisme juridique* (1981), p. 464.
[1254] Ibid., p. 464.

possibilité d'une discordance, sinon l'ordre normatif n'aurait plus aucun sens »[1255]. *A contrario,* selon la conception kelsénienne, « seul le droit effectif est vraiment du droit : les normes juridiques ineffectives sont, en effet, dépourvues de caractère obligatoire »[1256]. Pour une définition plus spécifique, selon Hans Kelsen, « un ordre juridique n'est pas un système de normes juxtaposées et coordonnées ; il a une structure hiérarchique et ses normes sont réparties en diverses couches superposées »[1257].

412. Dans l'ordre international, il est possible de postuler qu'il existe l'ordre juridique du droit international des droits de la personne, composé des systèmes juridiques de protection, particuliers et régis par une Convention à protéger, mais s'inscrivant dans la globalité de l'ordre auquel ils sont attachés, en étant ainsi superposés mais dépourvus de tout lien hiérarchique, chaque interprète agissant dans un processus d'autorégulation par rapport aux autres. L'ordre juridique international classique demeure fondé sur des relations interétatiques dans une logique relationnelle teintée de rapports de force, malmenée par des rapports de domination et de puissance. Le droit international des droits de la personne s'inscrit dans une logique de dépassement de ce schéma à travers la reconnaissance d'un recours individuel devant des organes de protection supranationaux. Il serait possible d'envisager la notion d'un nouvel ordre juridique global qui se définirait ainsi :

> « Selon Domingo […] [c]et ordre global viserait à l'harmonie, l'équilibre et la synthèse et non à la hiérarchisation ou l'opposition des ordres juridiques existants, il ne remplacerait pas ce qui existe, mais constituerait la matrice indispensable à l'interconnexion de ces ordres. Il reposerait sur des principes soit communs à ceux du droit international tels que les principes de justice, de raisonnable, et de contrainte, soit propres au droit global tels que les principes d'universalité, de solidarité, de subsidiarité, d'horizontalité ou de démocratisation. Les droits de l'Homme formeraient le cœur de cet ordre global, le ciment des relations globales et la raison d'être du projet. Pour Cançado Trindade, l'ordre juridique sur lequel s'appuie le 'nouveau droit des gens' serait un ordre juridique international humanisé puisant sa source matérielle dans la 'conscience juridique universelle'. Il reposerait sur les principes généraux du droit qui trouvent leur source dans la conscience juridique universelle ; sur la redéfinition des sujets de droit international comprenant les individus, les peuples, les générations futures et l'humanité ; sur les concepts de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes* ; sur la prise en considération des intérêts de l'humanité dans les différents chapitres du droit international ; et sur le renforcement du rôle du juge international dans le règlement des différends »[1258].

[1255] Ibid.
[1256] Ibid., p. 463.
[1257] KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1988, 2ème édition, p. 131, nous soulignons.
[1258] HENNEBEL, L., « Les droits de l'Homme dans les théories du droit global », in CHEROT, J.-Y., FRYDMAN, B. (dir.), *La science du droit et la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 150, nous soulignons.

413. Au regard des critères de la notion d'un nouvel ordre juridique global visant à régir les droits de la personne, le pratique du dialogue semble bien concrétiser « l'interconnexion » entre ordres juridiques existants sans aboutir à une quelconque hiérarchie ou à une opposition de principe, mais au contraire en étant un élément catalyseur du processus d'harmonisation à travers la recherche de l'équilibre et la synthèse d'éléments normatifs appartenant à plusieurs ordres. Ensuite, ce nouvel ordre juridique global repose bien sur des principes communs tels que la justice, l'universalité, la solidarité, la subsidiarité, qui sont des principes affirmés dans les instruments internationaux de protection tant généraux que spécialisés. La recherche d'éléments extra-systémiques à incorporer dans l'interprétation des droits de la personne traduit une « conscience juridique universelle » naissante. Les manifestations concrètes de cette dernière s'illustrent avec les normes impératives de l'ordre juridique international protégeant l'intégrité et la dignité de la personne humaine. En effet, bien que l'effectivité des droits de la personne ne soit pas encore pleine et entière, la juridictionnalisation du droit international et la reconnaissance d'un droit de recours individuel auprès d'organes supranationaux reflètent l'importance croissante du juge international dans le règlement des différends. Les concepts de *jus cogens* ou d'obligations *erga omnes* font l'objet d'une acception unanime puisque nul ne conteste leur existence, bien que leur portée soit discutée et parfois neutralisée en cas de conflit avec d'autres règles. Néanmoins, l'interprétation globale par contextualisation normative et systémique qui se matérialise dans les décisions de justice qui font de plus en plus usage de sources externes, traduit la prise en compte des considérations d'humanité et la recherche d'une justice universelle en recherchant la meilleure interprétation possible du sens et de la portée d'un droit. Ainsi, si ce nouvel ordre juridique global est encore en construction, il fait partie intégrante de l'ordre juridique international en utilisant ses principes tant pour s'affirmer que pour se concrétiser, en démontrant l'existence de liens d'interdépendance manifestes entre systèmes juridiques distincts. Ils apparaissent singuliers en ce qu'ils fondent des régimes circonscrits délimités par la compétence et la juridiction de l'organe définies par le texte conventionnel qu'il a à protéger, en ce qu'ils ont leurs propres périodes de rotation et de révolution, leur propre zone atmosphérique et leurs propres éléments constitutifs dans une nébuleuse institutionnelle multiple. Ils se définissent ainsi également par leur diversité. Néanmoins, des principes communs régissent ces systèmes, leur permettant de s'inscrire tous ensemble sur une orbite commune et de former un système syncrétique global. L'idée d'une unité à travers les particularismes émerge puisque des principes communs régissent les systèmes de protection qui fondent des régimes circonscrits délimités par la compétence et la juridiction de l'organe,

alors même que chaque système est régi par des principes spécifiques, incarnant ainsi le principe de diversité. Les liens entre principes communs et principes spécifiques trouvent leurs fondements dans l'universalité affirmée des droits de l'Homme et permettent de fonder un système qui s'inscrit dans une logique et dans la cohérence des autres systèmes semblables qui, s'ils tendent à leur ressembler, s'en distinguent par leurs caractères propres. La continuité entre unité et diversité d'autant plus manifeste en ce qui concerne la prohibition de la torture en raison de son caractère transversal, de l'unanimité quant à son caractère impératif et de l'objet même de cette interdiction qui est la protection de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine. Un ordre juridique peut également se construire à travers l'action de ses acteurs qui contribuent à l'opérationnalisation des caractères formels du droit, extérieurs aux règles juridiques, qui sont l'objectivité du droit et l'éventualité d'une sanction juridique[1259]. L'étude du dialogue reflète l'emploi de méthodes communes d'interprétation par les organes de protection qui font usage de la référence aux sources externes, pour certains systématiquement, pour d'autres de manière plus ponctuelle. La circulation des décisions de justice est possible puisque le dialogue opère dans l'espace judiciaire public de l'ordre juridique international, où chaque interprète en charge de protéger les droits de la personne est libre de s'inspirer de la pratique pertinente de ses homologues. L'autonomie de certains régimes comme ceux de protection des droits de la personne permet l'existence d'une pluralité de systèmes juridiques au sein d'un même ordre juridique : le droit international apparaît ainsi comme un droit pluriel et non comme un droit fragmenté, droit pluriel spécialisé en des domaines distincts qui obéissent à une logique propre mais tenus par la cohérence et la structure globale sous-jacentes, ce qui aboutit à une conciliation entre autonomisation et spécialisation, d'une part ; et coordination et conciliation, d'autre part. Il est nécessaire de distinguer la validité de l'universalité des droits de la personne affirmée par le droit international positif par rapport à leur effectivité, qui reste à renforcer**.** La reconnaissance d'un droit de recours individuel et l'accès au juge dans l'ordre juridique international, bien que subordonné à des règles procédurales strictes, reflète un phénomène croissant d'objectivisation de la société internationale encore dominée par des considérations politiques dans une logique relationnelle. Ainsi, l'objectivisation de l'ordre international à travers sa juridictionnalisation croissante et progressive renvoie à des interrogations relatives à la légitimité du pouvoir judiciaire des organes internationaux de protection.

[1259] ROMANO, S., *L'ordre juridique*, op. cit., p. 12.

§ 2. Le dialogue au service de la légitimation du pouvoir juridictionnel

414. Tout pouvoir juridictionnel se doit de prouver sa légitimité à l'égard de ses destinataires afin d'apporter une effectivité à ses décisions. Si le dialogue est envisagé comme une technique juridique comparative, commune à plusieurs interprètes des droits de la personne, les emprunts normatifs soulèvent des interrogations quant à leur légitimité. Si un État n'a pas accepté expressément d'être lié par des dispositions conventionnelles, il serait difficile pour un tribunal de lui imposer l'application de telles normes. Néanmoins, les droits de la personne s'affirment comme étant universels, relèvent du droit international coutumier et s'imposent en dehors de tout engagement conventionnel lorsqu'ils touchent au noyau dur des droits fondamentaux considérés comme protégeant l'intégrité et la dignité de la personne humaine. Ainsi, la pratique du dialogue investit d'une légitimité nouvelle le pouvoir juridictionnel à l'égard de ses destinataires (A). Par ailleurs, le développement croissant des tribunaux internationaux qui font usage des mêmes méthodes d'interprétation contribue à l'émergence d'une communauté judiciaire internationale en quête de légitimité à travers l'usage des éléments extra-systémiques (B).

A. La légitimation du pouvoir juridictionnel à l'égard de ses destinataires

415. L'influence du positivisme a eu pour effet de neutraliser la question de la légitimité dans la pensée juridique qui se pose plutôt en termes politiques ou idéologiques, mais non en droit[1260]. Cette affirmation est d'autant plus vraie à l'égard de l'ordre juridique international fondé sur la souveraineté et l'indépendance des États, leur légitimité ne pouvant être contestée dans la mesure où ils sont tant auteurs que sujets du droit international, les organes internationaux étant légitimes d'abord par l'action de la volonté étatique à l'origine de leur acte constitutif. La règle de droit semble se définir uniquement comme une norme incarnant un commandement assorti de la sanction où la relation clef est celle de l'obéissance et de la conformité du comportement conforme à la prescription juridique, dans ce contexte, la seule question valable pour le système juridique étant celle de l'effectivité : le fait que la règle émane d'une autorité légitime ne lui confère pas valeur juridique, celle-ci découlant du fait que la règle est assortie d'une sanction[1261]. Une définition neutre de la légitimité pourrait être

[1260] PIMENTEL, C.-M., « De l'obéissance à la reconnaissance : l'empreinte de la légitimité dans le droit », in FONTAINE, L. (dir.), *Droit et légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 3.
[1261] Ibid.

« la qualité de l'autorité qui possède un titre à gouverner, qui peut justifier de son origine »[1262], alors qu'une définition juridique de la légitimité, détachée de son contenu proprement politique désignerait comme « légitime l'autorité (ou la règle) qui se trouve collectivement reconnue par les sujets de droit […] [c]ette reconnaissance collective [revêtant] pour le droit une portée décisive, dans la mesure où on pourrait la regarder comme constitutive de la valeur juridique »[1263]. Le « commerce des juges » dans l'ordre juridique international et dans le contexte judiciaire mondialisé génère de nouvelles formes de légitimité qui ont pu être qualifiées de « prédémocratiques » dans la mesure où elles s'attachent au prestige et à la réputation puisqu' « une part du respect dont est créditée une décision tient en effet à la personnalité de celui qui l'a rendue »[1264]. Si l'interprétation est une opération qui découle de la volonté, portant sur des faits et des énoncés, cela implique l'exercice d'un pouvoir considérable dont le fondement réside dans la validité de l'interprétation qu'il produit[1265]. Ainsi, une interprétation authentique n'est pas une interprétation standard mais « la décision de conférer un sens à un énoncé ou à un fait [cette décision ne pouvant] être ni vraie ni fausse, mais seulement valide ou non valide dans un ordre normatif donné […] [en considérant que] la validité de la décision interprétative est exclusivement formelle [c'est-à-dire] qu'elle ne résulte que de la compétence juridique de l'autorité qui la prend et non pas de son contenu, ni même des méthodes par lesquelles elle est justifiée »[1266]. Cette affirmation peut être vraie dans un ordre normatif tel que l'ordre juridique interne régi par un principe hiérarchique d'organisation. Néanmoins, dans l'ordre juridique international, en raison de sa vocation supranationale et de l'absence de principe de toute hiérarchie, l'interprétation est susceptible d'être perçue comme valide si elle émane non seulement de la compétence juridique de l'autorité mais également si elle paraît justifiée du point de vue tant de la motivation que de son contenu pour pouvoir légitimer l'exercice du pouvoir de l'interprète qui se heurte au pouvoir des États. Il existe un étroit lien de parenté entre la situation idéale de parole (« ideal speech situation »), notion développée par Habermas et le concept d' « auditoire universel » de Perelman, puisque selon ces deux idées,

[1262] Ibid., p. 3.
[1263] Ibid., p. 13. V. égal. ROMANO, C., Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue, in *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 41, n° 4, 2009, pp. 755-787.
[1264] ALLARD, J., GARAPON, A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, op. cit., pp. 74-75.
[1265] TROPER, M., « Une théorie réaliste de l'interprétation », in BEAL, C. (dir.), *Philosophie du droit. Norme, validité et interprétation*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2015, pp. 360-361.
[1266] Ibid., p. 361.

« a norm is capable of generalization where all can agree to it »[1267], l'auditoire universel étant lié avec l'exigence de généralisation correspondant à la vision d'Habermas[1268]. Si,

> « [O]n one hand, Perelman gears rational argumentation to the idea of universality, yet on the other hand ties it to historically and socially given instances on matters of conviction and attitude. [Therefore] argumentation can neither be going with nothing nor begin with some definitive origin. It attempts to arrive at generally acceptable results from what is actually given in convictions and attitudes, by means of a process of rational elaboration. In such a process, it is often not possible to define a result as the only and lasting correct one »[1269].

416. En effet, le processus rationnel dans l'argumentation juridique vise à interpréter d'une manière donnée le sens et le contenu d'une règle juridique, sans que cette interprétation soit la seule possible, le travail du juge consistant à démontrer plutôt que l'interprétation choisie est la meilleure au regard des faits de l'espèce. La citation de la jurisprudence étrangère par les juridictions a pu être perçue comme n'ayant « pas seulement pour objectif de convaincre par une sorte d'argument d'autorité : elle témoigne surtout d'une capacité de recul du juge, qui devient juge de sa propre pensée, de sa propre tradition, et qui atteste donc cette forme de distance, d'impartialité, dont on sait qu'elle est l'une des conditions indispensables de la légitimité des systèmes judiciaires »[1270]. Cela vaut également en ce qui concerne l'usage d'éléments extra-systémiques par les organes internationaux de protection qui disposent d'une légitimité découlant de la volonté des États. En effet, « [tous] les jugements ont en commun un souci de cohérence qui les amène à se référer les uns aux autres en construisant leur propre argumentation à la suite des autres, en fonction de ses conséquences sur les décisions à venir »[1271], et donc en fonction des destinataires auxquels ces jugements s'adressent.

417. Selon une conception extrême de la théorie positiviste, la légalité d'une règle ou la compétence d'un pouvoir est une condition nécessaire et suffisante de validité[1272]. Ainsi, au regard de cette affirmation, si une règle relève du droit positif en vigueur dans un système juridique donné et que le pouvoir institué pour l'interpréter dispose de la compétence pour l'interpréter, cette règle est réputée valide. Cependant, cette affirmation peut être tempérée dans la mesure où le test de reconnaissance de la validité des normes relève également de

---

[1267] ALEXY, R., *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, Oxford University Press, 1989, p. 173.
[1268] Ibid.
[1269] Ibid., p. 170. Nous soulignons.
[1270] ALLARD, J., GARAPON, A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Editions du Seuil et La République des Idées, 2005, pp. 61-62.
[1271] Ibid., p. 62.
[1272] OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2ème éd., 2010, p. 372.

l'argumentation et de la justification[1273]. En effet, dans les systèmes de *common law*, seuls les précédents reconnus raisonnables ou acceptables feront jurisprudence, les autres n'étant jamais considérés comme établis[1274]. La théorie réaliste, quant à elle, conçoit les décisions judiciaires au cœur du système juridique[1275]. Ainsi, la thèse centrale qui rapproche tous les auteurs de l'école réaliste est que le droit ne consiste pas en un devoir-être ou un ensemble de règles, mais plutôt en une réalité matérielle ou un ensemble de comportement, à savoir le comportement des autorités judiciaires qui créent le droit au travers des décisions qu'ils adoptent[1276]. Dès lors, dans sa version extrême, la théorie réaliste considère que l'effectivité d'une règle ou la force d'un pouvoir est une condition nécessaire et suffisante de validité[1277]. Le réalisme modéré envisage le rapport au juge en lien direct avec les contraintes implicites qui s'imposent à lui dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation[1278]. Dès lors, le jugement de normativité est à envisager dans le cadre de la relation légalité-légitimité[1279]. Alfred Ross oppose la légitimité formelle, qui suppose un minimum de rationalité et de justice, à la légitimité matérielle, qui renvoie à la conformité avec une conscience juridique. Ainsi, il estime que l'administration de la justice « est toujours déterminée par un conflit dialectique entre 'la tendance vers une justice formelle et la tendance vers une équité concrète' »[1280]. Selon la conception extrême de la théorie jusnaturaliste, la légitimité d'une règle ou l'autorité d'un pouvoir est une condition nécessaire et suffisante de leur validité, bien que cette position néglige les facteurs de positivité et d'effectivité[1281]. En effet, il y a un contexte de collaboration du droit naturel et du droit positif à prendre en considération car le premier renvoie à des règles vagues et générales par essence, qui appellent à une concrétisation historique et une mise en œuvre pratique qui ne peuvent être assurées que par le droit positif[1282]. À l'égard de la moralité interne du droit, Hart, bien que considéré comme un auteur positiviste, affirme que tout système juridique doit nécessairement respecter un contenu minimum de droit naturel[1283]. En effet, les normes fondamentales qui assurent le rôle d'auto-fondation d'un système juridique sont des normes de nature coutumière, « traduisant des jugements de légitimité et reflétant des pratiques stabilisées, elles ouvrent les systèmes

[1273] Ibid., p. 374.
[1274] Ibid.
[1275] Ibid., pp. 375-376.
[1276] Ibid., p. 376.
[1277] Ibid., p. 375.
[1278] Ibid., p. 380.
[1279] Ibid., p. 379.
[1280] Ibid., p. 382.
[1281] Ibid., p. 382.
[1282] Ibid. p. 383.
[1283] Ibid., p. 373.

juridiques formels sur des systèmes plus englobants, plutôt qu'elles n'en assurent une validation légaliste »[1284]. Au regard de ces considérations théoriques, le dialogue judiciaire s'avère être une pratique qui reflète un syncrétisme entre la théorie positiviste, la théorie réaliste et la théorie jusnaturaliste du droit, puisqu'il y a respectivement applicabilité de règles en vigueur au regard du droit positif d'un système donné de l'ordre juridique international ; l'application judiciaire de ces règles implique nécessairement une interprétation en vue de leur application concrète aux faits de chaque espèce ; et enfin, en tenant compte des avancées normatives et jurisprudentielles des autres systèmes relatifs à la protection des droits de la personne, il y a implicitement inclusion d'une approche de droit naturel particulièrement appropriée lorsqu'il est question d'intégrité et de dignité de la personne humaine. En effet, dans un contexte mondialisé, les droits fondamentaux sont de plus en plus pensés comme « un patrimoine commun s'assimilant, indépendamment de tout mandat politique, à une forme de droit naturel »[1285]. Ainsi, en faisant usage des éléments extra-systémiques, les interprètes seraient « convaincus de mettre à jour le véritable sens des droits de l'Homme […] »[1286]. Dès lors, ce « commerce des juges », particulièrement dans l'ordre juridique international, témoigne d'une « réorganisation des rapports entre droit et politique »[1287], en mettant sous tension, grâce au droit, le rapport démocratique entre représentants et représentés et en opposant à la volonté politique et à la souveraineté elle-même des notions juridiques[1288] tenant à la dignité et l'intégrité de la personne humaine.

418. Néanmoins, la réception des décisions des organes internationaux par les ordres juridiques nationaux est une question importante. La subsidiarité trouve à s'appliquer constamment dans le domaine de la protection des droits de la personne. La Cour européenne a rappelé « le rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention » dans l'affaire *S.A.S. c. France* au regard de l'article 9 relatif à la liberté religieuse, mais cette affirmation est également vraie en ce qui concerne la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements. La Cour a souligné que « les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe et, [tel qu'] affirmé à maintes reprises, se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux. Lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder

[1284] Ibid.
[1285] Ibid.
[1286] ALLARD, J., GARAPON, A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, op. cit., p. 79.
[1287] Ibid.
[1288] Ibid.

une importance particulière au rôle du décideur national »[1289]. Si en ce qui concerne la liberté religieuse et l'interdiction du port du voile intégral par exemple, l'État dispose d'une très large marge d'appréciation, celle-ci est plus restreinte en ce qui concerne la protection et l'intégrité de la personne humaine puisque l'interdiction d'actes de torture revêt une importance capitale dans tout État de droit et fait partie du noyau dur des droits fondamentaux. Cela explique la plus grande liberté interprétative du juge face à des violations d'une telle prohibition et son aptitude à sanctionner l'État pour un comportement contraire à une règle aussi fondamentale. Par le dialogue, il y a implicitement construction de standards de protection communs à plusieurs systèmes susceptibles d'être incorporés dans les droits nationaux conformément aux exigences imposées par le droit constitutionnel propre à chaque État. Ces référentiels construits dans l'ordre juridique international ne s'inscrivent pas dans l'idée d'une uniformisation et d'une annihilation des spécificités nationales, mais dans l'optique de la constitution d'un guide contenant de bonnes pratiques qui ne sont pas imposées au nom d'une idéologie des droits de l'Homme, mais qui ont été mises en lumière par la confrontation des opinions particulières grâce au dialogue en vue de donner la meilleure interprétation possible d'une règle juridique. Les juges nationaux pourraient tenir compte de ces bonnes pratiques pour s'émanciper davantage conformément au principe de subsidiarité, puisque dans les rapports entre ordre juridique international et ordres juridiques internes, le déploiement du plein potentiel du droit international est subordonné à son incorporation dans le droit national. Néanmoins, il est nécessaire pour les organes internationaux de démontrer la légitimité de leurs interprétations des règles afin que celles-ci soient intégrées dans l'ordre juridique interne et appliquées par les juridictions nationales. Appliquer et faire respecter les règles du droit international des droits de la personne dans l'ordre juridique national est précisément la manière de rendre les règles pleinement effectives tant que l'ordre juridique international se caractérise par l'absence de pouvoirs centraux exécutif, législatif et judiciaire et que les juridictions internationales sont amenées à intervenir en dernier recours[1290]. En effet, le droit de recours auprès d'un organe relevant d'un système international de protection des droits de la personne est subordonné, quel que soit le système, à l'épuisement des voies de recours internes, principe fermement établi en droit international, en lien direct avec le principe de subsidiarité. La responsabilité première de poursuivre et de condamner les violations graves aux droits des personnes incombe aux juridictions nationales, tant dans le

[1289] V. *S.A.S. c. France* [GC], n° 43835/11, § 129, CEDH 2014 (extraits).
[1290] V. dans le même sens, FERRER MAC-GREGOR, E., What do we mean when we talk about judicial dialogue? Reflections of a Judge of the Inter-American Court of Human Rights, préc., p. 94.

système civil que dans le système pénal. Ainsi, ces dernières sont chargées de garantir les standards internationaux dans les ordres juridiques internes, standards tels qu'interprétés par les tribunaux internationaux qui ont compétence à l'égard de leur État qui, par ailleurs, au-delà de manifester son consentement à la juridiction, a également incorporé dans l'ordre national les instruments internationaux de protection relevant du droit international. Ainsi, intégrer pleinement une règle juridique dans un ordre particulier, signifie implicitement accepter ses interprétations : en effet, si la règle juridique existe en tant que telle, son applicabilité sera conditionnée par son interprétation pour un pouvoir judiciaire qui a su démontrer sa légitimité. *Quid* de l'existence d'une communauté judiciaire internationale composée de plusieurs pouvoirs judiciaires distincts ?

B. La légitimation du pouvoir de la communauté judiciaire internationale

419. L'usage des sources externes semble également s'inscrire dans l'actualité judiciaire, dans la mesure où il a été souligné qu'il pouvait s'agir d'un phénomène de « mode judiciaire accompagnée de la crainte de voir émerger et s'imposer un « gouvernement des juges »[1291]. En effet, si dans le cadre du système interaméricain, le recours aux sources externes fait partie intégrante de la pratique interprétative de la Cour ou de la Commission interaméricaines[1292], la Cour européenne a toujours été plus réticente à avoir recours aux éléments étrangers pour interpréter le sens et la portée de la Convention. Il en est de même pour la CIJ ou encore pour les organes des traités des Nations Unies. En ce qui concerne ces organes à vocation universelle, cela découle de la difficulté à imposer à l'échelle globale des interprétations singulières émanant de systèmes régionaux de protection ou des ordres juridiques nationaux. Cela s'explique également par la distinction des fonctions et des compétences entre les organes onusiens en charge du respect des droits de la personne qui sont chacun investi de la mission de sauvegarde d'un instrument particulier, alors même que la compétence de la CIJ s'étend à tout différend juridique portant sur le droit international. Ce constat engendre une superposition des corpus normatifs interprétés qui peuvent être relatifs à un même sujet ou avoir le même objet. Le phénomène croissant du dialogue dans l'ordre juridique international qui se manifeste avec la citation accrue de la jurisprudence et des

[1291] ALLARD, J., VAN WAEYENBERGE, A., *De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger*, in Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2008/2, vol. 61, pp. 109-129.

[1292] HENNEBEL, L., « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de la personne », in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 31-76.

instruments de protection d'autres organes dans un système juridique donné est un moyen de justification des interprétations extensives en incorporant l'idée d'une jurisprudence internationale commune, pouvant être vue par les critiques de cette pratique comme un affranchissement au regard du droit positif. En même temps, bien que le sens des règles du droit puisse être altéré par l'interprétation qui leur est accordée qui, par définition est subjective, la convergence spontanée à l'égard des mêmes règles et la recherche de la même solution par plusieurs interprètes conduit à une intensification de la pratique spontanée du dialogue puisque celle-ci semble être la technique juridique la plus à même à déterminer le sens, la portée et l'étendue les plus appropriés du droit protégé. Adopter une interprétation extensive en allant au-delà de la lettre du texte se comprend assez aisément puisque la lettre du texte dépend nécessairement de son contexte fini par l'objet et le but de chaque instrument de protection. Si les objets et les buts sont les mêmes entre instruments de protection et qu'ils ont une vocation universaliste, le contexte juridique global est propice à la mise en interaction entre ces textes, mise en interaction concrétisée par le dialogue en vue d'une harmonisation entre corpus normatifs distincts. Si le droit international des droits de l'Homme, le droit international humanitaire et le droit international pénal sont considérés comme des domaines spécifiques du droit international, ils ne sont pas étrangers les uns aux autres puisqu'ils aspirent à protéger l'intégrité et la dignité de la personne humaine tant en temps de paix qu'en temps de guerre de manière préventive, mais aussi de manière répressive lorsque les violations des droits protégés ont eu lieu. Par ailleurs, le renvoi à la jurisprudence ou au corpus normatif d'un organe spécifique semble témoigner du poids accordé à un tel interprète à qui serait reconnue une autorité renforcée puisque le dialogue est synonyme de prestige et traduit le sentiment de reconnaissance entre pairs et l'appartenance d'un tel organe au microcosme judiciaire auquel il est prêté attention : ses interprétations étant jugées pertinentes et incontournables.

420. Par exemple, l'article 60 de la Charte africaine qui autorise la Commission à s'inspirer de divers instruments du droit international des droits de l'Homme ainsi que l'article 61 qui reflète l'article 38 du Statut de la CIJ qui autorise la Commission à prendre en considération comme « moyens auxiliaires de détermination des règles de droit », autres conventions internationales générales ou spéciales ainsi que d'autres principes et coutumes des pratiques africaines ou encore la jurisprudence et la doctrine, ne sont pas vus comme déterminant le droit applicable par la Commission mais seulement comme offrant « la possibilité de recourir à des sources extérieures aux fins d'interpréter les dispositions de la Charte africaine qu'elle à

vocation à appliquer durant l'examen des communications dont elle est saisie »[1293]. Néanmoins, il a été souligné qu' « il ne fait pas de doute qu'un tel pouvoir d'interprétation est inhérent à la qualité d'organe quasi-judiciaire de la Commission et qu'une autorisation expresse n'était pas nécessaire à cet effet [bien que ces dispositions constituent] 'un guide d'interprétation [de son] pouvoir d'interprétation »[1294]. Pour définir la prohibition des traitements cruels, inhumains ou dégradants prévue à l'article 5 de la Charte africaine, la Commission avait fait référence à la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes en estimant que :

> « The prohibition of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment is absolute. However, as observed by the European Court of Human Rights in Ireland v. United Kingdom when called upon to decide on a similar provision of the European Convention on Human Rights "…the treatment prohibited under Article 3 of the Convention is that which attains a minimum level of severity and… the assessment of this minimum is, in the nature of things, relative… It depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim etc." (Judgement of 18th January 1987, series A no. 25 para. 162; see also the European Commission on Human Rights decision in Jose Antonio Urrutikoetxea v. France, Decision of 5th December 1996, p. 157). The treatment meted out to the victim in this case constitutes a breach of the provision of Article 5 of the Charter and the relevant international human rights instruments cited above »[1295].

421. Ainsi, de manière générale, la Cour européenne a toujours eu une place de choix dans les décisions de la Cour interaméricaine qui s'est appuyée sur la jurisprudence européenne pour définir les principes dans le système interaméricain, tout en tenant compte des spécificités locales. De la même manière, la Cour africaine gagnerait aussi à le faire pour

[1293] OUGUERGOUZ, F., « Les articles 60 et 61 de la Charte africaine des droits et devoirs de l'Homme et des peuples », in BURGORGUE-LARSEN, L., *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'Homme – De l'ouverture du dialogue*, Paris, Pedone, 2017, p. 137.
[1294] Ibid.
[1295] CommADHP, session du 23 octobre au 6 novembre 2000, *Huri-Laws c. Nigéria*, communication 225/98, § 41. La Commission ajoute par ailleurs en se référant aux principes des Nations Unies relatifs au traitement des détenus ou prisoniers que que « the denial of medical attention under health threatening conditions and access with the outside world do not fall into the province of ' the respect of the dignity inherent in a human being and to the recognition of his legal status', nor is it in line with the requirement of Principles 1 and 6 of the UN Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment. This, therefore, is a breach of Article 5 of the Charter ». OUGUERGOUZ, F., *Les articles 60 et 61 de la Charte africaine des droits et devoirs de l'Homme et des peuples*, op. cit., pp. 139-140 : l'auteur évoque la fertilisation croisée particulièrement soutenue entre la CommADHP et la CIADH en citant à l'appui plusieurs décisions reflétant leur inspiration mutuelle.

renforcer la motivation et la légitimité de sa jurisprudence. Toutefois, le système interaméricain présente un particularisme certain[1296].

422. L'article 21, § 2 du Statut de Rome de la CPI est relatif au droit applicable par la Cour et l'autorise à avoir recours aux autres normes internationales pour interpréter le droit international pénal « en second lieu », aux côtés du Statut, des éléments des crimes et du Règlement de procédure et de preuve de la Cour « en premier lieu ». « A defaut », le paragraphe 3 de l'article 21 donne également la possibilité à la Cour d'appliquer les principes découlant des lois nationales représentatives des différents systèmes juridiques dans le monde ainsi que les lois de l'État normalement compétent pour le crime en question, à condition que ces lois ne soient pas incompatibles avec le Statut de Rome, le droit international et autres règles ou principes internationalement reconnus[1297]. Cet article, qui habilite la Cour à avoir recours aux principes du droit international ainsi qu'au droit international humanitaire en vue de l'interprétation du droit international pénal, peut renforcer son autorité. Faire référence aux autres règles du droit international est un moyen de démontrer la continuité normative et affirmer sa légitimité à poursuivre et condamner les crimes internationaux les plus graves, cette mission puisant ses fondements dans l'ordre juridique international. En effet, le domaine pénal est certainement celui qui est le plus étranger au droit international. Véritable ordre répressif qui s'impose en étant l'incarnation la plus concrète du droit qui peut contraindre en cas de contrariété du comportement à une prescription juridique, en droit pénal, la volonté cède la place à la sanction. Le droit international présente la particularité d'une sanction qui découle toujours d'une volonté impalpable et variable qui est celle des États puisque ces derniers peuvent ne pas exécuter une décision rendue par une juridiction internationale. Dès lors, l'institution d'un système de justice pénale internationale va à l'encontre de la logique interétatique dominante pour imposer une juridiction qui, en vertu du principe de complémentarité, stimule les autorités nationales à enquêter et à engager des poursuites

[1296] V. pour une approche globale: HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H. (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme. En l'honneur du 40ème anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, 416 p.

[1297] Art. 21 du Statut de Rome : « 1. 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 ; c) À défaut, les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues ». Sur cette question, v. DEPREZ, C., « Article 21(3) of the ICC Statute and 'Internationally Recognized Human Rights' as a Source of Mandatory Judicial Dialogue », in LOBBA, P., MARINIELLO, T. (dir.), *Judicial Dialogue on Human Rights – The Practice of International Criminal Tribunals*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2017, pp. 90-108.

lorsque cela est possible. La compétence pénale relève traditionnellement du domaine des compétences nationales réservées de l'État, en l'absence d'une autorité coercitive et d'un pouvoir central au niveau international, ce qui justifie la compétence subsidiaire de la Cour : la responsabilité première de poursuivre et de condamner les crimes internationaux incombe d'abord aux États et à leurs autorités nationales. Le principe de complémentarité de la CPI implique nécessairement une coopération des États, notamment dans l'exécution des mandats d'arrêts internationaux, pour que la Cour puisse effectivement remplir sa mission. Une autorité persuasive doit être attachée à ses décisions afin d'avoir un impact sur les États en imposant son interprétation des faits dans chaque affaire et emporter l'adhésion en vue de la coopération. Dès lors, justifier son interprétation et son application du droit international pénal comme ancrée dans les principes régissant l'ordre juridique international, joue la fonction de démonstration d'une appartenance à cet ordre plus global et contribue à estomper les différences entre ces corpus normatifs distincts, afin d'accroître sa légitimité en interprétant un ordre répressif à la lumière des principes et règles communément admis en droit international[1298]. La justice pénale internationale requiert, au-delà d'une légitimité technique, une expérience judiciaire ainsi qu'une compétence diplomatique, ce qui se reflète dans le processus d'élection des juges à la CPI qui sont issus tant de la diplomatie, de l'université que de la pratique judiciaire[1299]. La tâche du juge pénal international est délicate puisqu'il « doit être capable de traduire et d'interpréter un drame individuel dans les termes d'une expérience universalisable [en assurant] la continuité entre les acteurs, entre le droit et le terrain, entre le global et le local »[1300].

423. En droit international pénal, la citation des décisions d'autres organes judiciaires peut avoir une « gapfilling and supplementary function »[1301] lorsque les concepts légaux n'ont pas été précisément définis par le Statut du tribunal. Ainsi, la jurisprudence portant sur les droits de l'Homme peut apporter un éclairage interprétatif en aidant à la définition des éléments constitutifs des crimes ou en aidant à résoudre des problèmes spécifiques d'application. Puisque les organes de protection des droits de l'Homme jouissent d'une « indisputed

[1298] V. ZAMMIT BORDA, A., The Notion of 'Persuasive Value' of External Precedent in International Criminal Law, in *Nordic Journal of International Law*, 84 (2015), pp. 29-58; v. égal. GLENN, P., Persuasive authority, in *McGill Law Journal*, 1987, p. 261.
[1299] ALLARD, J., GARAPON, A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, op. cit., pp. 73-74.
[1300] Ibid., p. 75.
[1301] MACULAN, E., « Judicial Dialogue and the Definition of Torture: The importation of ICTs from European Jurisprudence, in LOBBA, P., MARINIELLO, T. (dir.), *Judicial Dialogue on Human Rights. The Practice of International Criminal Tribunals*, Leiden, Brill, 2017, p. 185.

persuasive authority »[1302], les citer équivaut à un renforcement de la légitimité des éléments trouvés par le tribunal lui-même. La définition de la torture est un exemple parfait de ce phénomène en l'absence d'une définition normative dans les Statuts des tribunaux pénaux internationaux qui, à travers la référence constante à la jurisprudence en matière de droits de l'Homme et aux notions du droit international humanitaire, ont défini les éléments du crime et résolu les difficultés liées à l'application. Bien que cette lacune ait été rectifiée depuis par le Statut de Rome en définissant la torture comme un crime de guerre ou un crime contre l'humanité selon le contexte[1303], l'article 21 du Statut relatif au droit applicable incite la Cour à avoir recours à la jurisprudence relative aux droits de l'Homme lorsque les circonstances l'exigent[1304]. Ainsi, la CPI a déjà eu l'occasion d'affirmer que « [l]es droits de l'Homme sous-tendent le Statut dans tout ses aspects, notamment celui de l'exercice de la compétence de la Cour. Les dispositions du Statut doivent être interprétées, et surtout appliquées, en conformité avec les droits de l'Homme internationalement reconnus »[1305]. Elle a également examiné les règles relatives au droit à un procès équitable à la lumière des instruments conventionnels universels et régionaux, en faisant un renvoi à la Déclaration universelle de 1948, au PIDCP, puis aux Conventions européenne, interaméricaine et africain[1306]. Elle s'était également référée à un instrument qui relève de la *soft law*. Il s'agissait des Principes fondamentaux et directives flagrantes du droit international des droits de l'Homme et de violations graves du droit international humanitaire, adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 2005[1307].

424. L'usage de l'article 21 du Statut de Rome serait particulièrement pertinent dans le domaine de la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements puisqu'en tant que crime international, la violation de cette interdiction peut constituer tantôt un crime de guerre, tantôt un crime contre l'humanité, mais également une violation grave du droit international des droits de l'Homme en étant prohibée par des instruments spécifiques et

[1302] Ibid.
[1303] V. Art. 7, 2), e) ; art. 8, 2), a), ii) pour la définition de la torture en tant que crime contre l'humanité ; art. 8, 2), c), i) pour la définition de la torture en tant que crime de guerre.
[1304] CALLEJON, C., « Article 21 – Droit applicable », in FERNANDEZ, J., PACREAU, X. (dir.), *Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, pp. 763-778.
[1305] CPI, Ch. d'App., 14 décembre 2006, arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision du 3 octobre 2006 relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense en vertu de l'article 19-2-a du Statut, Situation en République démocratique du Congo, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, aff. n° ICC—01/04-01/06, , § 37.
[1306] CPI, Ch. Prélim. I, 31 mars 2006, décision relative à la requête du Procureur sollicitant l'autorisation d'interjeter appel de la décision de la Chambre du 17 janvier 2006 sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5, VPRS 6, Situation en République démocratique du Congo, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, aff. n° ICC—01/04-01/06, §§ 34 et suiv.
[1307] CPI, 18 janvier 2007, Ch. de 1ère inst., décision relative à la participation des victimes, Situation en République démocratique du Congo, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, aff. n° ICC-01/04-01/06, § 35.

généraux, par des instruments régionaux et universels. Ainsi, cette interdiction représente « a real intersection point » entre droits de l'Homme, droit international humanitaire et droit international pénal « despite the existence of significant differences among the definitions of the offence envisaged in the relevant instruments. [Therefore] it should be no surprise, then, that judicial or quasi-judicial bodies operating in these three areas of law look to one another in order to resolve interpretive issues about its scope and application »[1308]. L'ouverture des tribunaux pénaux internationaux et de la CPI à l'égard des sources émanant du droit international des droits de l'Homme a été qualifiée « as a chance to tame power […] by means of judicial comparative interactions [that could] become the necessary checks and balances at the international level »[1309]. Pourtant, si l'usage de sources externes par les juridictions internationales pénales a pu être envisagé comme un nouvel équilibre des pouvoirs, contribuant à un encadrement du pouvoir judiciaire, le dialogue engendre également un risque d'instrumentalisation lorsqu'il est perçu comme un facteur de fragmentation et de concurrence.

[1308] MACULAN, E., « Judicial Dialogue and the Definition of Torture: The importation of ICTs from European Jurisprudence, in Judicial dialogue on human rights », préc., p. 186.

[1309] BURCHARD, C., « Judicial Dialogue in Light of Comparative Criminal Law and Justice », in LOBBA, P., MARINIELLO, T. (dir.), *Judicial Dialogue on Human Rights. The Practice of International Criminal Tribunals*, Leiden, Brill, 2017, pp. 56 -70; spéc. pp. 67-68: « At least in theory, judicial comparative interactions can possibly become the necessary checks and balances at the international level, within and without. The 'within' aspect is what comparative criminal law and justice is traditionally about. When ICTs refer to HRCs, this helps them in critically reviewing their own jurisprudence. Jurisprudence, of course, is often self-referential and thus path-dependent, which can easily lead to blind-spots; this holds especially true in the context that I explore in this essay, ie icts weighing infringements upon the personal liberty of a possible criminal offender against the infringements upon human rights for which this very offender is supposedly responsible. Taking seriously what hrcs have to say in general on such weighing processes, and doing so without the strictures of own precedents and doctrines etc., thus becomes an act of self-control for icts. This becomes even more important as there are no other legal (leaving aside for now political and academic) mechanisms in place that put icts under external checks and balances. Appreciating external comparative insights may thus well serve as the next best governance tool: the internalisation of the external; or in other words: the simulation of external review by way of an internal review through an internalised external (comparative) lens. What is more, checks and balances are not only there to tame power, but also to organise its use more effectively and fairly. Drawing on comparative 'natural experiments' already run in other jurisdictions thus illustrates what paths are worthwhile to follow—and which are not, thus learning from foreign successes or failures ».

Section 2. Le risque d'instrumentalisation du dialogue comme facteur de fragmentation et de concurrence

425. Si le dialogue peut avoir un impact sur la cohérence et l'unité de l'interprétation des droits de la personne contribuant à une coordination entre les organes internationaux de protection, il peut également aboutir à des interprétations restrictives ou à des pratiques divergentes. Le risque d'instrumentalisation existe alors puisque le dialogue peut avoir un impact sur la création du droit et le contenu des règles. Dans la mesure où les organes jouissent d'une indépendance et d'une autorité dans leur propre système juridique, il est certain qu'intégrer des sources étrangères peut traduire la recherche d'un résultat particulier, qu'on cherche à orienter en ayant l'appui de ses homologues sur une question donnée. Néanmoins, la multiplication des juridictions internationales se traduit par l'émergence d'une concurrence qui découle de ce cadre pluriel, dans lequel chaque organe cherche à affirmer sa propre légitimité et à renforcer l'autorité de sa jurisprudence. Ainsi, la référence à des éléments extra-systémiques implique une incorporation dans le système d'origine de l'interprète auteur du dialogue, ce qui engendre un risque de dénaturation dans la mesure où cette incorporation aboutira à une hybridation entre deux systèmes juridiques distincts (§1). Par ailleurs, la perception de sources externes varie en fonction des cas d'espèce, du contexte ainsi que de chaque organe de protection qui disposera toujours d'une marge d'appréciation en l'absence d'un dialogue institutionnalisé et obligatoire. Dès lors, un principe de sélectivité joue dans l'usage des éléments extra-systémiques qui seront incorporés dans un nouveau système en fonction de la volonté de l'interprète (§2).

§ 1. Le risque de dénaturation des éléments extra-systémiques par la pratique du dialogue

426. L'usage des éléments externes dans l'exercice du pouvoir d'interprétation implique nécessairement une marge d'appréciation pour déterminer tout d'abord si la référence à ces sources est pertinente dans le contexte d'une affaire eu égard aux arguments des parties et aux faits de l'espèce, mais également en ce qui concerne la portée future de la solution à adopter. Ainsi, il est impossible d'incorporer des sources étrangères à un système juridique donné sans exercer déjà un pouvoir interprétatif, d'autant plus lorsqu'il n'existe pas de hiérarchie ou de subordination entre les organes internationaux de protection (A). Néanmoins, le phénomène d'incorporation des éléments extra-systémiques dans le domaine des droits de la personne témoigne de l'insuffisance des exigences du positivisme juridique et de la nécessaire

adaptabilité des méthodes d'interprétation dont il doit être fait usage en vue de prendre en considération les caractéristiques inhérentes à la protection de la dignité et de l'intégrité de la personne qui impliquent nécessairement un aspect évolutif en vue d'accroître leur effectivité. Dès lors, la pratique du dialogue entre des organes de protection qui ont à interpréter le sens et l'étendue de droits similaires s'avère être un rempart à l'inertie du droit et s'inscrit dans le processus d'harmonisation du droit international des droits de la personne (B).

A. L'incorporation et l'interprétation des éléments extra-systémiques

427. Chez Hegel, l'activité juridique se définit comme « une activité de l'entendement [qui] a pour but de traduire les données qualitatives des situations humaines dans l'univers quantitatif de la règle de droit, cette traduction [comportant] toujours une part d'arbitraire [étant donné que] l'imperfection est constitutive du droit puisqu'elle permet son application à la particularité concrète »[1310]. Dans le contexte de l'ordre juridique international, en dépit de la circulation des normes et des interprétations, les autorités en charge de l'application et de l'interprétation de ces normes demeurent indépendantes, chacune pouvant avoir un point de vue distinct tant sur les normes que sur les rapports de normes applicables. Mais précisément, la possibilité d'échanger des points de vue découle directement de leur multiplicité et de leur pluralité[1311]. S'il a été affirmé que dans l'espace juridique européen, la dispersion de l'autorité est censée se développer sur le fond de valeurs partagées[1312], dans l'espace juridique international visant à la protection des droits de la personne, la multiplicité des points de vue intervient également sur fond d'un socle commun de droits fondamentaux trans-systèmes.

428. Les limites à la convergence en ce qui concerne l'interprétation des droits de la personne et à l'égard de la prohibition de la torture, bien qu'absolue et connue de tous les systèmes juridiques internationaux de protection, découlent directement des difficultés à rendre les droits de l'Homme effectivement universels. La différence historique de contexte entre l'Amérique, l'Europe et l'Afrique se reflète dans la coexistence de trois systèmes régionaux de protection. En ce qui concerne le système universel, celui-ci est tout, sauf homogène, en dépit des liens et continuité en ce qui concerne les éléments textuels des instruments de protection dont sont en charges les organes des traités, en raison de la grande

[1310] DUBOUCHET, P., *Philosophie et doctrine du droit chez Kant, Fichte et Hegel*, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 115.
[1311] AZOULAI, L., « Intégration juridique et légitimité », in FONTAINE, L. (dir.), *Droit et légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 327.
[1312] Ibid.

hétérogénéité juridique qui subsiste entre les États. À cette pluralité de système de protection qui soulève des défis en termes de coordination et de coopération eu égard l'indépendance affirmée de chaque interprète investi d'un pouvoir d'appréciation, s'ajoutent les problèmes liés à l'accessibilité et à la connaissance du droit étranger, en vue de pouvoir identifier les meilleures pratiques qui serait aussi celles susceptibles d'être incorporées légitimement dans un système juridique distinct de leur contexte d'origine. En effet, le contexte d'origine est important dans la mesure où l'opération d'interprétation est nécessairement conditionnée par celui-ci, par les faits, par le droit applicable ainsi que par les spécificités qui s'imposent à l'interprète. L'appréciation discrétionnaire de ce dernier, pour pouvoir s'imposer et ne pas être défiée par les parties au procès ainsi que par les États Parties à l'instrument de protection interprété, devra s'effectuer dans les limites prescrites par le système d'appartenance, en fonction des circonstances, en fonction du contexte ainsi qu'en fonction de l'acquis juridique et des compétences dont est investi l'organe interprète. Dès lors, lorsqu'un organe de protection a recours de manière spontanée à des éléments étrangers pour interpréter une règle qui relève de son système, le phénomène de réappropriation du cadre extra-systémique est nécessaire pour la légitimation de cet usage qui intervient souvent en dehors de tout cadre conventionnel ou légal lorsque cette option n'a pas été prévue par le traité constitutif, a contrario des systèmes interaméricain et africain. La réappropriation est intégrée dans l'exercice du pouvoir d'interprétation puisque l'organe de protection tentera de justifier la prise en compte de sources étrangères pour l'interprétation d'une règle domestique. La justification découle, en matière de prohibition, de la torture en raison de son caractère absolu, son interdiction universelle, les similitudes textuelles ainsi que contextuelles face à des problèmes juridiques communs qui transcendent les frontières distinguant les systèmes de protection. Cette intégration des éléments extra-systémiques aboutit ainsi à une hybridation, raison pour laquelle le dialogue a déjà pu être identifié comme le phénomène des « références croisées » entre les juridictions[1313].

429. L'hybridation peut se définir comme l'opération de conciliation entre éléments juridiques intrinsèques propres à un système juridique donné et éléments extra-systémiques, conciliation qui entraîne une superposition entre ces éléments distincts au terme de l'opération d'interprétation en vue de déterminer le sens, la portée et l'étendue d'un droit protégé qui nécessite le dépassement du contexte d'origine de l'interprète. Cette compilation de règles de droit et de décisions judiciaires issues de la pluralité des systèmes internationaux de

[1313] V. HENNEBEL, L., « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de la personne », in *Le dialogue des juges*, préc.

protection dans le cadre d'une affaire donnée comporte, en elle-même, un risque de dénaturation des éléments « importés » puisque ces derniers seront intégrés à l'opération d'interprétation conduite par un organe qui est détaché de leur contexte d'origine. Néanmoins, le phénomène de dénaturation des éléments extra-systémiques est difficilement quantifiable et précisément identifiable dans la mesure où demeure une part d'aléatoire tenant à la subjectivité de l'interprète. À tout ceci s'ajoutent la part du langage et des versions linguistiques d'une décision donnée, le non-dit avec un impact implicite des éléments étrangers lorsqu'ils ne sont pas expressément mentionnés dans la décision et encore moins dans le dispositif, mais simplement suggérés par les parties au procès. Ainsi, un organe de protection pourrait tout à fait opérer un revirement de jurisprudence ou adopter une interprétation extensive en raison de l'attention portée à des éléments extra-systémiques suggérés par des tiers intervenants par exemple, tout en justifiant son raisonnement au regard des seules règles de son système juridique d'appartenance, sans mentionner l'influence des sources étrangères. Les juges faisant usage de décisions et instruments étrangers, détachés de la cohérence interne du système juridique duquel ils sont issus, ont pu être qualifiés de « juges pirates » en faisant du *cherry-picking*[1314], à savoir en sélectionnant les sources externes de s'intégrer dans leur raisonnement et de leur permettre d'aboutir au résultat juridique voulu, et en aboutissant ainsi à une instrumentalisation de ces sources considérées comme de simples « boîtes à idées » en omettant le contexte politique à l'origine des droits[1315]. Dès lors que le dialogue est une pratique spontanée, que l'usage de sources externes démontre une méthodologie inconsistante et variable, l'utilisation du droit comparé a été qualifiée de lacunaire, voire d'instrumentale, permettant ainsi au juge de faire du *cherry-picking* pour imposer ses opinions personnelles, alors même que les sources externes lui sont parfois suggérées par les parties à l'affaire ou les *amici curiae* afin d'orienter l'issue de la décision et en complexifiant excessivement le droit applicable au différend[1316].

430. Néanmoins, certains domaines liés à la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements sont complexes en eux-mêmes. L'appréciation du seuil de gravité pour qualifier un acte de torture ou de simple mauvais traitement, la notion d'État sûr dans le cadre d'expulsions ou renvois lorsqu'est soulevé un risque de torture ou de mauvais traitement ou encore l'évaluation de la crédibilité des assurances diplomatiques en cas d'extradition, sont

[1314] ALLARD, J., GARAPON, A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, op. cit., p. 79.
[1315] Ibid.
[1316] ALLARD, J., VAN DEN EYNDE, A., « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit. Arguments entre idéalisation et scepticisme », préc., pp. 301-304.

autant de domaines qui nécessitent une appréciation au cas par cas, en fonction du contexte et des circonstances de chaque affaire[1317]. Dans ce cadre, les interprètes d'un organe de protection donné seront peut-être inspirés par des litiges semblables, auront éventuellement déjà siégé dans plusieurs juridictions au cours d'une longue carrière, prêteront attention aux rapports annuels et thématiques des organes des Nations Unies et des ONG à l'égard de l'État mis en cause en l'espèce et auront une sensibilité pour des décisions émanant de leurs homologues à l'égard de ces mêmes problèmes juridiques. Néanmoins, cette part de l'implicite ne sera pas nécessairement mentionnée dans le cadre de la décision, la part d'influence de ces éléments extra-systèmiques étant, dès lors, difficilement mesurable. Interpréter renvoie à la détermination du sens et de la portée d'un droit, « tâche apparemment de technique juridique, conduite suivant un raisonnement juridique et composante importante de la fonction juridictionnelle [qui implique pourtant de] faire parler les normes qui sont muettes [ce qui renvoie à] l'idée de politique juridique »[1318]. La sélectivité du dialogue et la part de subjectivité inhérente à cette pratique spontanée n'est que le reflet de l'interprétation comme « la dimension humaine, le ressort humain du droit […] [puisqu'] il n'y a pas d'interprétation sans interprètes, et pas d'interprètes sans subjectivité […]. [Dès lors], elle est également une composante de [la] dimension politique [du droit], puisqu'elle relève d'une politique juridique volontairement suivie par les interprètes »[1319]. Ainsi, l'incorporation des éléments extra-systémiques pourra servir ainsi la cause de l'harmonisation jurisprudentielle ou des revirements de jurisprudence[1320], aboutir à des interprétations extensives ou restrictives[1321], en tout cas être un rempart à un droit figé.

431. En effet, au regard de la circulation des jurisprudences en droit international, il semblerait que les risques du phénomène de *cherry-picking* aient une portée théorique. En pratique, le recours aux éléments extrasystémiques dans la jurisprudence des organes internationaux a pour fonction principale d'harmoniser l'interprétation d'une notion, permettant ainsi d'éviter les conflits. Une comparaison de la jurisprudence de la Cour IADH et de la Cour EDH révèle, qu'au-delà de cette fonction d'harmonisation, le recours aux sources externes avait un autre objectif. En effet, il était plutôt question de parvenir à l'interprétation la plus favorable à la protection des droits de l'Homme[1322], tout

[1317] V. Supra, Partie I. Titre II. Chapitre 2. Section 1.
[1318] SUR, S., La créativité du droit international. Cours général de droit international public, préc., pp. 287-288.
[1319] Ibid., p. 288.
[1320] V. Supra, Partie I. Titre I. Chapitre 1.
[1321] V. Supra, Partie I. Titre I. Chapitre 2.
[1322] LECIS COCCO URTU, A.-M., Les référents jurisprudentiels extrasystémiques dans la jurisprudence de la CEDH et de la CIDH : le recours aux « précédents » d'autres organes internationaux au service d'un *corpus juris*

particulièrement dans la qualification des actes de torture, d'esclavage ou de disparitions forcées[1323], cette approche montrant ainsi la pertinence de l'interprétation évolutive comme limite à l'inertie du droit.

B. La pratique du dialogue comme rempart contre l'inertie du droit

432. Le langage dans le domaine du droit est parfois intentionnellement vague puisque « legal language […] favours expressions that are sufficiently flexible in meaning that they can be interpreted in new and unforeseen situations, as the social facts with which law has to deal with vary »[1324]. Dès lors, le risque d'instrumentalisation du dialogue découle des circonstances de fait comme le langage, les caractéristiques juridiques et le contexte propre à chaque affaire. Les méthodes d'interprétation codifiées par la CVDT sont elles-mêmes susceptibles de faire l'objet d'une interprétation, notamment en ce qui concerne le sens clair ou obscur d'un texte, les règles pertinentes applicables dans les relations entre les parties ou encore l'objet et le but d'un traité donné puisqu'en dépit des travaux préparatoires et autres documents connexes, une marge d'appréciation est toujours laissée à l'interprète[1325]. *A contrario*, le droit américain révèle une controverse autours des mérites relatifs de l'approche textuelle. Un de ses plus grands défenseurs était le juge Antonio Scalia pour lequel « the text is the law, and it is the text that must be observed » signifiant que « the first rule of interpretation must be, as with a literal approach more generally, fidelity to the ordinary meaning : judges should not speculate about what lawmakers intended to say or achieve in enacting a legal text »[1326]. Cette approche est radicalement opposée et ne peut être adaptée au domaine du droit international, domaine dans lequel de nombreuses formulations sont sujettes à des interprétations diverses comme les termes de torture, mauvais traitements, intégrité et dignité de la personne humaine ou encore délai raisonnable, parmi beaucoup d'autres.

---

des droits de l'homme?, in *Revue du droit public*, vol. n° 2, pp. 299-318. ; V. égal. CANÇADO, TRINDADE, A. A., Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, in *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 16, 2004, p. 177.

[1323] Cour IADH, arrêt, *Case of Caesar v. Trinidad and Tobago* (merits, reparations and costs), March 11, 2005, Series C, n° 123; *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, §§ 273-274, CEDH 2010 (extraits); Cour IADH, arrêt, *Caso Trabajadores De La Hacienda Brasil Verde c. Brasil* (preliminary objections, merits, reparations and costs), October 20, 2016, Series C, n° 318: Cour IADH, arrêt, *Case of Anzualdo Castro v. Peru* (preliminary objections, merits, reparations and costs), September 22, 2009, Series C, n° 202.

[1324] DURANT, A., H.C. LEUNG, J., *Language and Law*, New York, Routledge, 2016, p. 63.

[1325] V. ALLAND, D., L'interprétation en droit international public, préc., pp. 220-222: sur les risques d'instrumentalisation des méthodes d'interprétation.

[1326] DURANT, A., H.C. LEUNG, J., *Language and Law*, op. cit., p. 84.

433. Par ailleurs, « [t]ensions over the meaning to be given to such terms are exacerbated not only by differences between national legal systems, but by differences between the languages in which international law is expressed, since complex meanings are carried across but shaded differently in different languages. Such tensions, it appears, present new interpretive difficulties with important global ramifications »[1327]. La superposition de systèmes juridiques indépendants, protégeant des droits semblables dans des contextes distincts, nécessairement influencés par les subjectivités des interprètes et la part indéniable des circonstances, engendre une tension constante entre interprétations communes et interprétations différenciées qui, en pratique, semble atténuée par la pratique spontanée du dialogue et l'intérêt mutuel que se portent les organes de protection.

434. Néanmoins, aux barrières du langage, des cultures et du contexte s'ajoutent les problèmes d'accessibilité et de connaissance du droit étranger afin de pouvoir faire intégrer dans les décisions interprétées à l'aide de sources externes, une jurisprudence actualisée et d'actualité, incontournable en matière de droits humains. Cette éventualité peut justifier la prépondérance des décisions de certains organes au détriment des autres, dans la mesure où chaque système juridique de protection devrait disposer de juristes pratiquant le plus grand nombre de langues possibles pour pallier à cette difficulté, *a fortiori* lorsqu'il s'agit de s'intéresser également à la jurisprudence des juridictions nationales. Les questions de droit international général réglées par la CIJ dans le cadre des différends interétatiques sont très largement diffusées. Lorsqu'elle se penche sur des questions relatives aux droits de la personne, elle devient un référent incontournable pour apporter des éclaircissements sur des lacunes ou les problèmes juridiques irrésolus auxquels font face les autres organes internationaux de protection. Ainsi, pour sortir de l'impasse en ce qui concerne la validité de l'immunité du chef d'État en exercice Omar Al-Bashir devant la CPI alors même que la situation du Darfour a été déférée à la Cour en vertu d'une résolution du Conseil de sécurité agissant dans le cadre du Chapitre VII de la Charte[1328], il a été suggéré de soumettre une demande d'avis consultatif à la CIJ par l'intermédiaire de l'Assemblée générale. Pour le moment, cette suggestion n'a pas encore abouti[1329].

[1327] Ibid.

[1328] V. supra, Partie I. Titre I. Chapitre 2.

[1329] V. sur cette question, parmi d'autres : AKANDE, D., The Legal Nature of the Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, pp. 333-352 ; GAETA, P., Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, pp. 315-332 ; TLADI, D., The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities and Article 98, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, p. 199.

435. Il est également possible de mentionner le système interaméricain dans le cadre duquel il existe un véritable régime de responsabilité aggravée de l'État en cas de violations massives des droits de personne. En effet, Dans l'affaire *Barrios Altos c. Pérou*, la Cour interaméricaine a déclaré l'incompatibilité des lois d'amnistie avec la Convention américaine en considérant comme,

> « [I]nadmissibles les dispositions d'amnistie, les dispositions de prescription et l'établissement de dispositions visant l'exclusion de responsabilité ayant pour objet d'empêcher l'enquête et la sanction des responsables des violations graves des droits de l'Homme telles que la torture, les exécutions sommaires, extrajudiciaires ou arbitraires ainsi que les disparitions forcées, qui sont toutes interdites car elles contreviennent des droits indérogeables reconnus par le droit international des droits humains »[1330].

436. La Cour en conclut ainsi que :

> « [E]n raison de l'incompatibilité manifeste existant entre les lois d'autoamnistie et la Convention américaine relative aux droits de l'Homme, ces lois n'ont aucun effet juridique et ne sauraient demeurer un obstacle aux investigations des faits de cette affaire, à l'identification et à la sanction des responsables, pas plus qu'elles ne sauraient avoir des incidences égales ou similaires, sur d'autres affaires de violations aux droits consacrés dans la Convention américaine et qui auraient eu lieu au Pérou »[1331].

437. Dans le cadre de l'affaire *Goiburú c. Paraguay*, dont l'objet était d'établir la responsabilité internationale de l'État, la Cour interaméricaine soulignait que les actes de torture et les disparitions forcées des victimes alléguées, en contradiction avec l'interdiction indérogeable posée par droit international, ont été perpétrés « with the collaboration of authorities of other States of the continent and partial impunity remains owing to the failure to comply with the obligation to investigate these acts »[1332]. La Cour insiste sur la gravité de ces

---

[1330] CIADH, arrêt, *Affaire Barrios Altos c. Pérou* (fond), 14 mars 2001, série C, n°75, § 41. V. égal. § 43 : « La Cour juge nécessaire de souligner que, à la lumière des obligations générales consacrées aux articles 1.1 et 2 de la Convention américaine, les États parties ont le devoir de prendre des mesures, de quelque nature que ce soit, pour que personne ne soit privé de protection judiciaire et de l'exercice du droit à une voie de recours simple et efficace, conformément aux termes des articles 8 et 25 de la Convention. C'est pour cette raison que les États parties à la Convention qui adoptent des lois porteuses de cet effet, comme les lois d'autoamnistie, violent les articles 8 et 25 en relation avec les articles 1.1 et 2 de la Convention. Les lois d'autoamnistie impliquent, pour les victimes, un déni de justice et à la perpétuation de l'impunité ; elles sont donc manifestement incompatibles avec l'esprit et la lettre de la Convention américaine. Ce type de lois empêche toute identification des individus responsables de violations des droits de l'Homme, car elles entravent l'enquête, l'accès à la justice et elles empêchent les victimes et leurs familles de connaître la vérité et d'obtenir la réparation correspondante ».

[1331] Ibid., § 44.

[1332] Cour IADH, arrêt, *Affaire Goiburú c. Paraguay* (fond, réparations et dépens), 22 septembre 2006, série C, n° 153, § 93, v. égal. §§ 84-85, §§ 128-129, § 131, nous soulignons. Cette affaire était relative à l' « Opération Condor », une opération clandestine transnationale entre plusieurs États latino-américains (Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Paraguay et Uruguay) afin de commettre des assassinats à l'encontre des dissidents politiques et de conduire des missions anti-guérilla en vue de contrôler les éléments considérés comme « subversifs » pour les

violations de normes impératives du droit international, à savoir la prohibition de la torture et l'interdiction des disparitions forcées, en réaffirmant que :

> « [Those violations] are included among the conducts deemed to harm essential values and rights of the international community and entail the activation of national and international measures, instruments and mechanisms to ensure their effective prosecution and the sanction of the authors, so as to prevent them and avoid them remaining unpunished. Consequently, faced with the gravity of certain offenses, the norms of international customary and treaty-based law establish the obligation to prosecute those responsible. This acquires particular relevance in cases such as this, because the facts occurred in a context of the systematic violation of human rights – both offenses constituting crimes against humanity – and this gives rise to the States' obligation to ensure that such conduct is criminally prosecuted and the perpetrators punished »[1333].

La Cour ajoute que « having established the broad scope of the international obligations *erga omnes* against the impunity of grave human rights violations, the Court reiterates that, in the terms of Article 1(1) of the American Convention, the States are obliged to investigate human rights violations and prosecute and punish those responsible »[1334].

438. Enfin, dans l'affaire *Bueno Alves c. Argentine*, la Cour interaméricaine a constaté que :

> « […] International Human Rights Law strictly prohibits torture and cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment [and that] the absolute prohibition of torture, both physical and psychological, is currently part of the domain of the international *jus cogens*, [this] prohibition remain[ing] valid even under the most difficult circumstances, such as war, threat of war, the fight against terrorism and other crimes, state of siege, or a state of emergency, civil commotion or domestic conflict, suspension of constitutional guarantees, domestic political instability or other public emergencies or catastrophes »[1335].

439. À cet égard, la Cour s'appuie sur sa propre jurisprudence mais renvoie également à des instruments universels et régionaux ainsi qu'au droit international humanitaire afin de conclure que cette interdiction est réaffirmée à de nombreuses reprises[1336]. En ce qui concerne

---

dictatures militaires. Ainsi, la Cour rappelle au § 93 que « The gravity of the facts cannot be separated from the context in which they occurred and it is this Court's duty to emphasize this, for the purpose of preserving the historical memory and the imperative need to ensure that such facts are never repeated ».

[1333] Ibid., § 128.

[1334] Ibid., § 129, nous soulignons.

[1335] Cour IADH, arrêt, *Affaire Bueno Alves c. Argentine* (fond, réparations et dépens), 11 mai 2007, série C, n° 164, § 76. À ce propos, la Cour renvoie à plusieurs de ses affaires notamment : Cf. Cour IADH, arrêt, *Affaire de la Prison Miguel Castro-Castro* c. Pérou (fond, réparations et dépens), 25 novembre 2006, série C, n°160, § 271; Cour IADH, arrêt, *Affaire Baldeón-García c. Pérou* (fond, réparations et dépens), 6 avril 2006, série C, n° 147, § 117 ; Cour IADH, arrêt, *Affaire García-Asto et Ramírez-Rojas* (exception préliminaire, fond, réparations et dépens), 25 novembre 2005, série C, n° 137, § 222.

[1336] Cour IADH, arrêt, *Affaire Bueno Alves c. Argentine* (fond, réparations et dépens), 11 mai 2007, série C, n° 164, § 77. Dans le cadre universel, la Cour fait référence à l'article 7 du PIDCP ; l'article 2 de la CATNU ;

la définition de la torture au regard de l'article 5, 2), de la Convention américaine, la Cour considère qu'elle doit prendre en considération tant l'article 2 de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture [1337] que les différentes définitions données par plusieurs des autres instruments mentionnés. Elle rappelle ainsi que:

> « [T]his is particularly important for the Court as, in accordance with its case law,''the interpretation of a treaty must take into account not only the agreements and instruments related to the treaty (paragraph 2 of Article 31 of the Vienna Convention), but also the system of which it is part (paragraph 3 of Article 31 of said Convention)'' [1338] . [Indeed], this concept is particularly relevant for International Human Rights Law, which has shown substantial progress through the evolution in the interpretation of international protection instruments »[1339].

440. Dans ces affaires, la Cour interaméricaine n'avait pas hésité à affirmer qu'en cas de telles violations, l'État avait l'obligation de mettre en œuvre tous les moyens juridiques possibles, tant au niveau pénal qu'au niveau civil, en vue d'accorder une indemnisation juste et équitable aux victimes. Si cette jurisprudence venait à être utilisée de manière répétée par les autres organes internationaux, il est possible de s'interroger si elle serait susceptible d'acquérir une portée juridique renforcée en allant au-delà du cadre strictement interaméricain. En même temps, des réponses seraient attendues à la crainte d'un

---

l'article 37 de la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant et l'article 10 de la Convention pour la protection des travailleurs migrants et les membres de leurs familles. En ce qui concerne les instruments régionaux, la Cour renvoie à l'article 2 de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture ; l'article 5 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples ; l'article 16 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant ; l'article 4 de la La Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme ; et enfin, l'article 3 de la Convention européenne. V. égal. notes 40 et 41 de la décision pour les instruments cités relatifs au droit international humanitaire.

[1337] Cet article est ainsi libellé : « Aux effets de la présente Convention, on entend par torture tout acte par lequel sont infligées intentionnellement à une personne des peines ou souffrances, physiques ou mentales, aux fins d'enquêtes au criminel ou à toute autre fin, à titre de moyen d'intimidation, de châtiment personnel, de mesure préventive ou de peine. On entend également par torture l'application à toute personne de méthodes visant à annuler la personnalité de la victime ou à diminuer sa capacité physique ou mentale même si ces méthodes et procédés ne causent aucune douleur physique ou angoisse psychique ».

[1338] La Cour rappelle sa jurisprudence constante à l'égard de l'interprétation par « intégration systémique » : v. notam. Cour IADH, arrêt, *Case of Ituango Massacres v. Colombia* (preliminary objection, merits, reparations and costs), July 1, 2006, Series C, n° 148, § 156 ; Cour IADH, arrêt, *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay* (merits, reparations and costs), June 17, 2005, Series C, n° 125, § 126 ; Cour IADH, arrêt, *Affaire Tibi c. Équateur* (exception préliminaire, fond, réparations et dépens), 7 septembre 2004, série C, n° 114, § 144.

[1339] Cour IADH, arrêt, *Affaire Bueno Alves c. Argentine* (fond, réparations et dépens), 11 mai 2007, série C, n° 164, § 78. V. Cour IADH, arrêt, *Affaire Tibi c. Équateur* (exception préliminaire, fond, réparations et dépens), 7 septembre 2004, série C, n° 114, § 144; Cour IADH, arrêt, *Affaire des Frères Gòmez Paquiyauri c. Pérou* (fond, réparations et dépens), 8 juillet 2004, série C, n° 110, § 165 ; Cour IADH, arrêt, *Villagràn Morales et autres c. Guatemala* (Affaire des « Enfants de la rue »), 19 novembre 1999, série C, n° 63, §§ 192-193. Au § 79, la Cour conclut que les éléments constitutifs de la torture, au regard des instruments précités sont : un acte intentionnel ; qui cause des souffrances physiques ou mentales qui peuvent être qualifiées de sévères ; commis avec une intention ou un but précis.

gouvernement de juges « montant en puissance »[1340] en faisant usage des sources externes dans le cadre d'un système spécifique de protection et en se référant à des sources spécifiques au niveau global, à l'égard de litiges distincts. Il s'agirait de déterminer le sens et la portée d'instruments de protection indépendants tout en exerçant un pouvoir autonome d'interprétation pouvant aboutir à convergence normative qui pourrait être qualifiée d'évolutive. Il serait possible de légitimer de telles interprétations globales et extensives à l'aune de « l'auditoire universel », de la recherche d'une justice transcendant les frontières, en vue de réaliser l'idéal de protection de la communauté internationale des États dans leur ensemble, en garantissant un socle commun de protection de la dignité et de l'intégrité de la personne humaine. Les jurisprudences audacieuses se positionnant en rupture par rapport au droit positif en opérant un revirement, s'imposent comme précédents si, et seulement si, ce ne sont pas des jurisprudences isolées mais plutôt des solutions qui bénéficient d'un certain rayonnement en raison de leur aptitude à régir des situations juridiques diverses qui présentent des similitudes. Précisément, la consolidation de ces précédents est facilitée à travers leur circulation entre organes de protection indépendants, en dehors de toute règle du précédent obligatoire et en l'absence essentielle du principe hiérarchique. Cette facilitation découle d'un usage spontané mais répétitif dans des contextes distincts mais unis dans leur identité dans la mesure où les systèmes juridiques de protection ont pour but la protection d'intérêts quasi-identiques, en particulier lorsqu'il est question d'une interdiction absolue, transversale et qui aspire intrinsèquement à l'universalité. Il peut être cité l'exemple de la portée obligatoire des mesures provisoires qui s'est étendue à l'ensemble de l'ordre juridique international par la persistance d'un précédent innovant à l'égard de leur nature, adopté progressivement par tous les organes internationaux. Si la vision juridique de la CIJ bénéficie d'une autorité morale, celle-ci pourrait-elle de manière isolée opérer un revirement de jurisprudence alors même qu'elle se situerait en rupture avec la position majoritaire à l'égard d'une question donnée comme celle relative aux immunités en conflit avec une norme impérative ? En ce qui concerne les immunités, si l'impulsion venait de l'organe judiciaire principal des Nations Unies en laissant d'abord la question ouverte en estimant qu'il serait possible, voire nécessaire selon la gravité des circonstances, d'accorder ne serait-ce qu'une satisfaction équitable lorsque la prohibition de la torture a été transgressée, en dépit de l'immunité de l'État, cette interprétation pourrait-elle s'imposer ? Plus précisément, si tous les organes de

[1340] DELMAS-MARTY, M., « Mondialisation et montée en puissance des juges », in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 95-114.

protection allaient simultanément dans le sens d'un revirement de jurisprudence quant à l'immunité, tant en ce qui concerne les personnes agissant en qualité officielle de l'État qu'en ce qui concerne les actions civiles en réparation pour la violation de l'interdiction de la torture visant à faire tomber l'immunité civile de l'État ; en adoptant une interprétation convergente, inédite, audacieuse et en rupture avec l'ordre établi, pourraient-ils jouer le rôle de rempart de la primauté traditionnelle de l'immunité et s'ériger en un pouvoir judiciaire international ?

§ 2. Le phénomène du cherry-picking, une réalité dans la pratique du dialogue

441. La caractéristique essentielle du dialogue judiciaire entre les différents organes de protection des droits de la personne est d'être une pratique spontanée, non contraignante. La pluralité des instruments de protection et la coexistence de droits interprétés par des organes indépendants confèrent toute la richesse à cette pratique, mais également sa part d'imprévisibilité et de sélectivité. En effet, le dialogue en étant spontané, est imprévisible puisqu'il implique un aspect nécessairement subjectif qui est inhérent à la fonction de juger dans la mesure où l'interprète exercera son pouvoir d'appréciation du sens et de la portée d'un droit en fonction de sa sensibilité, de sa culture juridique, de son degré d'ouverture variable, dans le cadre bien souvent de la collégialité qui suppose la concertation. La subjectivité implique des intérêts et affinités variés et ainsi, la recherche de sources externes qui puissent s'intégrer dans le contexte particulier d'une affaire, en fonction du résultat auquel souhaite parvenir l'organe de protection. Bien que l'impartialité et l'indépendance soient des caractères inhérents à tout pouvoir juridictionnel, le phénomène du *cherry-picking* fait référence à un dialogue sélectif, l'incorporation de sources externes étant au service du juge et non l'inverse. Le droit international des droits de la personne, tout en s'affirmant universel, est subdivisé en une multitude de régimes de protection et de domaines variés du droit. Ce droit englobe le droit international des droits de l'Homme *stricto sensu*, le droit international humanitaire ainsi que le droit international pénal. Dès lors, le désordre semble inhérent à un droit multiple dans la mesure où le contexte est propice à une superposition de normes semblables, à des questionnements juridiques communs et éventuellement à l'aboutissement de solutions identiques ou différentes entre les organes de protection (A). Par ailleurs, si la pratique du dialogue est spontanée, il en découle qu'elle peut être à géométrie variable, au profit de telle juridiction plutôt que d'une autre, avec la prééminence certaine de la CIJ en raison de son statut dans l'ordre juridique international, mais aussi à géométrie variable en raison de

l'approche à l'égard de l'utilisation des sources externes qui peut être asymétrique au fil de son évolution (B).

A. Le désordre inhérent à un droit multiple

442. Il a été souligné que « loin de proposer l'émergence d'un État mondial, le droit global est pensé comme un processus dynamique dans lequel les acteurs, membres d'une communauté mondiale, se partagent un Pouvoir morcelé au gré des interactions qu'ils nouent. Le Pouvoir devient une donnée variable, alors qu'il était, dans la conception de l'État souverain, déterminé »[1341]. Les interactions entre membres d'une communauté donnée contribuent ainsi au phénomène d'autorégulation ; c'est en cela que le pouvoir devient une donnée variable, s'inscrivant dans un processus dynamique aléatoire dans la mesure où il fait intervenir des acteurs qui agissent de façon indéterminée, et donc imprévisible. Dans les systèmes de *common law*, le processus de prise de décision judiciaire est restreint par les propositions de loi pertinentes développées dans les décisions antérieures et qui peuvent être identifiées comme le *ratio decidendi*. Ce dernier crée un précédent pouvant être obligatoire dépendamment de la position relative dans la hiérarchie judiciaire du tribunal établissant le précédent et celui qui est amené à en faire un usage ultérieur. Ainsi, les règles détaillées guident l'application future des précédents ainsi définis, le processus global étant équivalent à une interprétation cumulative au fur et à mesure que les tribunaux rendent des décisions en fonction de celles rendues antérieurement : il s'agit de la doctrine de la *stare decisis* dans laquelle dans des circonstances spécifiques, les tribunaux sont tenus de suivre les décisions rendues par leurs prédécesseurs[1342]. La prise en considération des inférences contextuelles est primordiale afin de déterminer la signification pertinente d'une règle. Dans les systèmes de *common law*, peuvent ainsi être pris en compte des éléments intrinsèques à la règle comme des dispositions similaires dans le même texte, le préambule ou le titre par exemple; mais également des éléments extrinsèques tels que des notes explicatives, une législation plus récente, des dispositions pertinentes d'autres domaines du droit, des principes généraux de la

[1341] HENNEBEL, L., « Les droits de l'Homme dans les théories du droit global », préc., p. 148.
[1342] DURANT, A., H.C. LEUNG, J., *Language and Law*, New York, Routledge, 2016, p. 82, notre traduction: « The process of judicial decision-making is constrained, however, by relevant propositions of law (what is called the ratio decidendi) developed in earlier decisions. The ratio creates a precedent that may be binding, depending on the relative position in the court hierarchy of the court establishing the rule and the subsequent court contemplating its use. Detailed rules guide the application of precedent cases; but the process overall amounts to a kind of cumulative interprÉtation as courts build on decisions made by earlier courts. This is known as the doctrine of the stare decisis: in specified circumstances, later courts are required to stand by decisions made by earlier ones ».

common law, des traités internationaux et sous certaines circonstances, des considérations politiques ; et enfin des présomptions interprétatives prenant la forme de canons ou maximes[1343]. Ainsi, si on envisage le droit comme une « interpretive social institution », dans les systèmes de *common law*, « the dynamics of precedent [aims to determine] how words, concepts and rules based on them evolve over time in difficult areas of law »[1344]. En raisonnant par analogie, le domaine du droit international des droits de la personne traduit une pratique semblable à travers l'incorporation d'éléments extra-systémiques en vue d'interpréter les éléments intrinsèques d'un système juridique afin de prendre en considération tant l'objet et le but des dispositions interprétées, évolutives en raison du changement perpétuel du cadre juridique, socio-économique et culturel. À l'égard de la fonction juridictionnelle dans l'ordre international, il a été affirmé dans les années quatre-vingt, alors que les systèmes internationaux de protection des droits de la personne n'étaient qu'à leur phase d'émergence et que la justice internationale pénale était seulement incarnée par les procès historiques de Nuremberg, que :

> « Il n'existe à ce jour aucune organisation véritable de la fonction de juger dans l'ordre juridique international. Pareille fonction s'exprime pour l'essentiel dans des manifestations éparpillées et sporadiques, qui reposent toutes, en leur principe, sur des techniques arbitrales. Virtuellement, il y a à ce titre autant de juges qu'il y a d'États intéressés à en vouloir et de matières où ces États entendent s'en remettre à un juge. Cela conduit à une manière de pointillisme juridictionnel où la désintégration ne répond à aucun plan ordonnateur »[1345].

443. Cette affirmation n'est plus tout à fait vraie aujourd'hui à l'égard de la fonction juridictionnelle internationale. François Ost a identifié trois principales catégories du droit : le droit jupitérien, le modèle herculéen et enfin, le droit en réseau. Le droit jupitérien est fondé sur le modèle de la pyramide ou du code, ce droit prenant la forme de la loi ou des constitutions modernes, s'exprimant à l'impératif, revêtant de préférence la nature de l'interdit, « de ce foyer suprême de juridicité [émanant] tout le reste du droit, en forme de décisions singulières »[1346]. Le modèle herculéen du droit prend figure de révolution puisqu'il fait de l'Homme, incarné dans le juge, la source du seul droit valide. En faisant un parallèle avec le réalisme américain ou la *sociological jurisprudence*, ce modèle reflète le système de

[1343] Ibid., pp. 82-83 ; p. 83 à propos des « interpretive presumptions », il est souligné que « courts also rely in interpreting on general presumptions, some of which related directly to language and some to the conceptual nature of legal rules ».
[1344] Ibid., pp. 83-84.
[1345] VERHOEVEN, J., « À propos de la fonction de juger en droit international public », in GERARD, P., OST, F., VAN DE KERCHOVE, M. (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 447.
[1346] OST, F., *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 34.

l'entonnoir, de la pyramide renversée ou du dossier. Ronald Dworkin a été celui qui a valorisé à l'extrême la figure du juge moderne en estimant qu'il n'est de droit que celui jurisprudentiel et que la décision fait autorité et non la loi, le dossier se substituant ainsi au code et le concret de chaque affaire s'imposant face à la généralité et l'abstraction de la loi[1347]. Pour Dworkin, le juge est un être rationnel « prenant les droits fondamentaux au sérieux », maîtrisant l' « empire du droit », s'attachant selon « une question de principe » à trouver la réponse adéquate aux « cas difficiles » conformément aux impératifs du « roman à la chaîne », sa religion étant « l'unité du droit qu'il se fait un devoir de conforter dans chacun de ses jugements : unité au double sens de cohérence narrative, la meilleure se dégageant de l'état passé et présent du droit ; et de hiérarchie la plus satisfaisante des principes de morale politique partagés par la communauté à chaque moment de son histoire »[1348]. Néanmoins, pour François Ost, l'actualité juridique se caractérise par une combinaison de ces deux modèles incarnant deux rationalités juridiques distinctes et qu'il nomme Hermès ou le droit en réseau : le médiateur universel, grand communicateur dont la loi est la circulation des discours qui font toujours l'objet d'un arbitrage toujours recommencé[1349]. Ainsi, le droit en réseau incarne « non plus un pôle, ni deux, ni même la superposition des deux, mais une multitude de points en interrelation, [u]n champ juridique qui s'analyse comme une combinatoire infinie de pouvoirs, tantôt séparés, tantôt confondus, souvent interchangeables ; une démultiplication des acteurs, une diversification des rôles, une inversion des répliques »[1350]. Une telle conception paraît la plus appropriée dans le domaine de la protection des droits de la personne, domaine multipolaire et multidimensionnel où une multitude de systèmes juridiques indépendants coexistent et se superposent puisque leurs interactions sont inévitables, bien qu'imprévisibles, ces rapports étant accentués par le dialogue spontané matérialisé dans les décisions de justice. L'auteur ajoute qu' « une telle circulation d'informations et de significations ne se laisse plus contenir dans un code ou un dossier, elle s'exprime sous la forme d'une banque de données […] [qualifiant le] droit postmoderne, ou droit d'Hermès, [comme] un ordre en réseau qui se traduit par une infinité d'informations à la fois instantanément disponibles et en même temps difficilement maîtrisables, comme peut l'être une banque de données »[1351]. Eu égard la multitude des systèmes de protection qui prohibent la pratique de la torture et autres formes de mauvais traitements, l'image de la

[1347] Ibid.
[1348] Ibid., p. 45.
[1349] Ibid., pp. 35-36.
[1350] Ibid., p. 36.
[1351] Ibid.

« banque de données » est particulièrement pertinente puisque tant les décisions de justice que les instruments de protection fournissent une quantité incommensurable d'informations relatives aux droits de la personne, susceptibles d'être incorporées dans un grand nombre d'affaires dans le cadre de systèmes juridiques étrangers à leur cadre d'origine, en tant que sources d'inspiration pouvant guider le pouvoir d'interprétation. Dès lors, en privilégiant la théorie d'un droit multiple, cela démontre que « l'ordre juridique se nourrit du désordre périphérique ou même interne [à lui-même], et reproduit à son tour du désordre […] une théorie du droit comme circulation du sens [visant à montrer que] la circulation du sens juridique opère dans l'espace public et nul ne pourrait, sans violence ou illusion, prétendre à l'accaparer »[1352].

444. Dans l'ordre juridique international, en l'absence de la règle de la *stare decisis* et du principe hiérarchique d'organisation entre les juridictions, la « circulation du sens » des solutions juridiques données à des problèmes communs, se manifeste par la référence croissante à des sources externes dans l'interprétation des droits de la personne. En effet, débordant les limites de l'autorité de la chose jugée, « [l]'acte juridictionnel devient source d'une norme générale […] occupant, dans les faits, une place prééminente dans la hiérarchie des normes, même si les actes individuels à partir desquels elle s'élabore sont, en droit, considérés comme subordonnés et qu'aucune norme de compétence supérieure n'a pour objet de l'ériger en norme juridique »[1353]. Il peut être souligné que :

> « [L]'interprétation […] [est à] distinguer [de] la motivation de la décision par laquelle le juge argumente en faveur du sens qu'il a retenu [dans la mesure où] le juge n'est donc jamais en mesure de prouver l'exactitude du choix qu'il a opéré, à la manière dont on conclut une démonstration de géométrie par exemple [car] la démarche interprétative relève moins d'une logique formelle et contraignante que d'une raison probabiliste et d'une logique de l'argumentation »[1354].

445. Alors même que « la fonction créatrice du juge tend toujours à s'abriter derrière des références textuelles »[1355], selon Paul Ricoeur, « l'interprétation s'apparente à un 'pari sur le sens', de sorte que la motivation prend la forme d'une argumentation en vue de valider le pari qui est fait pour un type donné d'intelligibilité », alors qu'à propos de la justification de l'interprétation en général, il affirme que « la validation, en ce sens, relève d'une discipline

---

[1352] Ibid., p. 46.

[1353] Ibid., p. 66. V. VAN DE KERCHOVE, M., Jurisprudence et rationalité juridique, in *Archives de philosophie du droit*, t. 30, 1985, pp. 207 et suiv. sur la reconnaissance comme source du droit des précédents dans les systèmes de common law et plus récemment, de celle de la jurisprudence dans les ordres juridiques de tradition romano-germanique.

[1354] OST, F., *Dire le droit, faire justice*, op. cit., p. 85 ; v. PERELMAN, C., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1978, 184 p.

[1355] Ibid., p. 85.

argumentative voisine des procédures juridiques de l'interprétation légale »[1356]. De manière succincte, l'interprétation peut se définir comme « l'ensemble des opérations intellectuelles nécessaires pour résoudre une question de droit à l'aide de textes juridiques faisant autorité » [1357]. Pierre Pescatore, ancien juge à la Cour de justice des Communautés européennes, considérait que :

> « Dans la pratique du droit […] on réunit sous le nom d'interprétation l'ensemble de procédés intellectuels qui servent à déterminer et à préciser, dans une situation donnée, le principe applicable. En ce sens, interpréter veut dire, bien sûr, élucider un texte obscur ; mais interpréter veut encore dire : spécifier un texte général […], rectifier les imperfections des textes et adapter ceux-ci aux exigences actuelles ; résoudre les contradictions, étendre les textes de manière à combler les lacunes. En un mot, l'interprétation englobe l'ensemble des opérations nécessaires pour rendre les règles de droit susceptibles d'application dans le concret »[1358].

446. Tant le dialogue que l'interprétation, sont multidimensionnels et ne peuvent être appréhendés en des termes catégoriques. Ainsi, la pratique interprétative d'un organe donné n'est jamais figée et évolue en même temps que les différends auxquels il faut répondre par une application cohérente du droit qui, de manière générale, est sensible aux impératifs de sécurité juridique et de prééminence du droit.

B. La pratique d'un dialogue à géométrie variable : l'exemple de la CIJ

447. Il est question d'aborder la pratique du dialogue comme pouvant être asymétrique, notamment en ce qui concerne l'approche de la CIJ à l'égard des sources du droit international. Au-delà du cloisonnement des principes régissant la responsabilité pénale individuelle et la responsabilité de l'État en droit international, la Cour semble avoir toujours dressé une frontière entre les règles applicables aux relations interétatiques et celles applicables aux individus, affirmant ainsi la primauté de la technique juridique sur la prise en compte de valeurs[1359]. C'est peut-être de cette manière qu'elle souhaite réaffirmer son statut d'organe politique de règlement des différends interétatiques et qu'elle refuse d'avoir un rôle incident dans l'expansion des règles protectrices de l'individu en adoptant un raisonnement *pro homine, pro victima*, à l'image de la Cour interaméricaine. Néanmoins, sa jurisprudence témoigne parfois d'un assouplissement timide de son raisonnement empreint de formalisme et

[1356] V. RICOEUR, P., La métaphore et le problème central de l'herméneutique, in *Revue philosophique de Louvain*, t. 70, 1973, p. 105, cité par OST, F., *Dire le droit, faire justice*, op. cit., pp. 85-86.
[1357] OST, F., *Dire le droit, faire justice*, op. cit., p. 86.
[1358] PESCATORE, P., *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, p. 326.
[1359] CORTEN, O., « Le positivisme juridique aujourd'hui : science ou science-fiction? », préc., p. 27.

de positivisme juridiques. En cela, si sa compétence n'est pas restreinte *ratione materiae*, celle-ci est régie par le principe de l'engagement juridictionnel toujours révocable et jamais définitif, limitée par le contexte politique intrinsèque aux différends interétatiques, malmenée par des profondes divisions idéologiques à l'échelle universelle bien moins homogène, par principe, que l'échelle régionale. Si les organes internationaux de protection des droits de la personne n'hésitent pas à prendre appui sur la jurisprudence de la Cour qui bénéficie d'une autorité historique, actuelle et certaine, tout du moins en ce qui concerne les questions du droit international général qui, implicitement, ont un impact sur les droits de la personne, l'asymétrie du dialogue se constate dans la pratique de la Cour. En effet, celle-ci ne s'inscrit pas un véritable dialogue des juges, puisque les organes de protection pratiquent plutôt un monologue à sens unique dans la mesure où elle demeure réticente à s'inspirer des bases conventionnelles et des acquis jurisprudentiels des systèmes régionaux à travers un raisonnement par induction[1360]. La CIJ a ainsi une préférence pour l'usage des sources à travers un raisonnement par déduction pour rechercher la source matérielle des droits fondamentaux en statuant plutôt sur des allégations de violations généralisées des droits de l'Homme que d'atteintes ponctuelles à un droit précis[1361].

448. Dans une requête déposée par la République démocratique du Congo à l'encontre du Rwanda en raison d'allégations de violations graves du droit international, tels que des actes d'agression et de violations massives des droits de la personne, il n'existait ni une déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour de la part du Rwanda, ni une clause compromissoire relevant d'un traité auquel l'État était Partie sans avoir émis de réserves. Dès lors, la CIJ avait estimé qu'elle n'avait pas compétence pour connaître du différend en rappelant :

> « [L]a distinction fondamentale entre la question de l'acceptation de la juridiction de la Cour par les États et la conformité de leurs actes au droit international [en vertu de laquelle] cette décision s'inscrit strictement dans le cadre de l'examen de la question préliminaire de savoir si elle a ou non compétence pour connaître de la requête [puisque] le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* ou des règles impératives du droit international général (*jus cogens*) seraient en cause dans un différend ne saurait constituer en soi une exception au principe selon lequel sa compétence repose toujours sur le consentement des parties »[1362].

[1360] FORTEAU, M., « La Cour internationale de Justice et les systèmes régionaux – Plaidoyer pour un pluralisme désordonné », in DUBOUT, É., TOUZÉ, S. (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 43-44.

[1361] Ibid.

[1362] *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 6, §§ 125-126.

449. Dans l'affaire *Diallo*[1363], dans laquelle il était question de l'exercice de la protection diplomatique de la République de Guinée à l'encontre de la République démocratique du Congo en raison de l'expulsion de l'un de ses ressortissants, Monsieur Diallo et qui aurait été soumis à de mauvais traitements durant une période de détention[1364], la Cour avait adopté une approche plus ouverte, suggérée par les arguments des parties. Son raisonnement est particulièrement intéressant en ce qui concerne la violation alléguée de l'article 13 du PIDCP et de l'article 12, § 4 de la Charte africaine[1365]. L'article 13 du Pacte dispose que :

> « [U]n étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie au présent Pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin ».

450. L'article 12, § 4 de la Charte africaine énonce quant à lui que « l'étranger légalement admis sur le territoire d'un État partie à la présente Charte ne pourra en être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi ». La CIJ interprète ces dispositions comme suit :

> « Il résulte des termes mêmes des deux dispositions précitées que l'expulsion d'un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie à ces instruments ne peut être compatible avec les obligations internationales de cet État qu'à la condition qu'elle soit prononcée conformément à « la loi », c'est-à-dire au droit national applicable en la matière. Le respect du droit interne conditionne ici, dans une certaine mesure, celui du droit international. Mais il est clair que, si la « conformité à la loi » ainsi définie est une condition nécessaire du respect des dispositions précitées, elle n'en est pas la condition suffisante. D'une part, il faut que la loi nationale applicable soit elle-même compatible avec les autres exigences du Pacte et de la Charte africaine; d'autre part, une expulsion ne doit pas revêtir un caractère arbitraire, la protection contre l'arbitraire étant au cœur des droits garantis par les normes internationales de protection des droits de l'Homme, notamment celles contenues dans les deux traités applicables en l'espèce »[1366].

451. La Cour souligne par ailleurs que son interprétation est « pleinement corroborée par la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme institué par le Pacte en vue de veiller au respect de cet instrument par les États parties », en citant à l'appui de cette affirmation une communication individuelle du Comité ainsi son observation générale relative à la situation

---

[1363] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639.
[1364] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, § 86.
[1365] Ibid., § 64.
[1366] Ibid., § 65.

des étrangers au regard du Pacte [1367]. Cette attitude marque un assouplissement du raisonnement juridique de la Cour particulièrement attaché aux exigences du positivisme juridique. Par ailleurs, si le Comité des droits de l'Homme, en tant qu'organe des traités des Nations Unies est une quasi-juridiction dont les communications individuelles sont dépourvues d'une portée juridique obligatoire, la CIJ lui accorde une importance particulière en affirmant que :

> « Le Comité des droits de l'Homme a, depuis sa création, développé une jurisprudence interprétative considérable, notamment à l'occasion des constatations auxquelles il procède en réponse aux communications individuelles qui peuvent lui être adressées à l'égard des États parties au premier Protocole facultatif, ainsi que dans le cadre de ses « Observations générales ». Bien que la Cour ne soit aucunement tenue, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, de conformer sa propre interprétation du Pacte à celle du Comité, elle estime devoir accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe indépendant, spécialement établi en vue de superviser l'application de ce traité. Il en va de la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international; il en va aussi de la sécurité juridique, qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les États tenus au respect des obligations conventionnelles »[1368].

452. Cette position est inédite et contribue à un accroissement de la légitimité du Comité dans la mesure où la CIJ n'hésite pas employer le terme de « jurisprudence » en ce qui concerne les communications individuelles, de la même manière que le fait la Cour européenne, tout en qualifiant l'activité du Comité comme ayant contribué au développement d'une « jurisprudence interprétative considérable ». Ainsi, si les décisions et observations générales du Comité sont dépourvues de force obligatoire et qu'elle « ne soit aucunement tenue de conformer sa propre interprétation du Pacte à celle du Comité », la Cour juge devoir « accorder une grande considération à l'interprétation adoptée par cet organe indépendant », en vue de garantir non seulement « la nécessaire clarté et l'indispensable cohérence du droit international », mais aussi la sécurité juridique qu'elle définit comme « un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les États tenus au respect des obligations conventionnelles ». Si le Comité avait affirmé dans son Observation générale n°33 que sa fonction n'était pas celle d'un organe judiciaire [1369], son raisonnement et les conclusions des communications individuelles donnent l'impression d'une portée juridique

[1367] Ibid., § 66. V. CDH, *Maroufidou c. Suède*, communication n°58/1979, 9 avril 1981, CCPR/C/12/D/58/1979, § 9.3; CDH, *Observation générale n° 15* - Situation des étrangers au regard du Pacte, 1986.
[1368] Ibid., § 66.
[1369] CDH, *Observation générale n°33* - Obligations des États en vertu du Protocole optionnel au PIDCP, CCPR/C/GC/33, (2009).

contraignante attachée à ses décisions[1370], d'autant plus lorsque ses positions sont prises en compte par la CIJ renforçant ainsi son autorité. Si cette attitude à l'égard du Comité semble se justifier en raison de la vocation universelle de ce dernier et leurs liens en tant qu'organes appartenant au système onusien, la CIJ va encore plus loin en intégrant dans son approche les systèmes régionaux de protection des droits de la personne. Elle estime qu'en l'espèce, l'interprétation retenue ci-dessus de l'article 12, § 4 de la Charte africaine « est conforme à la jurisprudence de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, instituée par l'article 30 de la Charte », en citant des communications de la Commission s'y référant[1371]. La CIJ affirme ainsi que lorsqu'elle est appelée « à faire application d'un instrument régional de protection des droits de l'Homme, elle doit tenir dûment compte de l'interprétation dudit instrument adopté par les organes indépendants qui ont été spécialement créés, si tel a été le cas, en vue de contrôler la bonne application du traité en cause »[1372]. La Cour se positionne par rapport à la pluralité des systèmes de protection considérant qu'en dépit de sa compétence générale et de sa vocation universelle, il découle des impératifs d'une bonne administration de la justice de prendre « dûment compte » de l'interprétation donnée des instruments, par des organes institués précisément à cet effet, que la Cour peut être amenée à interpréter, refusant ainsi une démarche isolationniste. Enfin, la Cour s'ouvre d'autant plus au dialogue en soulignant également que l'interprétation des dispositions du Pacte et de la Charte, opérée conformément à la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme et de la Commission africaine, est également cohérente par rapport aux interprétations de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine respectivement à l'égard de l'article 1er du Protocole n°7 à la Convention européenne et de l'article 22, § 6 de la Convention interaméricaine, dispositions que la Cour juge « proches, en substance, de celles du Pacte et de la Charte africaine que la Cour applique en la présente espèce »[1373]. En ce qui concerne les systèmes européen et interaméricain, la CIJ se contente de cette référence générale sans citer de décisions particulières à l'appui de son constat de cohérence entre les positions de ces différents organes à l'égard de ces dispositions similaires.

[1370] V. ULFSTEIN, G., « Towards an International Human Rights Judiciary? », in EBBESSON, J., JACOBSSON, M., KLAMBERG, M. A., LANGLET, D., WRANGE, P. (dir.), *International Law and Changing Perceptions of Security – Liber Amicorum Said Mahmoudi*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2014, pp. 296-306.

[1371] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, § 67. V. CommADHP, 26 mai 2010, *Kenneth Good c. République du Botswana*, n° 313/05, § 204; CommADHP, 31 octobre 1996, *Organisation mondiale contre la torture et Association internationale des juristes démocrates, Commission internationale des juristes, Union interafricaine des droits de l'Homme c. Rwanda*, n° 27/89, 46/91, 49/91, 99/93.

[1372] *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, § 67. Nous soulignons.

[1373] Ibid., § 68.

453. Un autre aspect intéressant de la décision de la Cour porte sur les mauvais traitements subis par Monsieur Diallo durant sa détention. En exerçant sa protection diplomatique, la Guinée invoquait à l'appui de son argument l'article 10, § 1 du PIDCP en vertu duquel « toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine »[1374]. Etaient jugés également pertinents l'article 7 du Pacte interdisant la torture et peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ainsi que l'article 5 de la Charte africaine au terme duquel « tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine »[1375]. La Cour n'a pas hésité à affirmer qu' « il est certain, en outre, que la prohibition des traitements inhumains ou dégradants fait partie des règles du droit international général que les États sont tenus de respecter en toute circonstance, et en dehors même de tout engagement conventionnel »[1376]. Néanmoins, en l'espèce, elle conclut que la violation de l'interdiction de soumettre une personne détenue à des mauvais traitements n'a pas été suffisamment démontrée de façon suffisamment convaincante par la Guinée au regard des conditions de détention de Monsieur Diallo[1377].

454. Ainsi, il semblerait que l'argumentation des parties ait permis à la Cour de devenir « juge du respect des instruments de protection des droits de l'Homme »[1378], et tout particulièrement la référence de la partie requérante à de telles dispositions conventionnelles en vue d'appuyer sa demande de constat de violations graves du droit international. L'arrêt *Diallo* fait partie des affaires témoignant du changement d'attitude de la CIJ à l'égard de l'usage de sources externes. Il a été affirmé qu'elle joue presque le rôle d'une Cour de cassation puisqu'elle promeut l'unité et l'uniformité dans l'interprétation du droit international en agissant « in the framework of a legal order characterized […] by an inorganic and decentralized production of rules and fragmented into a plurality of juridical sub-systems having particular aims or scope »[1379], comme les organes de protection des droits de la personne. Pour autant, la CIJ n'a pas toujours été réceptive à la jurisprudence d'autres organes internationaux alors même que l'objet du différend qui lui était soumis soulevait directement des questions de droit transversales. Par exemple, dans l'affaire du *Mandat*

[1374] Ibid., § 87.
[1375] Ibid.
[1376] Ibid..
[1377] Ibid., §§ 88-89.
[1378] EL BOUDOUHI, S., *L'arrêt Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo). La CIJ est-elle devenue une juridiction de protection des droits de l'Homme?*, in Annuaire français de droit international, vol. 56, 2010, p. 280.
[1379] AGNELLO, F., « The dialogue between the International Court of Justice and specialized judicial and quasi-judicial bodies in matters relating to the protection of human rights », in ARCARI, M., BALMOND, L. (dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, op. cit., pp. 30-31.

d'arrêt, la référence a été « of an absolute generic character and with no constructive potential to the inexistence of case law by different specialized tribunals »[1380]. En effet, la Cour a vaguement mentionné, sans les citer expressément, les décisions des Tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo ainsi que celles des tribunaux pénaux internationaux en soulignant que ces décisions étaient relatives à la question de l'immunité d'un Ministre des affaires étrangères en exercice devant les Cours nationales et qu'elles ne rentraient pas en contradiction avec la solution de l'affaire[1381]. Dans son avis consultatif sur la *Légalité de l'emploi ou de la menace d'armes nucléaires*, en ce qui concerne la compatibilité du droit à la vie avec l'usage de tels armes, protégé notamment par l'article 6 du PICDP dans le cadre universel, la Cour avait choisi de tout simplement ignorer la position du CDH à l'égard de cette même question[1382].

455. Dans les affaires *Breard*, *Lagrand* et *Avena* portant sur l'interprétation de l'article 36, § 1 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, la Cour « purposely omitted any reference to the decision concerning the same subject matter »[1383], c'est-à-dire la décision rendue entre temps par la Cour interaméricaine dans le cadre de son avis consultatif n°16 de 1999[1384] et qui portait sur l'application de la même disposition. Par ailleurs, les États-Unis et le Paraguay, États parties aux affaires devant la CIJ, avaient soumis des observations dans le cadre de la procédure devant la Cour IADH. Si l'affaire *Breard* précède l'avis de la Cour interaméricaine, au moment des affaires *Lagrand* et *Avena*, l'avis consultatif avait été rendu et les États citaient expressément cet avis devant la CIJ qui adoptera, par ailleurs, une solution similaire à celle de la Cour interaméricaine[1385]. D'une part, la CIJ « simply refused to take into consideration even the existence of the IACtHR Opinion, avoiding any comparison with the Court and explicitly qualified as not necessary to take into consideration one of the main points [the fundamental nature of the same rights] held in the IACtHR Opinion »[1386]. D'autre

---

[1380] Ibid., p. 32.

[1381] V. *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, C.I.J. Recueil 2002, 3, § 58 ; v. égal. § 61.

[1382] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 22, §§ 24-25 ; v. CDH *Observation générale n°14* - Armes nucléaires et droit à la vie, (1984).

[1383] AGNELLO, F., « The dialogue between the International Court of Justice and specialized judicial and quasi-judicial bodies in matters relating to the protection of human rights », op. cit., p. 33.

[1384] V. Cour IADH, avis consultatif, *El Derecho a la Informaciòn sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantias del Debido Proceso Legal*, 1er octobre 1999, OC-16/99, série A, n° 16, § 2.

[1385] AGNELLO, F., « The dialogue between the International Court of Justice and specialized judicial and quasi-judicial bodies in matters relating to the protection of human rights », préc., p. 34. V. pour comparaison : Cour IADH, avis consultatif, *El Derecho a la Informaciòn sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantias del Debido Proceso Legal*, 1er octobre 1999, OC-16/99, série A, n° 16, §§ 84-85, §§ 110, 122 et 140 ; *Lagrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, fond, C.I.J., Recueil 2001, §§ 76-78.

[1386] AGNELLO, F., « The dialogue between the International Court of Justice and specialized judicial and quasi-judicial bodies in matters relating to the protection of human rights », préc., , p. 36.

part, la solution adoptée dans l'affaire *Lagrand* semble avoir été clairement influencée par la position de la Cour interaméricaine, « as it appears not only by the content of the decision itself, but also by the behavior of the parties of the proceeding »[1387]. Dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*, la Cour confirmera son approche alors même que l'État partie à l'affaire devant la CIJ était le Mexique, le même État qui avait sollicité l'avis consultatif de la Cour interaméricaine et qu'il s'y était référé expressément dans sa requête[1388] en demandant à la CIJ de reconnaître le droit à la notification consulaire comme un droit de l'Homme, en alléguant que ce caractère avait été très largement reconnu et intégré dans le droit à un procès équitable[1389]. Ce changement d'approche dans la pratique de la CIJ a été confirmé dans l'avis consultatif à l'égard du *Mur en territoire palestinien occupé*[1390], ainsi que dans l'affaire *Crime de génocide* dans laquelle la Cour avait pris en considération la jurisprudence Tadić du TPIY qui avait eu à connaître des mêmes faits bien qu'elle ait abouti à une divergence sur les critères du contrôle en droit international et en droit international pénal[1391]. Néanmoins, dans l'affaire *Diallo*, il a même été souligné qu'elle reflétait « the institutionalization of a dialogue », qui s'est concrétisé davantage dans les affaires des *Immunités juridictionnelles de l'État* et *Obligation de poursuivre ou extrader*, qui signent la fin d'une approche réservée de la CIJ à l'égard de l'utilisation de sources externes[1392].

[1387] Ibid. V. égal. *Lagrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, fond, C.I.J., Recueil 2001, §§ 11-12 avec la position de l'Allemagne à cet égard ; v. égal. § 78, § 75.
[1388] AGNELLO, F., « The dialogue between the International Court of Justice and specialized judicial and quasi-judicial bodies in matters relating to the protection of human rights », préc., p. 37. V. *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, fond, C.I.J., Recueil 2004, §§ 65-66, § 77 et § 271.
[1389] *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, fond, C.I.J., Recueil 2004, § 12 et § 35.
[1390] V. Supra, *Avis consultatif du Mur en territoire palestinien occupé*, § 109 : référence à la pratique constante du CDH à l'égard de l'application extraterritoriale du PIDCP ainsi qu'une référence explicite à des affaires du système interaméricain ; §§ 110-111 : référence aux observations finales du CDH.
[1391] V. Supra, Partie I. Titre I. Chapitre II pour une analyse détaillée de l'affaire *Crime de génocide*.
[1392] AGNELLO, F., *The dialogue between the International Court of Justice and specialized judicial and quasi-judicial bodies in matters relating to the protection of human rights*, préc., p. 42.

CONCLUSION DU DEUXIEME CHAPITRE

456. La pratique du dialogue juridictionnel n'engendre pas nécessairement une collaboration entre les organes de protection, mais également une concurrence en ce qui concerne le renforcement du pouvoir judiciaire dans l'ordre juridique international, de son rayonnement et de son prestige. Il peut ainsi avoir une fonction de légitimation et de reconnaissance en contribuant au rayonnement jurisprudentiel d'un organe donné qui adopte une stratégie argumentative à travers l'usage de la technique juridique comparative. Le dialogue serait, ainsi, un moyen d'intégrer la communauté judiciaire internationale mais aussi l'outil de consolidation du pouvoir judiciaire reconnu à chaque interprète. Par ailleurs, le dialogue remplit une fonction de rapprochement entre les règles protégeant les droits de la personne, en étant ainsi un moyen de coordination des systèmes juridiques indépendants, amenés par leurs interactions, à constituer un nouvel ordre juridique global, qui se superpose à l'ordre juridique international avec une logique nouvelle à travers l'existence d'un recours individuel reconnu aux personnes et l'émergence d'une communauté judiciaire incarnée dans la pluralité des organes de protection. Le dialogue devient ainsi un instrument de légitimation du pouvoir juridictionnel tant à l'égard de ses destinataires dans chaque système, qu'un instrument de légitimation de la communauté judiciaire internationale qui se consolide avec le renforcement de la juridictionnalisation du droit international des droits de la personne. Néanmoins, un risque d'instrumentalisation est attaché au dialogue pouvant ainsi jouer le rôle de fragmentation du droit international. En effet, les éléments extra-systémiques peuvent être dénaturés lors de leur incorporation dans un nouvel système, alors que la pratique du dialogue peut conduire à une émancipation excessive des juges conduisant ainsi à une approche résolument évolutive du droit, luttant contre le principe d'inertie et de stabilité. Par ailleurs, dans ce droit multiple, la pratique spontanée du dialogue peut être sélective, les juges étant accusés de faire du « cherry-picking » en sélectionnant soigneusement les sources étrangères à intégrer dans leur interprétation et celles qui sont à exclure. Enfin, le dialogue s'avère être asymétrique au fil du temps, parfois pour une même juridiction telle que la CIJ, les sceptiques à son égard pouvant lui reprocher un défaut de constance et un risque d'atteinte à la sécurité et prévisibilité juridiques.

CONCLUSION DU TITRE I

457. Le dialogue juridictionnel remplit plusieurs fonctions dans l'ordre juridique international, qui peuvent être considérées tant négatives que positives. Il se situe dans une dialectique entre collaboration et concurrence puisqu'il engendre un enrichissement de la motivation des décisions et un renforcement du raisonnement judiciaire dans une optique d'autorégulation. En alternant entre un autoélargissement du pouvoir judiciaire et une autolimitation de celui-ci, les éléments extra-systémiques remplissent *de facto* le rôle des précédents, entachés d'une autorité persuasive afin de justifier l'adoption d'une solution donnée et contribuant à la structuration des décisions de justice. Il s'avère ainsi qu'en dépit de l'absence de la règle du précédent obligatoire dans l'ordre juridique international, celui-ci est omniprésent dans la pratique interprétative des organes internationaux de protection. Le dialogue contribue à un rapprochement entre les systèmes juridiques puisqu'elle traduit la volonté des interprètes de légitimer leurs pouvoirs judiciaires respectifs et de s'intégrer à la communauté judiciaire internationale émergente. Si le risque d'instrumentalisation du dialogue a été mis en lumière en raison de l'interprétation des éléments extra-systémiques lors de leur incorporation, il joue une fonction de coordination entre les systèmes juridiques, la prise en compte mutuelle des jurisprudences pouvant jouer le rôle de frein aux craintes exprimées à l'égard de la fragmentation. Si la concurrence n'est pas à exclure parmi les tribunaux, ni la prépondérance de certains par rapport aux autres en raison de leur prestige ou d'une autorité de fait attachée à leurs décisions, de manière générale, l'usage de sources externes contribue à renforcement du raisonnement judiciaire et ainsi à une amélioration de la motivation des décisions de justice par la prise en considération de positions convergentes ou divergentes en vue de l'interprétation de problèmes juridiques communs.

TITRE II. La tendance à la constitutionnalisation de l'ordre juridique international à travers l'interprétation convergente des droits

458. Le processus de constitutionnalisation de l'ordre juridique international ne doit pas être envisagé à travers le prisme d'une analogie stricte par rapport à celui connu en droit interne. L'interprétation convergente des droits de la personne par les organes internationaux de protection contribue à définir un socle commun de standards de référence qui devront être incorporés dans les ordres juridiques internes afin d'accorder une portée effective aux droits de l'Homme proclamés par les instruments internationaux. L'application extraterritoriale des instruments internationaux de protection des droits de l'Homme se rattache au processus de constitutionnalisation de l'ordre juridique international pour plusieurs raisons. Tout d'abord, si l'adhésion à un traité spécifique de protection engendre des obligations corrélatives pour les États parties en vue de garantir aux personnes placées, relevant de leur juridiction, les droits et libertés conventionnellement affirmés, l'application dudit traité est limitée du point de vue de l'étendue de « l'espace juridique »[1393]. Ainsi, accorder une portée extraterritoriale aux instruments conventionnels revient implicitement à une extension des obligations internationales à la charge des États. Néanmoins, si plusieurs organes internationaux de protection attachent une application extraterritoriale à l'instrument qu'ils sont en charge de protéger, si un État est partie à plusieurs de ces instruments, il en découlera une superposition de régimes juridiques de protection offerts aux personnes placées sous leur juridiction. En effet, il en serait ainsi pour tous les États parties à la CEDH ou à la CIADH et en même temps au PIDCP par exemple. Cette superposition engendra une pluralité d'obligations à respecter à la charge de ces États, en même temps qu'une option offerte aux particuliers dans le choix des recours en cas de violations des garanties conventionnelles qui se produiraient dans un contexte d'extraterritorialité. Dès lors, l'usage du dialogue et la coordination des organes de protection seraient indispensables en vue d'assurer une protection harmonisée des individus relevant des États sur lesquels péserait l'exercice d'une juridiction plurielle. Par ailleurs, au regard de la jurisprudence des organes internationaux de protection relative à l'application extraterritoriale de protection des droits de l'Homme, il en ressort des positions unanimes quant à un tel effet attaché aux instruments conventionnels (Chapitre 1). Si dans le contexte de conflits armés ou d'opérations extérieures, ce constat a pour effet d'étendre les garanties de protection de l'intégrité et de la dignité des individus, il s'agit également d'un élargissement

[1393] Selon la formule employée par la Cour EDH notamment dans l'affaire *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 131, CEDH 2011.

des espaces placées sous la juridiction des États, ce qui aurait pour conséquence un renforcement de la lutte contre l'impunité en permettant l'exercice d'une pluralité de recours en vue d'obtenir réparation du préjudice causé du fait des violations de la prohibition de la torture. Les États parties à plusieurs instruments de protection pourraient ainsi difficilement se départir de leurs obligations tant en termes de prévention que de répression des violations des droits de la personne, en même temps que les organes internationaux de protection auraient la possibilité d'étendre l'office de leur propre juridiction. La convergence normative semble s'apparenter dans ce contexte à la définition d'un corpus de protection harmonisé, sinon uniformisé, qui s'imposerait objectivement aux États. Au vu de l'intensification des échanges entre les juridictions et les quasi-juridictions internationales, il est possible de s'interroger si celles-ci n'exercent pas implictement des fonctions de Cours suprêmes *de facto*, dans la mesure où elles ont vocation à intervenir en dernier recours, après l'épuisement des voies de recours internes et en donnant ainsi, à travers leurs décisions définitives insusceptibles de recours, la seule interprétation des droits possible (Chapitre 2).

Chapitre 1. La détermination de principes communs de protection découlant de l'interprétation jurisprudentielle

459. S'il est un domaine où la jurisprudence internationale des organes de protection est convergente, il s'agit bien de l'application extraterritoriale des traités de protection des droits de l'Homme pour laquelle des critères communs ont été définis. La pratique de la torture peut intervenir dans un cadre extraterritorial, notamment dans le contexte de conflits armés internationaux ou non internationaux à l'égard des prisonniers de guerre victimes de mauvais traitements en détention ou encore à l'égard des membres de la population civile en tant que victimes collatérales de violences sexuelles pouvant être qualifiées de crimes contre l'humanité si les éléments constitutifs de ce crime international sont réunis. Étendre la juridiction des organes internationaux de protection grâce à la portée extraterritoriale des instruments de protection des droits de l'Homme, permet une extension du champ d'application des obligations internationales (Section 1). Toutefois, en ce qui concerne les poursuites extraterritoriales en matière de prohibition de la torture et les voies de recours offertes aux victimes, des divergences apparaissent notamment à l'égard de l'exercice de la compétence universelle en matière civile qui ne recueille pas un avis favorable dans la jurisprudence internationale, alors même que les États auraient les possibilités de renforcer leur compétence universelle en matière pénale à l'égard des crimes internationaux (Section 2).

Section 1. L'application extraterritoriale des traités internationaux de protection des droits de l'Homme

460. Les organes internationaux de protection sont unanimes quant aux critères permettant de déterminer la portée extraterritoriale des traités relatifs aux droits de l'Homme. Ce constat permet une extension de la juridiction des États et en même temps un renforcement de la portée des obligations internationales à leur charge (§1). Une fois cette portée extraterritoriale établie, il s'agit de déterminer le champ d'application de la prohibition de la torture dans ce contexte qui dépasse le strict cadre du territoire national de l'État. Tout particulièrement, le principe de non-refoulement sera analysé à travers son champ d'application extraterritorial (§2).

§ 1. La convergence quant aux critères de l'extraterritorialité en matière de droits de l'Homme

461. La notion de contrôle dans la perspective de l'application extraterritoriale des instruments internationaux de protection des droits de l'Homme, ne renvoie pas aux mêmes critères que la notion de contrôle en vue d'attribuer un fait internationalement illicite à l'État afin d'établir sa responsabilité internationale. Si des divergences ont pu exister entre la CIJ et la TPIY à l'égard du choix entre le critère du contrôle effectif et celui du contrôle global en vue d'attribuer un fait internationalement illicite à l'État[1394], l'extraterritorialité des traités de protection des droits de l'Homme fait l'unanimité entre les organes internationaux qui l'envisagent de manière analogue. Néanmoins, il convient de s'intéresser tout d'abord à la jurisprudence de la Cour EDH étant la plus aboutie à cet égard (A), pour ensuite voir l'approche des autres organes internationaux relative à la notion de contrôle et l'application extraterritoriale des droits de l'Homme (B).

A. La notion de contrôle et l'application extraterritoriale de la Convention européenne

462. La question de l'extraterritorialité des instruments internationaux de protection des droits de l'Homme survient lorsque l'État conduit des actions militaires ou non, au-delà de son territoire national, sur le territoire d'un État étranger. Ainsi, il est nécessaire de déterminer si l'État exerce sa juridiction au-delà de ses frontières nationales et dans quelles circonstances. Établir la juridiction de l'État en territoire étranger conduit nécessairement à l'existence d'obligations internationales pour cet État dont les violations peuvent conduire à la mise en œuvre de sa responsabilité internationale[1395]. L'exemple des « restitutions extraordinaires » pratiquées par la CIA avec la complicité et la coopération des États parties à la Convention européenne afin de transférer les personnes soupçonnées de terrorisme en des lieux de détention secrets situés dans plusieurs États non membres du Conseil de l'Europe, en dehors

[1394] V. Supra. Partie I. Titre I. Chapitre II pour la position divergente entre la CIJ, partisane de la notion de contrôle effectif et le TPIY, privilégiant le critère du contrôle global, en ce qui concerne l'établissement de la responsabilité internationale de l'État et l'éventuelle internationalisation d'un conflit armé non international.

[1395] MILANOVIĆ, M., PAPIĆ, T., *The applicability of the ECHR in contested territories*, in *International and Comparative Law Quaterly*, vol. 67, 2018, pp. 2-3. V. également les articles 1 et 2 du Projet de la CDI sur la responsabilité internationale des États (2001) sur les conséquences découlant d'un fait internationalement illicite. Sur la responsabilité internationale de l'État, v. notam. CONDORELLI, L., *L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances*, in Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 189, 1984, pp. 9-167; DUPUY, P. M., *Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États : un bilan*, in Revue générale du droit international public, vol. 107, 2003, pp. 305-348.

de tout cadre judiciaire, illustre parfaitement la nécessaire application extraterritoriale des droits de l'Homme en territoire étranger comme garantie procédurale permettant d'avoir accès au juge pour les victimes de torture[1396].

463. En ce qui concerne l'extraterritorialité de la Convention européenne, trois grandes étapes dans la jurisprudence de la Cour ont permis de préciser ses critères d'application. Les premiers temps de la pratique de la Cour ont été consacrés à la détermination d'une approche adéquate permettant de définir les conditions d'application extraterritoriale de la Convention. La deuxième période débute avec l'affaire *Loizidou* et se poursuit avec l'affaire *Banković*, toutes deux caractérisées par la domination du principe de territorialité et du test du contrôle territorial exercé par l'État en vue d'établir sa juridiction au regard de l'article 1 de la Convention européenne[1397]. La troisième et dernière période, concrétisée à la suite de l'affaire *Banković*, traduit la remise en question du principe de territorialité de la Convention et de sa présomption face à de nombreux défis dans lesquels la Cour européenne utilise en parallèle le test du contrôle exercé sur un territoire et le test du contrôle exercé sur des personnes, par un État partie, en territoire étranger[1398]. En effet, la Cour EDH distingue deux situations : d'une part, l'autorité exercée par un agent de l'État et la notion de contrôle à l'égard de personnes; d'autre part, l'exercice d'un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire national. En ce qui a trait à l'autorité exercée par un agent de l'État et la notion de contrôle, la Cour considère que : « [I]l 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' »[1399].

[1396] V. les arrêts de la Cour EDH rendus à ce propos: *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, CEDH 2012; *Al Nashiri c. Pologne*, n° 28761/11, 24 juillet 2014; *Nasr et Ghali c. Italie*, n° 44883/09, 23 février 2016; *Abu Zubaydah c. Lituanie*, n° 46454/11, 31 mai 2018; *Al Nashiri c. Roumanie*, n° 33234/12, 31 mai 2018.

[1397] L'article 1 de la Convention européenne est rédigé ainsi : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ».

[1398] GONDEK, M., *The reach of human rights in a globalising world: extraterritorial application of human rights treaties*, Cambridge, Intersentia, 2009, 1ère ed., pp. 122-123. V. égal. pp. 123-126 pour les premières affaires impliquant un élément d'extraterritorialité jugées par la Cour EDH et pp. 126-132 pour des requêtes interéatiques relatives à la situation à Chypre-Nord traitées par la Commission européenne des droits de l'Homme.

[1399] *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 137, CEDH 2011; *Jaloud c. Pays-Bas* [GC], n° 47708/08, § 154. V. égal *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, § 75, CEDH 2001-XII; *Issa et Ors c. Turquie*, req. n° 31821/96, § 71, affaire dans laquelle la CEDH se réfère au Comité des droits de l'Homme et à la Commission interaméricaine.

464. Il convient de s'intéresser tout d'abord à la notion de contrôle effectif sur un territoire, ensuite à celle de contrôle exercé sur des personnes. Dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*[1400], la Cour européenne a souligné que l'article 1 de la Convention est relatif à l'obligation de respecter les droits de l'Homme s'imposant aux Hautes Parties contractantes qui doivent garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis dans le texte conventionnel[1401]. Dans la mesure où la juridiction de l'État, au regard de l'article 1, est régie par le principe de territorialité [1402] et est présumée s'exercer sur l'ensemble de son territoire[1403], ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles, que les actes des États parties accomplis ou ayant des effets en territoire étranger, peuvent s'analyser en exercice par eux de leur juridiction[1404]. La Cour a constaté ainsi que la notion de juridiction exercée par les États membres ne se limite pas au seul territoire national en énumérant plusieurs hypothèses d'exception. Premièrement, l'État peut engager sa responsabilité internationale au titre de la Convention en cas d'extradition ou d'expulsion d'un individu, lorsque cet acte a pour effet de l'exposer à un risque substantiel de torture ou autres formes de mauvais traitements prohibés dans l'État de destination. Il est question d'un acte commis par l'État sur son propre territoire qui engendre un effet extraterritorial[1405]. Deuxièmement, la responsabilité internationale de l'État pourrait être engagée du fait des actes commis par ses autorités nationales, sur le territoire national ou en territoire étranger mais qui produisent, quoi qu'il en soit, des effets extraterritoriaux, au-delà des frontières nationales de l'État partie [1406]. Enfin, il s'agit de l'hypothèse de l'extraterritorialité de la Convention en cas d'exercice d'un contrôle effectif sur une zone en dehors du territoire national. Cette hypothèse d'exception renvoie aux situations dans lesquelles,

> « [P]ar suite d'une action militaire – légale ou non – l'État exerce un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire [dont découle] [l]'obligation d'assurer dans une telle zone le respect des droits et libertés garantis par la Convention [puisque ce contrôle s'exerce directement], par l'intermédiaire des forces armées de l'État ou par le biais d'une administration locale

[1400] *Loizidou c Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, Series A n° 310.
[1401] Ibid., § 59.
[1402] *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 131, CEDH 2011; *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 86, série A n° 161; *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, §§ 61 et 67, CEDH 2001-XII; *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 312, CEDH 2004-VII.
[1403] *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 131, CEDH 2011; *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 312, CEDH 2004-VII; *Assanidzé c. Géorgie*, Gde. Ch., n° 71503/01, § 139, CEDH 2004-II.
[1404] *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 131, CEDH 2011; *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, § 67, CEDH 2001-XII.
[1405] Ibid. § 62. V. parmi d'autres, Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, § 91, série A, n° 161; *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, §§ 69-70, série A, n° 201; *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, § 103, série A, n° 215.
[1406] Ibid. V. égal. *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, 26 juin 1992, § 91, série A, n° 240.

> subordonnée[1407]. […] [Si] une telle mainmise sur un territoire est établie, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'État contractant qui la détient exerce un contrôle précis sur les politiques et actions de l'administration locale qui lui est subordonnée. Du fait qu'il assure la survie de cette administration grâce à son soutien militaire et autre, cet État engage sa responsabilité à raison des politiques et actions entreprises par elle. L'article 1 lui fait obligation de reconnaître sur le territoire en question la totalité des droits matériels énoncés dans la Convention et dans les Protocoles additionnels qu'il a ratifiés, et les violations de ces droits lui sont imputables »[1408].

465. L'application extraterritoriale de la Convention est fondamentale lorsque l'État intervient militairement à l'étranger et que des violations graves des droits de l'Homme peuvent survenir du fait des politiques et actions établies exercées par l'intermédiaire de ses forces armées ou de l'administration locale qui lui est subordonnée du fait qu'il exerce le contrôle effectif sur cette zone. Plus particulièrement, des violations au droit à la vie ou les atteintes à l'intégrité ou à la dignité de la personne humaine à travers la méconnaissance de l'interdiction de la torture et autres formes de mauvais traitements, sont plus susceptibles d'intervenir dans le contexte d'exception des conflits armés. Pour la Cour, la détermination de l'exercice ou non d'un contrôle effectif sur une zone située en dehors du territoire national de l'État partie est une question de fait. Ainsi, elle peut se référer notamment au nombre de membres de ses forces armées déployés sur le territoire étranger ou encore analyser dans quelle mesure le soutien militaire, économique et politique apporté par l'État contractant à l'administration locale subordonnée a pour effet de lui assurer une influence et un contrôle dans la région[1409]. Dans l'affaire *Al-Skeini*, qui demeure par ailleurs sa jurisprudence la plus aboutie à l'égard de la portée extraterritoriale de la Convention, la Cour rappelle qu'elle est certes « un instrument constitutionnel de l'ordre public européen »[1410] mais qu'elle « ne régit pas les actes des États qui n'y sont pas parties, ni ne prétend exiger des Parties contractantes qu'elles imposent ses normes à pareils États »[1411]. Cependant, la Cour estime qu'en cas

---

[1407] *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 138, CEDH 2011, se référant à sa propre jurisprudence: *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, § 62, série A n° 310; *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, § 76, CEDH 2001-IV; *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, § 70, CEDH 2001-XII; *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, §§ 314-316, CEDH 2004-VII; *Loizidou c. Turquie (fond)*, 18 décembre 1996, § 52, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI

[1408] *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 138, CEDH 2011; *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, §§ 76-78, CEDH 2001-IV.

[1409] *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 139, CEDH 2011; *Loizidou c. Turquie (fond)*, 18 décembre 1996, §§ 16 et 56, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI; *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 387 et §§ 388-394, CEDH 2004-VII.

[1410] *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 141, CEDH 2011; *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, § 75, série A n° 310.

[1411] *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 141, CEDH 2011. *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 86, série A n° 161.

d'occupation militaire du territoire d'un État étranger, l'État partie à la Convention « doit en principe être tenu pour responsable au regard de la Convention des violations des droits de l'Homme qui y sont perpétrées car, sinon, les habitants de ce territoire seraient privés des droits et libertés dont ils jouissaient jusque-là et il y aurait 'un vide' dans la protection de ces droits et libertés au sein de 'l'espace juridique de la Convention' »[1412].

466. La Cour n'adopte pas une approche restrictive à l'égard de la notion de contrôle. Elle estime dès l'affaire *Loizidou* que l'exercice d'un « contrôle effectif global » sur le territoire étranger est suffisant pour engager la responsabilité internationale de l'État à qui incombe l'obligation de garantir aux individus les droits et libertés définis dans la Convention[1413]. Par rapport à la jurisprudence de la CIJ à l'égard de la notion de contrôle effectif dans les affaires *Nicaragua* et *Crime de génocide*[1414], la Cour EDH a souligné que le test pour établir que l'État exerce sa juridiction en dehors du territoire national était différent du test mis en œuvre pour établir la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite au regard du droit international public[1415].

[1412] *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 141, CEDH 2011. *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, § 78, CEDH 2001-IV; *Banković et autres c. Belgique et autres* (déc.) [GC], n° 52207/99, § 80, CEDH 2001-XII. Par ailleurs, au-delà de la situation d'occupation militaire, la Cour admet que la juridiction des États parties, au sens de l'article 1 de la Convention, puisse s'exercer en dehors de leur territoire national, v. parmi d'autres, Öcalan; Issa et autres; Medvedyev et autres; Al-Saadoon et Mufdhi.

[1413] *Loizidou c. Turquie (fond)*, 18 décembre 1996, § 56, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI, nous soulignons: « Il ne s'impose pas de déterminer si, comme la requérante et le gouvernement cypriote l'avancent, la Turquie exerce en réalité dans le détail un contrôle sur la politique et les actions des autorités de la "RTCN". Le grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre (paragraphe 16 ci-dessus) atteste que l'armée turque exerce en pratique un contrôle global sur cette partie de l'île. D'après le critère pertinent et dans les circonstances de la cause, ce contrôle engage sa responsabilité à raison de la politique et des actions de la "RTCN" (paragraphe 52 ci-dessus). Les personnes touchées par cette politique ou ces actions relèvent donc de la "juridiction" de la Turquie aux fins de l'article 1 de la Convention […]. L'obligation qui lui incombe de garantir à la requérante les droits et libertés définis dans la Convention s'étend en conséquence à la partie septentrionale de Chypre ». V. égal. *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, § 77, CEDH 2001-IV; Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie, Gde. Ch., n° 48787/99, § 315, ECHR 2004-VII. V. égal. pour une comparaison et la distinction entre la jurisprudence de la CEDH à l'égard du contrôle et celle de la CIJ, MILANOVIĆ, M., *Extraterritorial application of human rights treaties: law, principes and policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 136-137: l'auteur souligne que "the Court's rulings in Loizidou and Cyprus v. Turkey can reasonably be interpreted in two ways: either the Court thought that the acts of the TRNC were attributable to Turkey, or it thought it unnecessary to deal with this question, finding instead that Turkey had a positive obligation to secure the human rights of the inhabits of Northern Cyprus by virtue of its control over the territory. […] I prefer the latter option, because it reconciles the European Court with the ILC's and the ICJ's approach to state responsibility. Hence, while this Article 1 ECHR 'effective overall control' test bears resemblance to the ICJ's effective control test in Nicaragua, the two are conceptually distinct—the former refers to state control over territory for the purpose of establishing whether the state has jurisdiction over the territory, the latter to state control over actors and their specific acts for the purpose of attributing these acts to the state. Of course, the control by a state over territory must be exercised by its agents, i.e. persons whose acts are attributable to it".

[1414] V. supra. Partie I. Titre I. Chapitre 2.

[1415] *Catan et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], n° 43370/04 et 2 autres, § 115, CEDH 2012 (extraits), nous soulignons : « Le gouvernement russe soutient que la Cour ne peut conclure à l'exercice par la Russie d'un contrôle effectif que si elle estime que le 'gouvernement' de la 'RMT' peut passer pour un organe de l'État russe, suivant l'approche adoptée par la Cour internationale de justice dans l'affaire relative à

467. Dans le cadre du contrôle exercé par l'État sur des personnes, la Cour européenne a développé les critères dans sa jurisprudence récente à l'égard de la région de Transnistrie dans la République de Moldavie[1416]. À plusieurs reprises, elle a jugé que l'absence de contrôle effectif de l'État sur cette région, n'empêchait pas que la Moldavie soit toujours considérée comme l'État exerçant la juridiction territoriale. La Cour a toutefois considéré que les obligations de l'État étaient limitées à prendre des mesures diplomatiques, économiques, judiciaires ainsi que toutes les autres mesures dans son pouvoir et en accord avec le droit international[1417]. En effet, en ce qui concerne la Fédération de Russie, la Cour EDH a établi que son implication militaire et politique dans la région de Transnistrie a contribué à la création en 1991-1992 du régime séparatiste, ayant déclaré la création de la République Moldave de Transnistrie (ci-après, RMT), qui n'a pas encore été reconnue à ce jour par la communauté internationale[1418]. Dans plusieurs affaires, elle a jugé que :

> « [La RMT] avait été établie grâce au soutien militaire russe. Le maintien de la présence de militaires et d'armes russes dans la région indiquait clairement aux dirigeants de la 'RMT', au gouvernement moldave et aux observateurs internationaux que la Russie continuait à fournir un soutien militaire aux séparatistes. De surcroît, la population était tributaire d'un approvisionnement gratuit ou fortement subventionné en gaz, du versement de pensions et d'autres

---

l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et Monténégro) (paragraphe 76 ci-dessus). La Cour rappelle que dans celle-ci la Cour internationale de justice devait déterminer à quel moment un État pouvait se voir attribuer le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes, de sorte qu'il pût être tenu pour responsable au regard du droit international du comportement en cause. Or en l'espèce la Cour est appelée à connaître d'une question différente, celle de savoir si des faits incriminés par un requérant relevaient de la juridiction d'un État défendeur au sens de l'article 1 de la Convention. Comme le montre le bref exposé de la jurisprudence de la Cour livré ci-dessus, les critères permettant d'établir l'existence de la 'juridiction' au sens de l'article 1 de la Convention n'ont jamais été assimilés aux critères permettant d'établir la responsabilité d'un État concernant un fait internationalement illicite au regard du droit international ». V. égal. Cour EDH, 2014, Jaloud c. Pays Bas, n° 47708/08, § 154; *Mozer c. République de Moldova et Russie* [GC], n°11138/10, § 98, 23 février 2016; Cour EDH, 2015, Chiragov et autres c. Arménie, Gde. Ch., n° 13216/05, § 168. V. égal. WILDE, R. G., « The extraterritorial application of international human rights law on civil and political rights », in SHEERAN, S., RODLEY, S.N. (dir.), *The Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Abingdon, Routledge, 2013, pp. 635-661, spec. p. 642. V. *Loizidou c. Turquie (fond)*, 18 décembre 1996, § 56, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI; *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, § 77, CEDH 2001-IV; MILANOVIĆ, M., *Extraterritorial application of human rights treaties: law, principes and policy*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 141 et p. 148. V. égal. *Issa et autres c. Turquie*, n° 31821/96, §§ 71 et 73-76, 16 Novembre 2004; *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, §§ 382-385, 387 et 392–394, CEDH 2004-VII.

[1416] *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, §§ 311-319, CEDH 2004-VII; *Catan et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], n° 43370/04 et 2 autres, §§ 103-107, CEDH 2012 (extraits); et plus récemment, *Mozer c. République de Moldova et Russie* [GC], n°11138/10, §§ 97-98, 23 février 2016; *Mangîr et autres c. République de Moldova et Russie*, n° 50157/06, § 25, 17 juillet 2018.

[1417] *Mangîr et autres c. République de Moldova et Russie*, n° 50157/06, § 26, 17 juillet 2018; *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 333, CEDH 2004-VII; *Catan et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], n° 43370/04 et 2 autres, § 109, CEDH 2012 (extraits); *Mozer c. République de Moldova et Russie* [GC], n°11138/10, § 100, 23 février 2016.

[1418] *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 382, CEDH 2004-VII; v. *Catan et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], n° 43370/04 et 2 autres, §§ 12-19, CEDH 2012 (extraits) sur les origines du conflit transnistrien.

> types d'aide financière de la part de la Russie […] et n'avait pu continuer à exister – en résistant aux efforts déployés par la Moldova et les acteurs internationaux pour régler le conflit et rétablir la démocratie et la primauté du droit dans la région – que grâce à l'appui militaire, économique et politique de la Russie. Dès lors, le degré élevé de dépendance de la 'RMT' à l'égard du soutien russe constitue un élément solide permettant de considérer que la Russie exerçait un contrôle effectif et une influence décisive sur l'administration de la 'RMT' […] »[1419].

468. Ainsi, la Cour conclut que les requérants relevaient de la juridiction de la Russie au sens de l'article 1 de la Convention au moment des faits allégués dans plusieurs affaires[1420]. Dans plusieurs affaires relatives au conflit au Haut-Karabakh s'étant déroulé entre l'Arménie et l'Azerbaïdjan entre février 1988 et mai 1994, en adoptant un raisonnement analogue, la Cour avait considéré que les actes commis par les autorités de la région séparatiste du Nagorny-Karabakh tombaient sous le coup de la juridiction de l'Arménie au sens de l'article 1 de la Convention[1421]. Ainsi, la Cour européenne admet une conception élargie de la notion de contrôle exercé par un État sur un territoire ou sur un groupe de personnes, n'excluant pas toutefois que l'État territorial exerce également sa juridiction, aux côtés d'un autre État qui l'exercerait au regard du critère du contrôle. De manière générale, les autres organes internationaux de protection adoptent une position semblable à l'égard de la portée extraterritoriale des instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme.

B. La position des autres organes internationaux quant à la portée extraterritoriale des traités de protection des droits de l'Homme

469. Aux côtés de la jurisprudence de la Cour européenne, d'autres organes internationaux se sont prononcés sur la question de l'extraterritorialité des traités de protection des droits de l'Homme, comme la CIJ, des organes des traités des Nations Unies ainsi que la Cour IADH et

[1419] *Catan et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], n° 43370/04 et 2 autres, §§ 121-122, CEDH 2012 (extraits). V. *Mangîr et autres c. République de Moldova et Russie*, n° 50157/06, § 28, 17 juillet 2018; *Mozer c. République de Moldova et Russie* [GC], n°11138/10, §§ 108-110, 23 février 2016.

[1420] V. *Catan et autres c. République de Moldova et Russie* [GC], n° 43370/04 et 2 autres, § 123, CEDH 2012 (extraits). V. égal. *Mozer c. République de Moldova et Russie* [GC], n°11138/10, §§ 110-111, 23 février 2016; *Mangîr et autres c. République de Moldova et Russie*, n° 50157/06, § 28, 17 juillet 2018. Pour une étude récente et détaillée de la situation en Ukraine et de l'implication de la Russie, v. WALLACE, S., MALLORY, C., Applying the European Convention on Human Rights to the Conflict in Ukraine, in *Russian Law Journal*, vol. 6, 2018, pp. 8-78.

[1421] *Chiragov et autres c. Arménie* [GC], n° 13216/05, § 169-186, CEDH 2015; *Zalyan et autres c. Arménie*, n os 36894/04 et 3521/07, § 214-215, 17 mars 2016; *Muradyan c. Arménie*, n° 11275/07, § 124-126, 24 novembre 2016. Pour plus de détails entourant ce conflit, v. BERKES, A., *The Nagorno-Karabakh conflict before the European Court of Human Rights: pending cases and certain forecasts on jurisdiction and State responsibility*, in Military Law & Law of War Review, vol. 52, 2013, pp. 379-438.

la Cour ADHP[1422]. Tout d'abord, la CIJ a interprété le terme de « juridiction » de manière semblable à la Cour EDH en considérant qu'elle pouvait avoir une portée extraterritoriale dans certaines circonstances. Dans l'avis consultatif sur le *Mur en territoire palestinien occupé,* il s'agissait de déterminer si les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme auxquels Israël était un État Partie étaient applicables au territoire palestinien occupé[1423]. Tout d'abord, la Cour rappelle sa position à l'égard de l'applicabilité conjointe en temps de conflits armés du droit international des droits de l'Homme et du droit international humanitaire en tant que *lex specialis*[1424]. Ensuite, la Cour a observé que « si la compétence des États est avant tout territoriale, elle peut parfois s'exercer hors du territoire national [puisque] [c]ompte 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 »[1425]. La Cour justifie cette interprétation au regard non seulement de la pratique constante du Comité des droits de l'Homme selon laquelle le PIDCP s'applique lorsque l'État exerce sa compétence en territoire étranger[1426],

---

[1422] GONDEK, M., *The reach of human rights in a globalising world: extraterritorial application of human rights treaties*, Cambridge, Intersentia, 2009, 1ère ed., pp. 132-139: pour les premières affaires traitées traitées par le Comité des droits de l'Homme par rapport à l'extraterritorialité du PIDCP, spéc. p. 136 pour plus de détails sur l'affaire CDH, *López Burgos c. Uruguay*, communication n° 52/79, 29 juillet 1981, A/36/40, p. 176, §§ 12.1, 12.2, 12.3 dans lesquels le Comité considère que l'application extraterritoriale du Pacte découle tant de la relation entre un État et un individu que de la prise en compte de considérations logiques et morales en faisant un parallèle avec l'article 5, 1) du Pacte. V. pp. 139-141 pour les premières affaires relatives à l'extraterritorialité dans le système interaméricain qui, dans leur grande majorité ont été traitées par la Commission par rapport à la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'Homme. En effet, la Convention américaine est entrée en vigueur le 18 juillet 1978 et n'a pas encore été ratifiée par l'ensemble des États parties à l'Organisation des États américains. Puisque la Déclaration américaine n'est pas un traité et qu'elle ne comporte aucune référence à la notion de juridiction, la notion d'extraterritorialité a été évoquée d'abord par la Commission dans ses rapports relatifs à la situation des droits de l'Homme au Chili et au Suriname tandis que la première affaire individuelle soulevant cette question portait sur l'arrivée par bateau de personnes haïtiennes cherchant à rejoindre le territoire américain.

[1423] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé, avis consultatif*, 9 juillet 2004, Rec. 2004, § 102 pour la position de l'État d'Israël : Les participants à la procédure devant la Cour sont également divisés en ce qui concerne l'applicabilité dans le territoire palestinien occupé des conventions internationales concernant les droits de l'Homme auxquelles Israël est partie. […] Ce dernier conteste que le pacte international relatif aux droits civils et politiques et le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qu'il a signés l'un et l'autre, soient applicables au territoire palestinien occupé. II affirme que le droit humanitaire est le type de protection qui convient dans un conflit tel que celui qui existe en Cisjordanie et dans la bande de Gaza, tandis que les instruments relatifs aux droits de l'Homme ont pour objet d'assurer la protection des citoyens vis-à-vis de leur propre gouvernement en temps de paix. […] ».

[1424] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé, avis consultatif*, 9 juillet 2004, Rec. 2004, §§ 104-106. V. égal. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, Rec. 1996, §§ 24-25.

[1425] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé, avis consultatif*, 9 juillet 2004, Rec. 2004, § 109.

[1426] Ibid., v. notam. CDH, *López Burgos c. Uruguay*, communication n° 52/79, 29 juillet 1981, A/36/40, p. 176, pts. 12.1, 12.2, 12.3; CDH, *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay*, communication n° 56/79, 29 juillet 1981, pt. 10.3 : en cas d'arrestation opérée par des agents uruguayens au Brésil ou en Argentine; CDH, *Montero c. Uruguay*, communication n° 106/181, 29 août 1981: sur la confiscation d'un passeport par un consulat de l'Uruguay en Allemagne. V. égal. CDH, *Pereira Montero c. Uruguay*, communication n° 106/1981, 31 mars

mais également au regard des travaux préparatoires du Pacte qui confirment l'interprétation donnée par le Comité de l'article 2 relatif à la juridiction des États[1427]. Elle parvient à la même conclusion pour l'application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels bien qu'il ne contienne pas de disposition relative à la juridiction des États, en raison des liens réciproques entre DIDH et DIH[1428]. Enfin, elle juge que la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant qui comporte un article 2 semblable à celui du PIDCP est également applicable au territoire palestinien occupé[1429].

470. Plus précisément à l'égard de la position du Comité des droits de l'Homme, de la même manière que la Convention européenne et l'article 1 relatif à la juridiction des États, l'article 2, 1) du PIDCP se réfère à la notion de juridiction mais également à la notion de territoire et l'interdiction des discriminations en indiquant que : « [L]es États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

471. Le Comité a précisé dans son Observation générale n°31 le sens et la portée de cette disposition comme suit :

> « 10. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 2, les États parties sont tenus de respecter et garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et à tous ceux relevant de leur compétence les droits énoncés dans le Pacte. Cela signifie qu'un État partie doit respecter et garantir à quiconque se trouve sous son pouvoir

---

1983, § 5; CDH, *Observations finales (États-Unis)*, 18 décembre 2006, CCPR/C/USA/CO/3, § 10 à propos de l'applicabilité du Pacte à la prison de Guantanamo; CDH, *Observations finales (Israël)*, 18 août 1998, CCPR/C/79/Add.93, § 10; CDH, *Observations finales (Israël)*, 21 août 2003, CCPR/CO/78/ISR, § 11.

[1427] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé, avis consultatif*, 9 juillet 2004, Rec. 2004, § 109. V. Discussion de l'avant projet à la Commission des droits de l'Homme, E/CN.4/SR.194, § 46; et Nations Unies, Documents officiels de l'Assemblée générale, 10ème session, annexes, A/2929, part. 2, chap. V, § 4 (1955) : « Il en résulte en effet que, en adoptant la rédaction qu'ils ont retenue, les auteurs du pacte n'ont pas entendu faire échapper les États aux obligations qui sont les leurs lorsqu'ils exercent leur compétence hors du territoire national. Ils ont seulement voulu éviter que des personnes résidant à l'étranger puissent se prévaloir envers leur État d'origine de droits ne relevant pas de la compétence de ce dernier, mais de celle de 1'État de résidence ».

[1428] *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur en territoire palestinien occupé, avis consultatif*, 9 juillet 2004, Rec. 2004, § 112. La Cour renvoie à plusieurs rapports du Comité des droits économiques, sociaux et culturels et à ses échanges avec le gouvernement d'Israël qui soutenait une position contraire en estimant que les obligations du PIDESC ne s'imposent à l'État Partie qu'à l'égard de « l'ensemble des territoires et des populations qui sont effectivement sous son contrôle » (E/C. 12/1/Add.90, §§ 15 et 31). Elle en conclut qu'elle « ne saurait souscrire a la thèse d'lsraël. Elle observe aussi que les territoires occupés par Israël sont soumis depuis plus de trente-sept ans à la juridiction territoriale d'lsraël en tant que puissance occupante. Dans l'exercice des compétences dont il dispose à ce titre, Israël est tenu par les dispositions du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. En outre, il est tenu de ne pas faire obstacle à l'exercice de tels droits dans les domaines où compétence a été transférée à des autorités palestiniennes ».

[1429] Ibid., § 113.

ou son contrôle effectif les droits reconnus dans le Pacte même s'il ne se trouve pas sur son territoire. Comme il est indiqué dans l'Observation générale no 15, adoptée à la vingt-septième session (1986), la jouissance des droits reconnus dans le Pacte, loin d'être limitée aux citoyens des États parties, doit être accordée aussi à tous les individus, quelle que soit leur nationalité ou même s'ils sont apatrides, par exemple demandeurs d'asile, réfugiés, travailleurs migrants et autres personnes qui se trouveraient sur le territoire de l'État partie ou relèveraient de sa compétence. Ce principe s'applique aussi à quiconque se trouve sous le pouvoir ou le contrôle effectif des forces d'un État partie opérant en dehors de son territoire, indépendamment des circonstances dans lesquelles ce pouvoir ou ce contrôle effectif a été établi, telles que les forces constituant un contingent national affecté à des opérations internationales de maintien ou de renforcement de la paix.

11. Comme il ressort de l'Observation générale no 29, le Pacte s'applique aussi dans les situations de conflit armé auxquelles les règles du droit international humanitaire sont applicables. Même si, pour certains droits consacrés par le Pacte, des règles plus spécifiques du droit international humanitaire peuvent être pertinentes aux fins de l'interprétation des droits consacrés par le Pacte, les deux domaines du droit sont complémentaires et ne s'excluent pas l'un l'autre.

12. De surcroît, l'obligation faite à l'article 2 aux États parties de respecter et garantir à toutes les personnes se trouvant sur leur territoire et à toutes les personnes soumises à leur contrôle les droits énoncés dans le Pacte entraîne l'obligation de ne pas extrader, déplacer, expulser quelqu'un ou le transférer par d'autres moyens de leur territoire s'il existe des motifs sérieux de croire qu'il y a un risque réel de préjudice irréparable dans le pays vers lequel doit être effectué le renvoi ou dans tout pays vers lequel la personne concernée peut être renvoyée par la suite, tel le préjudice envisagé aux articles 6 et 7 du Pacte. Les autorités administratives et judiciaires compétentes doivent prendre conscience de la nécessité de veiller à ce que les obligations découlant du Pacte à cet égard soient respectées »[1430].

472. Le Comité des droits de l'Homme met ainsi en perspective : d'une part, tant l'application extraterritoriale du PIDCP au sens de l'article 2, 1) que l'approche complémentaire entre le droit international des droits de l'Homme et le droit international humanitaire en temps de conflit armé ; d'autre part, l'interdiction d'extrader, de refouler ou d'expulser un individu en cas de risque de préjudice irréparable, comme un risque de violation du droit à la vie ou de l'interdiction de la prohibition de la torture tel que défini respectivement aux articles 6 et 7 du Pacte. Ainsi, ces trois problématiques, *a priori* distinctes et relatives à des réalités de nature différente, se trouvent en interaction, illustrant la continuité entre l'extraterritorialité des instruments internationaux des droits de l'Homme et la responsabilité internationale des États parties, ainsi qu'entre les liens réciproques entre le DIH

[1430] CDH, *Observation générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte* (Quatre-vingtième session), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), nous soulignons.

et le DIDH en temps de conflit armé. Le CCT a adopté une approche similaire à l'égard de l'application extraterritoriale de la Convention contre la torture et de la notion de contrôle en affirmant que :

> « Le paragraphe 1 de l'article 2 impose à tout État partie de prendre des mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture ne soient commis non seulement sur son propre territoire mais aussi 'dans tout territoire sous sa juridiction'. Le Comité considère que le 'territoire' s'étend à toutes les régions sur lesquelles l'État partie exerce de fait ou de droit, directement ou indirectement, en tout ou en partie, un contrôle effectif, conformément au droit international. Il considère que la référence à 'tout territoire', à l'article 2 comme aux articles 5, 11, 12, 13 et 16, concerne les infractions commises, non seulement à bord d'un navire ou d'un aéronef immatriculé sur le registre d'un État partie, mais aussi pendant une occupation militaire ou des opérations de maintien de la paix et dans des lieux tels qu'une ambassade, une base militaire, des locaux de détention ou tout autre espace sur lequel un État partie exerce un contrôle effectif. Le Comité note qu'une telle interprétation renforce les dispositions de l'alinéa b du paragraphe 1 de l'article 5, qui imposent à tout État partie de prendre les mesures nécessaires pour établir sa compétence 'quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit État'. Le Comité considère également que la notion de 'territoire' à l'article 2 doit s'étendre en outre aux situations dans lesquelles l'État partie exerce, directement ou indirectement, de fait ou de droit, un contrôle sur des détenus »[1431].

473. Ainsi, le Comité contre la torture redéfinit la portée des obligations posées par la Convention adoptée dans le cadre des Nations au regard de la portée extraterritoriale de cette dernière, en envisageant la notion de contrôle effectif par l'État à l'égard d'un territoire autre que le territoire national, qui englobe également les lieux ou situations où l'État exerce un tel contrôle à l'égard des personnes détenues.

474. Au niveau régional, dans le système africain, la Commission africaine a eu l'occasion de traiter d'affaires relatives à des violations des droits de l'Homme sur le territoire de plusieurs États. Ainsi, dans une affaire opposant la République démocratique du Congo au Burundi, au Rwanda et à l'Ouganda, la Commission avait constaté la violation par ces trois États défendeurs des droits et libertés garantis par la Charte en raison de l'occupation par leurs forces armées du territoire de l'État requérant[1432]. En effet, elle avait considéré que les États Parties à la Charte africaine sont responsables des violations des droits de l'Homme

[1431] CCT, *Observation générale n° 2, Application de l'article 2 par les États Parties*, CAT/C/GC/2, 24 janvier 2008, § 16, nous soulignons.
[1432] CommADHP, communication 227/1999, *République démocratique du Congo c. Burundi, Rwanda and Ouganda*, 20ème rapport annuel (2006), §§ 93-96 et 98.

commises en dehors de leur territoire national, l'exigence d'un contrôle effectif étant un élément au fondement de la responsabilité de l'État[1433].

475. Le système interaméricain a également été confronté à la problématique de la responsabilité internationale de l'État pour les actes commis à l'étranger[1434] : d'une part, lorsque l'auteur des violations des droits de l'Homme est sous l'autorité ou sous le contrôle effectif de l'État[1435]; d'autre part, lorsque les actions ou les omissions perpétrées sur le territoire national de l'État ont des effets extraterritoriaux, la Commission interaméricaine n'hésitant pas à se référer à la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes et à la position du Comité des droits de l'Homme sur cette question[1436]. Tandis que l'article 2 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme n'a pas de portée juridictionnelle définie, l'article 1, 1) de la Convention américaine, relatif à l'obligation de respecter les droits, affirme que « [l]es États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale ».

476. Les notions de « juridiction » et de « compétence » étant synonymes, la CommIADH a interprété cet article comme ne se limitant pas au seul territoire national puisque « a State party to the American Convention may be responsible under certain circumstances for the acts and omissions of its agent which produce effects or are undertaken outside that State's own

---

[1433] Ibid., v. BULTO, T.S., *Patching the 'legal black hole': the extraterritorial reach of States' human rights duties in the African human rights system*, in South African Journal on Human Rights, vol. 27, 2011, pp. 260-263. L'auteur mentionne également la communication 157/96, Association Pour la Sauvegarde de la Paix au Burundi c. Tanzanie, Kenya, Ouganda, Rwanda, Zaïre et Zambie, 17ème rapport annuel, (2004), § 52: l'affaire portant sur un embargo imposé par les États défendeurs, mais l'élément du contrôle effectif n'était pas une exigence en l'espèce. Pour une étude complète et détaillée sur l'extraterritorialité dans le cadre du système africain, v. CHENWI, L, BULTO, T.S., *Extraterritorial human rights obligations from an African perspective*, Cambridge, Intersentia, 1ère éd., 2018.

[1434] Sur l'extraterritorialité dans le système interaméricain, v. KAMCHIBEKOVA, D., State responsibility for extraterritorial human rights violations, in *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 13, 2007, pp. 136-140.

[1435] CommIADH, 11 mars 1999, *Victor Saldaño c. Argentine*, rapport n° 38/99, §§ 17-20.

[1436] Ibid., §§ 15-20. V. égal. CommIADH, 21 octobre 2010, *Franklin Guillermo Aisalla Molina (Equateur) c. Colombie*, pétition interétatique PI-02, rapport sur l'admissibilité, n° 112/10, § 91 : « In international law, the bases of jurisdiction are not exclusively territorial, but may be exercised on several other bases as well. In this sense, the IACHR has established that "under certain circumstances, the exercise of its jurisdiction over acts with an extraterritorial locus will not only be consistent with but required by the norms which pertain." Thus, although jurisdiction usually refers to authority over persons who are within the territory of a State, human rights are inherent in all human beings and are not based on their citizenship or location. Under Inter-American human rights law, each American State is obligated therefore to respect the rights of all persons within its territory and of those present in the territory of another state but subject to the *control* of its agents. This position accords with that of other international organizations that in analyzing the sphere of application of international human rights instruments have assessed their extraterritoriality ». V. égal. §§ 92-97 pour les références au Comité des droits de l'Homme et à la jurisprudence de la Cour EDH.

territory »[1437]. En prenant en compte la jurisprudence de la Cour européenne, elle a rappelé qu'il a été défini dans le système européen de protection des droits de l'Homme que « [t]his understanding of jurisdiction and therefore responsibility for compliance with international obligations [is] a notion linked to authority and effective control, and not merely to territorial boundaries »[1438]. Ainsi, la Commission interaméricaine considère que les occupations militaires, les actions militaires ou autres types d'actes tels que les détentions en territoire étranger, emportent l'application extraterritoriale tant de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme que de la Convention américaine[1439] en raison des « acts occurring on the territory of another State, when the alleged victims were subjected to the authority and control of […] agents [of the sending State] »[1440]. Ainsi, au regard de la Commission, l'extraterritorialité découle du fait que les actes produisent des effets au-delà du territoire national de l'État et non en raison de l'exercice d'un contrôle sur une zone située en territoire étranger ou sur une personne. La CommIADH n'a pas encore établi la responsabilité internationale des États américains pour des violations extraterritoriales des droits de

[1437] Victor Saldaño c. Argentine, op. cit., § 17.

[1438] Ibid., §§ 18-19. V. égal. CommIADH, 29 septembre 1999, *Coard et al. c. États-Unis d'Amérique*, aff. n° 10/951, rapport n° 109/99, § 37: « […] Given that individual rights inhere simply by virtue of a person's humanity, each American State is obliged to uphold the protected rights of any person subject to its jurisdiction. While this most commonly refers to persons within a state's territory, it may, under given circumstances, refer to conduct with an extraterritorial locus where the person concerned is present in the territory of one state, but subject to the control of another state – usually through the acts of the latter's agents abroad.6 In principle, the inquiry turns not on the presumed victim's nationality or presence within a particular geographic area, but on whether, under the specific circumstances, the State observed the rights of a person subject to its authority and control ». CommIADH, 13 mars 1997, *Centre haïtien pour les droits de l'Homme c. États-Unis d'Amérique (L'interdiction des haïtiens en haute-mer par les États-Unis)*, aff. n° 10.675, rapport n° 51/96; CommIADH, 14 octobre 1993, Salas et autres c. États-Unis d'Amérique (L'intervention militaire américaine au Panama), aff. n° 10.573, rapport n° 31/93; BULTO, T.S., *Public duties for private wrongs: States' extraterritorial duties pertaining to the regulation of multinationals under the African Charter on Human and People's Rights*, in GIBNEY, M., VANDENHOLE, W. (dir.), "Litigating transnational human rights obligations – alternative judgements", Londres, Routledge, 2014, pp. 239-249.

[1439] Sur l'application extraterritoriale de la Déclaration américaine: CommIADH, September 29, 1999 Armando Alejandre JR., Carlos Costa Mario de la Peña and Pablo Morales v. Cuba, aff. n° 11.589, rapport n° 86/99; CommIADH, March 12, 2002, *Decision on Request for Precautionary Measures regarding the situation of Detainees at Guantamo Bay, in Cuba*. Sur l'application extraterritoriale de la Convention américaine: CommIADH, 21 octobre 2010, *Franklin Guillermo Aisalla Molina (Equateur) c. Colombie*, pétition interétatique PI-02, rapport sur l'admissibilité, n° 112/10, §§ 98-99.

[1440] CommIADH, 21 octobre 2010, *Franklin Guillermo Aisalla Molina (Equateur) c. Colombie*, pétition interétatique PI-02, rapport sur l'admissibilité, n° 112/10, §§ 98-99: « 98. In a way, similar to the international organs previously mentioned, the Inter-American Commission has considered that it has competence *ratione loci* with respect to a State for acts occurring on the territory of another State, when the alleged victims were subjected to the authority and control of its agents. There would otherwise be a legal *lacuna* in the protection of those individuals' human rights that the American Convention seeks to protect, which would run counter to the object and purpose of this instrument. 99. Thus, the following is essential for the Commission in determining jurisdiction: the exercise of authority over persons by agents of a State even if not acting within their territory, without necessarily requiring the existence of a formal, structured and prolonged legal relation in terms of time to raise the responsibility of a State for acts committed by its agents abroad. At the time of examining the scope of the American Convention's jurisdiction, it is necessary to determine whether there is a causal nexus between the extraterritorial conduct of the State and the alleged violation of the rights and freedoms of an individual (citations omitted) ».

l'Homme en dehors du cadre régional, alors que la Cour interaméricaine n'avait pas été confrontée à la question de l'application extraterritoriale de la Convention américaine jusqu'à récemment[1441]. Dans un avis consultatif relatif à la relation entre *Environnement et droits de l'Homme*, rendu le 15 novembre 2017[1442], la Cour IADH semble avoir établi un nouveau lien pour la juridiction extraterritoriale fondée sur la notion de contrôle exercé sur les activités domestiques ayant un effet extraterritorial (« control over domestic activities with extraterritorial effect »). Bien que l'objet de cet avis dépasse le cadre de notre étude et a déjà été évoqué dans les travaux de la CDI[1443], il est intéressant de connaître la position de la Cour à cet égard puisque celle-ci pourrait avoir des implications futures si elle est utilisée comme une source d'inspiration par les autres juridictions internationales ajoutant ainsi une nouvelle hypothèse à la notion d'extraterritorialité liée à l'exercice d'un contrôle[1444]. Dans l'avis consultatif requis par la Colombie, la Cour devait déterminer si un État pouvait exercer sa juridiction, au sens de l'article 1, 1) de la Convention américaine, en dehors de son territoire national, du fait des violations des droits reconnus à un individu, les violations résultant d'un

[1441] KAMCHIBEKOVA, D., State responsibility for extraterritorial human rights violations, in *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 13, 2007, p. 149: v. pour un tableau comparatif relatif aux circonstances permettant l'application extraterritoriale des traités de protection des droits de l'Homme; v. égal. BULTO, T.S., Patching the 'legal black hole': the extraterritorial reach of States' human rights duties in the African human rights system, in *South African Journal on Human Rights*, vol. 27, 2011, pp. 271-274.

[1442] Cour IADH, *The Environment and Human Rights (State Obligations in Relation to the Environment in the Context of the Protection and Guarantee of the Rights to Life and to Personal Integrity – Interpretation and Scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights)*, November 15, 2017, Advisory Opinion OC-23/18, series A, n° 23, disponible seulement en espagnol: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

[1443] *Sentence arbitrale, Affaire de la Fonderie du Trail (Canada c. États-Unis)*, 11 mars 1941; v. égal. Commission du droit international, Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), article 2 relatif à la définition des termes employés : « a) L'expression « risque de causer un dommage transfrontière signifi catif » recouvre les risques dont il est fort probable qu'ils causeront un dommage transfrontière signifi catif et ceux dont il est peu probable qu'ils causeront des dommages transfrontières catastrophiques; b) Le terme « dommage » s'entend du dommage causé aux personnes, aux biens ou à l'environnement; c) Le terme « dommage transfrontière » désigne le dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État d'origine, que les États concernés aient ou non une frontière commune; d) Le terme « État d'origine » désigne l'État sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel sont prévues ou s'exercent les activités visées à l'article premier; e) Le terme « État susceptible d'être affecté » désigne l'État ou les États sur le territoire duquel ou desquels le dommage transfrontière significatif risque de se produire ou qui exerce ou exercent une juridiction ou un contrôle sur tout autre lieu où un tel risque existe. f) Le terme « États intéressés » désigne l'État d'origine et les États susceptibles d'être affectés ».

[1444] ALTWICKER, T., Transnationalizing rights: international human rights law in cross-border contexts, in *European Journal of International Law*, vol. 29, 2018, pp. 590-594: l'auteur argumente en faveur d'un test additionnel relatif au contrôle effectif sur des situations en adoptant une interprétation transnationale de la notion de juridiction en matière de droits de l'Homme (p. 594 : « a third test of effective control over situations by adopting a transnational interprÉtation of human rights jurisdiction »). Il considère ainsi que "the standard test of jurisdiction should be extended to the (effective) 'control over situations' (with extraterritorial effects on the enjoyment of human rights). In this way, the physical presence of state agents in foreign territory would no longer be a necessary condition of jurisdiction. Instead, in this transnationalized version of the jurisdictional test, the focus lies on the control of (harmful) circumstances (for example, large-scale pollution, cross-border surveillance activities targeting individuals)" (p. 590).

dommage causé à l'environnement ou en raison du risque d'un préjudice environnemental attribuable à l'État. En reconnaissant ce lien juridictionnel considéré comme nouveau, la Cour IADH « opens the door to extraterritorial jurisdiction in various scenarios where a State is factually linked to extraterritorial situations, without physical control over territory or persons, and where it has the knowledge on the risk of wrongful acts and the capacity to protect due to its effective control over activities within its territory »[1445].

477. Il semblerait que, l'hypothèse d'un contrôle exercé sur les activités domestiques ayant un effet extraterritorial va plus loin que l'exercice d'un contrôle effectif sur un territoire étranger ou sur des personnes, en établissant un lien juridique entre les agissements de l'État sur son propre territoire et les violations des droits de l'Homme se produisant à l'étranger, ce lien extraterritorial étant justifié par le concept de diligence connu en droit international (*due diligence*). Ce concept, rattaché à la théorie des obligations internationales, a un champ d'application limité aux situations où l'État doit prévenir ou réprimer certains actes dommageables. Dans cette hypothèse, la Cour interaméricaine semble élargir le contenu de ce principe[1446]. Elle n'a pas donné pour l'instant de lignes directrices sur l'application future de ce lien juridique permettant d'établir la juridiction extraterritoriale des États puisque l'avis consultatif porte uniquement sur les dommages portés à l'environnement en territoire étranger du fait des activités nationales, dommages ayant un impact particulièrement grave et pouvant emporter la violation du droit à la vie et du droit à l'intégrité. Par ailleurs, la Cour ne donne pas d'indications suffisantes pour déterminer si la juridiction extraterritoriale pourrait être établie seulement en cas de violations d'un de ces deux droits ou d'autres droits protégés par la Convention, du fait des dommages causés par les activités domestiques sur lesquelles l'État exerce un contrôle et qui ont des conséquences à l'étranger[1447]. Toutefois, des mesures

[1445] BERKES, A., A new extraterritorial jurisdictional link recognised by the IACtHR, in *European Journal of International Law – Talk!*, 28 mars 2018, disponible ici : https://www.ejiltalk.org/a-new-extraterritorial-jurisdictional-link-recognised-by-the-iacthr/ . V. § 104 (h) de l'avis consultatif.

[1446] V. §§ 95, 101-102 de l'avis consultatif. BERKES, A., A new extraterritorial jurisdictional link recognised by the IACtHR, in *European Journal of International Law – Talk!*, préc.: selon l'auteur, " in [d]oing so, the Inter-American Court followed the numerous recommendations of UN treaty monitoring bodies, requiring the States not only to respect human rights abroad, but to prevent third parties from violating human rights in other countries, if they are able to influence these third parties". La CEDH a également jugé que les activités des États Parties à la Convention peuvent avoir des effets au-delà de leurs territoires nationaux sans pour autant utiliser cette hypothèse comme le moyen unique d'établir la juridiction extraterritoriale de l'État, v. l'affaire *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, CEDH 2011.

[1447] BERKES, A., A new extraterritorial jurisdictional link recognised by the IACtHR, in *European Journal of International Law – Talk!*, préc. V. § 140 de l'avis consultatif. Pour plus de détails sur les circonstances entourant la demande d'avis consultatif et ses implications potentielles, v. BANDA, M. L., Inter-American Court of Human Rights advisory opinion on the environment and human Rights, in *American Society of International Law Insights*, 10 mai 2018, vol. 22/6, disponible ici: https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/6/inter-american-court-human-rights-advisory-opinion-environment-and-human .

nationales peuvent avoir un effet extraterritorial comme celles relatives au contentieux de l'éloignement du territoire en violation du principe de non-refoulement.

§ 2. Le champ d'application extraterritorial de la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements

478. Les États ont l'obligation de prévenir et de réprimer les violations de la prohibition de la torture sur tout territoire et à l'égard de toute personne relevant de leur juridiction, avec une extension éventuelle au regard de l'application extraterritoriale des traités de protection des droits de l'Homme. Cette obligation ne cesse pas pour autant lorsque les États expulsent, renvoient ou extradent une personne de leur territoire national, dans la mesure où ils pourront être tenus pour responsables des actes de torture ou de mauvais traitements subis par ladite personne et résultant de la mesure d'éloignement. Ainsi, il est nécessaire de s'intéresser tout d'abord à l'application extraterritoriale du principe de non-refoulement (A), avant de se pencher sur les enjeux juridiques attachés à la pratique des restitutions extraordinaires et l'applicabilité extraterritoriale de la prohibition de la torture dans ce contexte (B).

A. L'application extraterritoriale du principe de non-refoulement

479. L'article 3 de la Convention contre la torture affirme expressément le principe de non-refoulement en prescrivant qu' « [a]ucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ». Si la Cour EDH s'est explicitement référée à cet article dans l'affaire *Soering* consacrant ce principe dans le contexte européen[1448], d'autres organes internationaux de protection ont consacré le principe de non-refoulement comme faisant partie intégrante de la prohibition absolue de la torture, y compris le Comité des droits de l'Homme et le Comité contre la torture[1449]. Le rapporteur spécial des Nations Unies contre la torture[1450] ainsi que la

[1448] V. *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161.

[1449] V. par ex. CDH, Observation générale n°2, § 6; CDH, Observation générale n° 20, § 9; CDH, communication n° 469/1991, *Chitat Ng v. Canada*, § 16.4; CCT, communication n° 444/2010, *Abdussamatov et al. c. Kazakhstan*, § 13.7; CCT, communication n° 300/2006, *Tebourski c. France*, § 8.2; Cour EDH : *Loizidou c. Turquie (fond)*, 18 décembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI; *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161; *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V; CommADHP, 6 novembre 2000, *John K. Modise c. Botswana*, communication n° 97/93, § 91. Pour une étude complète et détaillée sur le principe de non-refoulement, v. DELAS, O., *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'Homme. De la consécration à la contestation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 444 p.

doctrine[1451] ont également souligné que ce principe relève du droit international coutumier, a un caractère impératif et impose des obligations *erga omnes* de la même manière que la prohibition de la torture en tant que telle. Le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) a également émis un avis consultatif relatif à l'application extraterritoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de Genève de 1951 et de son Protocole additionnel de 1967[1452]. Le HCR a ainsi présenté l'ensemble des obligations de non-refoulement à l'égard des réfugiés et des demandeurs d'asile qui s'imposent aux États en vertu du droit international des droits des réfugiés et du droit international des droits de l'Homme tout en détaillant plus spécifiquement l'application extraterritoriale de telles obligations. Tout d'abord, pour le HCR le principe de non-refoulement est « la pierre angulaire de la protection internationale des réfugiés »[1453]. En effet, l'article 33, 1) de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés affirme ce principe dans les termes suivants : « Aucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques »[1454].

480. Le HCR considère que cette obligation de non-refoulement lie tous les organes des États parties à la Convention de 1951 et au Protocole de 1967 ainsi que toute personne ou entité agissant en leur nom et s'applique sans restriction territoriale, en tout lieu où les États

---

[1450] Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 2004, Doc. ONU A/59/324, § 28 ; v. également le rapport soumis à l'AGNU en 2005, Doc. ONU A/60/316.

[1451] V. parmi d'autres, FARMER, A., Non-Refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection, in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 23-1, 2008, pp. 1-38; ALLAIN, J., The jus cogens nature of non-refoulement, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, 2002, pp. 533 et 538; v. égal. HCR, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement (Opinion) [Global Consultations on International Protection/Second Track]* , 20 juin 2001, disponible ici: https://www.refworld.org/docid/3b3702b15.html [consulté le 10 Janvier 2019], §§ 196-216; et la Déclaration de Carthagène sur les réfugiés, 22 novembre 1984, Rapport annuel de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme, OEA Doc OEA/Ser.L/V/II.66/doc.10, rev.1, p.190-93 (1984-85), section III, § 5 affirmant que le principe de non-refoulement devrait être reconnu comme une norme du *jus cogens*. Bien que la Déclaration ne soit pas juridiquement contraignante, ses dispositions ont été transposées dans la législation nationale de plusieurs États latino-américains.

[1452] HCR, *Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967*, 26 Janvier 2007, disponible ici: https://www.refworld.org/docid/470ccbb42.html [accès le 10 Janvier 2019]. V. égal. GONDEK, M., *The reach of human rights in a globalising world: extraterritorial application of human rights treaties*, op. cit., pp. 202-203, pp. 250-255.

[1453] Ibid, § 5.

[1454] Pour rappel, l'article 1, 2) de la Convention de 1951 définit le « réfugié » comme toute personne « craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner ».

exercent leur juridiction[1455]. Les exceptions sont envisagées de façon restrictive par le point 2) de l'article 33 qui dispose que le principe de non-refoulement « ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays ». Cependant, afin de pouvoir déroger au principe, l'État en charge d'évaluer la demande d'asile et devra se livrer à une appréciation *in concreto* de la situation individuelle du requérant afin d'établir qu'il relève d'une des exceptions de l'article 33, 2). Parallèlement, bien que des circonstances exceptionnelles permettant de déroger au principe de non-refoulement soient établies au regard du droit international des réfugiés, le droit international des droits de l'Homme n'autorise aucune dérogation, particulièrement lorsque la mesure d'éloignement prise par l'État d'accueil a pour effet d'exposer l'individu à un risque substantiel de torture, de traitement cruel, inhumain ou dégradant ou à d'autres formes de dommage irréparable comme une privation arbitraire de la vie, points sur lequel les organes internationaux de protection sont unanimes[1456]. Ainsi, le HCR a raison d'affirmer que le principe de non-refoulement qui incarne « l'essence humanitaire de la Convention de 1951 et protège les droits fondamentaux des réfugiés doit être interprété de manière conforme aux développements en droit international des droits de l'Homme […] [étant] […] des régimes juridiques complémentaires qui se renforcent mutuellement »[1457]. En effet, le droit

[1455] HCR, Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967, op. cit., § 9. V. articles 4 à 8 du Projet de la CDI sur la responsabilité internationale des États relatifs aux organes de jure et aux organes *de facto* de l'État dont les agissements peuvent lui être attribués.

[1456] La Convention américaine inclut le principe de non-refoulement en son article 22, 8) qui dispose qu'« [e]n aucun cas l'étranger ne peut être refoulé ou renvoyé dans un autre pays, que ce soit son pays d'origine ou non, lorsque son droit à la vie ou à la liberté individuelle risque de faire l'objet de violation en raison de sa race, de sa nationalité, de sa religion, de sa condition sociale ou en raison de ses opinions politiques ». L'article 13, 4) de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression contre la torture dispose que « [lorsqu'il existe des présomptions fondées que la vie de la personne recherchée est en danger, qu'elle sera soumise à la torture, à des traitements cruels, inhumains ou dégradants ou qu'elle sera jugée par des tribunaux d'exception ou ad hoc dans l'État requérant, l'extradition n'est pas accordée et la personne recherchée n'est pas renvoyée ». V. parmi d'autres, Cour EDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n° 161; *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, série A n° 201; *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, série A, n° 215; *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V; *Ahmed c. Autriche*, 17 décembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI. V. égal. CDH, 10 mars 1992, *Observation générale n° 20 relative à l'article 7 du PIDCP*, préc., § 9 : « les États parties ne doivent pas exposer des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, expulsion ou refoulement »; CDH, 26 mai 2004, *Observation générale n° 31 (La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte)*, Doc. UN CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 12. V. égal. Comité des droits de l'enfant, 1er septembre 2005, *Observation générale n°6 relative au traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine*, Doc. UN CRC /GC/2005/6, § 27.

[1457] HCR, Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967, op. cit., § 34. Le HCR

international des droits de l'Homme prohibe toute dérogation à ce principe indépendamment du contexte[1458], même dans les circonstances les plus difficiles telles que la lutte contre le terrorisme[1459] ou dans le cadre des conflits armés[1460]. Par ailleurs, l'interdiction de telles mesures d'éloignement et l'obligation de protection au regard du principe de non-refoulement doit être accordée à toute personne qui se trouve sur le territoire de l'État d'accueil ou relevant de sa juridiction[1461] et s'applique au regard de la situation dans l'État de renvoi[1462].

481. Si l'État doit prévenir les violations du droit à l'intégrité physique et morale des demandeurs d'asile dans le cadre des mesures d'éloignement, plusieurs droits doivent également leur être garantis lorsqu'ils relèvent de sa juridiction ou qu'ils se trouvent sur son territoire. Ainsi, des obligations s'imposent à l'État à compter du moment où la personne relève de la juridiction de l'État au sens de l'article 1 de la CEDH, bien qu'elle n'ait pas présenté formellement une demande d'asile[1463]. Le droit d'asile est mentionné dans plusieurs instruments internationaux[1464], mais ni la Convention européenne, ni le PIDCP ne contiennent

---

ajoute qu'« une analyse de l'étendue ratione loci des obligations des États en matière de non-refoulement selon le droit international des droits de l'Homme est particulièrement pertinente pour la question de l'applicabilité extra-territoriale de l'interdiction de renvoyer un réfugié vers un danger de persécution en vertu des instruments internationaux en matière de réfugiés », détaillant la position des organes internationaux à l'égard de l'extraterritorialité des instruments de protection des droits de l'Homme. Dans le cadre de notre étude, v. supra, Partie II. Titre I. Chapitre 2. Section 1.

[1458] CDH, 31 août 2001, *Observation générale n° 29 - Article 4* (Dérogations en période d'état d'urgence), Doc.UN HRI/GEN/1/Rev.8, § 11; CDH, 20 avril 2006, *Observations finales (Canada)*, CCPR/C/CAN/CO/5, § 15; CCT, 28 avril 1997, *Gorki Ernesto Tapia Paez c. Suède*, CAT/C/18/D/39/1996, § 14.5. La jurisprudence la CEDH est constante à cet égard, v. par ex. *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V.

[1459] V. par ex. CAT, 30 mai 2005, *Agiza c. Suède*, CAT/C/34/D/233/2003; CommIADH, 28 février 2000, *Report on the Situation of Human Rights of Asylumseekers within the Canadian Refugee Determination System*, § 154 ; Résolutions 1456 (2003), 1535 (2004), 1624 (2004) du Conseil de sécurité; AGNU, *Document final du Sommet mondial*, 2005, 16 septembre 2005, Résolution 60/1; AGNU, *Stratégie antiterroriste mondiale adoptée par l'ONU*, 8 septembre 2006, A/RES/6/288.

[1460] *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, Rec. 1996, § 25; *Activités armées sur le territoire du Congo*, arrêt, compétence et recevabilité, 3 février 2006, Rec. 2006, §§ 215-219; CDH, *Observation générale n° 31*, préc., § 11; CDH, 18 décembre 2006, *Observations finales (États-Unis)*, Doc.UN CCPR/C/USA/CO/3, § 10; CCT, 25 juillet 2006, *Conclusions et recommandations (États-Unis)*, Doc. UN CAT/C/USA/CO/2, § 14.

[1461] V. CDH, *Observation générale n° 31*, préc., § 10 : « [l]a jouissance des droits reconnus dans le Pacte, loin d'être limitée aux citoyens des États parties, doit être accordée aussi à tous les individus, quelle que soit leur nationalité ou même s'ils sont apatrides, par exemple demandeurs d'asile, réfugiés, travailleurs migrants et autres personnes qui se trouveraient sur le territoire de l'État partie ou relèveraient de sa compétence ».

[1462] Ibid., § 12 : « De surcroît, l'obligation faite à l'article 2 aux États parties de respecter et garantir à toutes les personnes se trouvant sur leur territoire et à toutes les personnes soumises à leur contrôle les droits énoncés dans le Pacte entraîne l'obligation de ne pas extrader, déplacer, expulser quelqu'un ou le transférer par d'autres moyens de leur territoire s'il existe des motifs sérieux de croire qu'il y a un risque réel de préjudice irréparable dans le pays vers lequel doit être effectué le renvoi ou dans tout pays vers lequel la personne concernée peut être renvoyée par la suite, tel le préjudice envisagé aux articles 6 et 7 du Pacte. Les autorités administratives et judiciaires compétentes doivent prendre conscience de la nécessité de veiller à ce que les obligations découlant du Pacte à cet égard soient respectées ».

[1463] *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, § 133, CEDH 2012.

[1464] Le droit d'asile est mentionné l'asile à l'article 14 de la DUDH, à l'article 22 §§ 7 et 8 de la Convention américaine, à l'article XXVII de la Déclaration américaine, à l'article 12 § 3 de la Charte africaine, à l'article 28

de disposition à cet égard, la protection des demandeurs d'asile résultant de la jurisprudence. Cependant, dans le cadre européen si les mesures d'éloignement prises par les États sont encadrées par les obligations qui découlent des articles 3 et 4 du Protocole n° 4 et l'article 1 du Protocole n°7, la Cour a toujours souligné que ni la Convention, ni les Protocoles ne consacrent un droit à l'asile[1465]. La Cour IADH adopte une position semblable à la Cour EDH puisqu'elle considère que le droit à l'asile consacre le droit de fuir les persécutions et de rechercher protection auprès d'un autre État à travers la présentation d'une demande d'asile, mais ne garantit aucunement l'obtention du statut de réfugié, bien que le principe de non-refoulement ait une nature coutumière[1466]. Néanmoins, aux côtés de l'extrême vulnérabilité des demandeurs d'asile qui exige la garantie de droits spécifiques[1467], l'obligation essentielle de l'État réside dans la protection du demandeur d'asile des atteintes et violations à son droit à l'intégrité, constat à l'égard duquel les organes internationaux de protection sont unanimes[1468]. Dans le cadre de la Convention européenne, le droit à une protection juridictionnelle effective du demandeur d'asile peut résulter de la combinaison de l'article 5 relatif au droit à la liberté et à la sûreté et de l'article 13 garantissant le droit à un recours effectif[1469]. Cependant, si elle interdit les expulsions collectives d'étrangers[1470], la Cour estime que ces procédures ne relèvent pas du champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention puisque l'article 1 du Protocole n° 7 contient des garanties spécifiques relatives aux procédures d'expulsion d'étrangers, concluant ainsi que « les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur des droits

---

de la Charte arabe, à l'article 18 de la CDFUE, à l'article 16 de la Déclaration de l'ASEAN. Par ailleurs, l'article 3 de la Convention contre la torture, relatif au principe de non-refoulement, trouve écho en l'article 9 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

[1465] V. notam. *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, § 102, série A, n° 215; *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, § 113, CEDH 2012; *Bajsultanov c. Autriche*, n° 54131/10, § 60, 12 juin 2012; *Mohamed Hussein et autres c. Pays-Bas*, décision d'irrecevabilité, 2 avril 2013, § 65.

[1466] V. Cour IADH, arrêt, *Affaire Pacheco Tineo c. Bolivie* (exception préliminaire, fond, réparations et dépens), 25 novembre 2013, série C, n° 272, § 197 et § 151.

[1467] M.S.S. c. Belgique et Grèce [GC], n° 30696/09, § 232, CEDH 2011; *Kim c. Russie*, n° 44260/13, § 54, 17 juillet 2014; R*ahimi c. Grèce*, n° 8687/08, § § 86, 5 avril 2011.

[1468] V. parmi d'autres, CCT, *S. J. Dewage c. Australie*, communication n° 387/2009, 14 novembre 2013, §§ 10. 1 et suiv. ; *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, §§ 69-70, série A n° 201; *Savriddin Dzhurayev c. Russie*, n° 71386/10, §§ 177-185, CEDH 2013 (extraits); *Kanagaratnam c. Belgique*, n° 15297/09, § 62, 13 décembre 2011 : affaire relative aux droits des demandeurs d'asile mineurs non-accompagnés; *Popov c. France*, n° 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012 : affaire concluant à la violation de l'article 3 de la Convention et de l'article 8 relatif au droit à la vie privée et familiale en raison de la détention d'enfants mineurs avec leur famille.

[1469] *Auad c. Bulgarie*, n° 46390/10, § 103, 11 octobre 2011; *Kim c. Russie*, n° 44260/13, 17 juillet 2014;

[1470] *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], n° 27765/09, § 180, CEDH 2012: « […] la Cour considère que les éloignements d'étrangers effectués dans le cadre d'interceptions en haute mer par les autorités d'un État dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique, et qui ont pour effet d'empêcher les migrants de rejoindre les frontières de l'État, voire de les refouler vers un autre État, constituent un exercice de leur juridiction au sens de l'article 1 de la Convention, qui engage la responsabilité de l'État en question sur le terrain de l'article 4 du Protocole n° 4 [relatif à l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers] ». V. égal. Conka c. Belgique, 5 février 2002.

ou obligations de caractère civil du requérant, ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre lui, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention »[1471]. *A contrario*, la Cour IADH statuant sur des procédures d'expulsion, affirme l'application des garanties minimales de l'article 8 et de l'article 25 de la Convention américaine, relatifs respectivement aux garanties judiciaires et à la protection judiciaire, en combinaison avec l'article 22 § 7 qui consacre le droit d'asile[1472]. Quoi qu'il en soit, il est toujours nécesaire de procéder à un examen de la situation individuelle du requérant[1473] et de garantir un effet suspensif du recours en droit interne en cas de mesures d'éloignement du territoire pour prévenir la survenance d'un dommage irréparable[1474]. Au regard des obligations à la charge des États, le principe de non-refoulement peut également trouver à s'appliquer en temps de conflit armé à l'égard des prisonniers de guerre capturés susceptibles de faire l'objet d'un transfert d'un État à un autre, notamment lorsque les individus risquent d'être exposés à des actes de torture ou autres formes de mauvais traitements ou encore condamnés à la peine de mort[1475], mais aussi manière incidente à la pratique des restitutions extraordinaires semblables en tout point au phénomène des disparitions forcées.

B. L'applicabilité extraterritoriale à l'égard des disparitions forcées et des restitutions extraordinaires

482. Les restitutions extraordinaires peuvent être définies comme :

> **«** [L]a pratique extrajudiciaire en vertu de laquelle des individus soupçonnés d'être impliqués dans des activités terroristes sont illégalement ou irrégulièrement arrêtés ou enlevés par les autorités d'un État pour être remis aux mains d'agents des États-Unis et/ou transférés vers un État tiers pour y être détenus et soumis à des méthodes d'interrogatoires dites «coercitives» afin d'obtenir d'eux des renseignements dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, ces renseignements étant subséquemment transmis aux autorités américaines. [Ainsi], l'expression désigne le programme secret mis en oeuvre par la CIA pour arrêter, détenir et

[1471] *Maaouia c. France* [GC], n° 39652/98, § 37 et § 40, CEDH 2000-X. V. égal. *Al Hanchi c. Bosnie-Herzégovine*, n° 48205/09, §§ 52-53, 15 novembre 2011.
[1472] V. Cour IADH, arrêt, *Affaire Pacheco Tineo c. Bolivie* (exception préliminaire, fond, réparations et dépens), 25 novembre 2013, série C, n° 272, §§ 130-132, § 154 et suiv.
[1473] V. *Tarakhel c. Suisse* [GC], n° 29217/12, § 130, CEDH 2014 (extraits).
[1474] *K.K. c. France*, n° 18913/11, § 65, §§ 68-69, 10 octobre 2013; *I.M. c. France*, n° 9152/09, 2 février 2012; *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, n° 16643/09, § 175, 21 octobre 2014.
[1475] V. par. ex. *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, CEDH 2010 : concernant le transfert des requérants en Irak où ils risquaient la peine de mort devant le Tribunal Spécial Irakien. V. RODENHÄUSER, T., Better Safe Than Sorry: Transferring Detainees Safely to Coalition Partners, in *Lawfare Blog*, 18 janvier 2019, disponible ici: https://www.lawfareblog.com/better-safe-sorry-transferring-detainees-safely-coalition-partners

interroger hors du territoire des États-Unis des personnes soupçonnées de terrorisme »[1476].

483. Cette définition correspond à celle des disparitions forcées, expression qui désigne, selon l'article 2 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées,

> « [L]'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi »[1477].

484. L'article 17 de la même Convention prohibe toute détention au secret. De la même manière que les disparitions forcées, la pratique des restitutions extraordinaires se situe dans un cadre extrajudiciaire, en contournant les garanties procédurales offertes par les demandes officielles d'entraide judiciaire telles que l'extradition, en donnant lieu à des violations multidimensionnelles des droits de l'Homme comme l'interdiction de la torture et autres formes de mauvais traitements, l'interdiction des détentions arbitraires, la détention au secret ou encore le droit à un procés équitable et à un recours effectif[1478]. Une autre obligation corrélative à l'interdiction absolue de la torture et d'autres formes de mauvais traitements est celle de ne pas utiliser des informations ou des éléments de preuve obtenus sous la torture, interdisant cette pratique dans le cadre des interrogatoires conduites lors d'une enquête. L'article 15 de la Convention contre la torture affirme cette règle d'exclusion en disposant que « [t]out État partie veille à ce que toute déclaration dont il est établi qu'elle a été obtenue par la torture ne puisse être invoquée comme un élément de preuve dans une procédure, si ce

---

[1476] MOULIER, I., Les Restitutions Extraordinaires et la Convention Internationale Contre la Torture, *Annuaire brésilien de droit international*, vol. 2, n°9, 2010, p. 38. V. par ex. pour plus de détails sur cette pratique, Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, 11 juin 2007, *Détentions secrètes et transferts illégaux de détenus impliquant des États membres du Conseil de l'Europe*, 2ème Rapport, Dick Marty, p. 10, § 22; FISCHER, L., Extraordinary Rendition: the Price of Secrecy, in *American University Law Review*, vol. 27, n° 5, 2008, pp. 1405-1451; HENDERSON, B., From Justice to Torture: the Dramatic Evolution of U.S. Sponsored Renditions, in *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 20, n° 1, 2006, pp. 189-218; PARRY, J. T., The Shape of Modern Torture: Extraordinary Rendition and Ghost Detainees, in *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6, n° 2, 2005, pp. 516-533.

[1477] V. Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée à New York, le 20 décembre 2006, entrée en vigueur le 23 décembre 2010.V. égal. AGNU, *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, résolution 47/133, 18 décembre 1992; Convention de l'OÉA sur la disparition forcée de personnes signée à Belém do Parà au Brésil, 9 juin 1994; et article 7, § 1, i) du Statut de Rome de la CPI (pour les disparitions forcées comme des crimes contre l'humanité).

[1478] En ce sens, MOULIER, I., Les Restitutions Extraordinaires et la Convention Internationale Contre la Torture, préc., pp. 38-39; WEISSBRODT, D., BERGQUIST, A., Extraordinary Rendition : a Human Rights Analysis, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 19, 2006, pp. 123-160.

n'est contre la personne accusée de torture pour établir qu'une déclaration a été faite »[1479]. Le Comité des droits de l'Homme et le Comité contre la torture ont confirmé le caractère fondamental de cette interdiction en considérant qu'elle faisait partie intégrante de la prohibition de la torture[1480].

485. La Convention contre la torture des Nations Unies étant un instrument qui a vocation à s'appliquer à tout territoire et personne qui relèvent de la juridiction d'un État partie car celui-ci y exerce un contrôle ou une autorité, y compris dans les centres de détention, indépendamment du lieu géographique[1481], il est particulièrement intéressant d'envisager les restitutions extraordinaires à travers la perspective de la Convention contre la torture. En effet, cette pratique a conduit à des violations massives du principe de non-refoulement affirmé par l'article 3 du texte universel à travers l'arrestation, la détention, l'extradition, l'expulsion, la déportation et le transfert d'individus soupçonnés de terrorisme, en dehors de tout cadre judiciaire ou de l'exercice d'un pouvoir de contrôle impartial et indépendant, vers des États de destination où ils ont été exposés à des actes de torture et autres formes de mauvais traitements[1482]. Pourtant, le Comité contre la torture, à maintes reprises, a réaffirmé l'obligation qui incombe aux États d'effectuer, avant l'adoption de toute mesure d'éloignement, une évaluation objective de la situation dans l'État de destination et une évaluation subjective de la situation personnelle de l'individu visé par une telle mesure afin de déterminer s'il existe un risque concret que ce dernier soit exposé à des violations de la

[1479] Mise à part l'Autriche qui a émis une déclaration dans laquelle elle « considère l'article 15 comme la base légale pour l'inadmissibilité, prévue par cet article, d'invoquer des déclarations dont il est établi qu'elles ont été obtenues par la torture », aucun autre État n'a émis des déclarations semblables ni émis de réserves. Si cela témoigne d'une acception universelle quant à l'interdiction d'utiliser des informations obtenues sous la torture, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, de telles pratiques ont eu lieu notamment à la prison de Guantanamo. V. par ex. l'affaire Omar Khadr et les directives ministérielles du gouvernement Harper au Canada ayant autorisé dans des circonstances exceptionnelles de telles pratiques. V. égal. Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, 2006, Doc. ONU A/61/259, p. 10 exprimant des inquiétudes quant à la remise en cause de l'utilisation des éléments de preuve obtenus par la torture dans le contexte de la lutte mondiale contre le terrorisme.

[1480] CDH, *Observation générale n° 20*, préc., § 12; CCT, *S.S. c. Pays-Bas*, communication n° 191/2001, 5 mai 2003, § 6.3; CCT, *G. K. c. Suisse*, communication n° 219/2002, 7 mai 2003, § 6.10. V. KRENC, F., « De Schenk à Gäfgen: la preuve inconventionnelle à l'épreuve de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme », in AKANDJI-KOMBÉ, J-F. et al (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en l'honneur du professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 781-798.

[1481] CAT, *Observation générale n° 2*, à propos de l'application de l'article 2 par les États parties, préc., § 7 et § 16. V. égal. CCT, *Conclusions et recommandations (États-Unis)*, examen des rapports soumis par les États parties en vertu de l'article 19 de la Convention, 36ème session, 1er-9 Mai 2006, CAT/C/USA/CO/2, 25 juillet 2006, § 15. Les États-Unis, en vertu d'une conception exclusivement territoriale de la notion de juridiction, alléguaient que la Convention contre la torture était applicable seulement aux centres de détention situées sur leur territoire national et en aucun cas en territoire étranger, argument que le Comité contre la torture réfute fermement.

[1482] MOULIER, I., Les Restitutions Extraordinaires et la Convention Internationale Contre la Torture, préc., pp. 49-50.

prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements[1483]. Les arguments des États, afin d'échapper à leurs obligations au regard de la Convention contre la torture, tenaient principalement au fait que les actes illicites étaient pratiqués par des États tiers ; que les restitutions extraordinaires n'étaient pas des extraditions ou des expulsions proprement dites mais plutôt des « arrestations extraterritoriales » : l'arrestation d'une personne dans un État en vue d'être transférée vers un autre État d'accueil qui n'était pas initialement son État de résidence ne pouvant être assimilée à un « refoulement ». Or, cette position est en contrariété avec l'interprétation téléologique du principe de non-refoulement qui s'impose en toutes circonstances, notamment au regard du caractère indérogeable de la prohibition de la torture, du risque de préjudice irréparable et, indépendamment de la nature des mesures prises visant au transfert d'une personne d'un État à un autre[1484].

[1483] CCT, 21 novembre 1997, Observation générale n° 1, *Application de l'article 3 dans le contexte de l'article 22 de la Convention contre la torture*, A/53/44, annexe IX, § 6. V. égal. Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements, cruels, inhumains ou dégradants, Monsieur Van Boven, 1er septembre 2004, A/59/324, § 8.

[1484] MOULIER, I., Les Restitutions Extraordinaires et la Convention Internationale Contre la Torture, préc., p. 51, pp. 52-53; CCT, *Observation générale n° 2*, préc., § 19 : « Dans le cas où un individu doit être transféré ou dirigé à des fins de garde ou de surveillance vers une personne ou une institution, publique ou privée, dont on sait qu'elle a été impliquée dans des actes de torture ou des mauvais traitements ou qu'elle n'a pas mis en place de garanties suffisantes, l'État est tenu pour responsable et ses agents passibles de sanctions pour avoir ordonné ce transfert, l'avoir autorisé ou y avoir participé, ce qui constitue un manquement de l'État à son obligation d'adopter des mesures efficaces pour empêcher que des actes de torture ne soient commis ». Rapport intérimaire du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Monsieur Van Boven, 22 décembre 2003, § 29 : « Le Rapporteur spécial est gravement préoccupé par le développement de pratiques qui portent atteinte à ce principe. Selon l'une de ces pratiques, les autorités de police remettent des personnes aux autorités de police d'un pays sans l'intervention d'une autorité judiciaire et sans que les personnes concernées aient la possibilité d'entrer en contact avec un avocat ou avec leur famille. Le Comité contre la torture, tout en reconnaissant la nécessité que les États établissent entre eux une coopération étroite dans la lutte contre la criminalité et s'accordent sur des mesures efficaces dans ce sens, a cependant été d'avis que cette pratique constituait une violation de l'article 3 de la Convention ». V. *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, §§ 120-122, CEDH 2008. Le Royaume-Uni, en tant que tiers intervenant à l'affaire, affirmait : « 120. Il est vrai que la protection offerte contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants par l'article 3 de la Convention est absolue. Cependant, en cas d'expulsion, ces traitements ne seraient pas administrés par l'État signataire, mais par les autorités d'un État tiers. L'État signataire est alors lié par une obligation positive de protection contre la torture implicitement déduite de l'article 3. Or, dans le domaine des obligations positives et implicites, la Cour a admis que les droits du requérant doivent être mis en balance avec les intérêts de la collectivité dans son ensemble. 121. Dans les cas d'expulsion, le degré de risque existant dans l'État de destination dépend d'une évaluation de nature spéculative. Le niveau requis pour admettre l'existence d'un tel risque est relativement bas et difficile à appliquer de manière cohérente. De plus, l'article 3 de la Convention interdit non seulement des traitements extrêmement graves, comme la torture, mais aussi des agissements relevant de la notion relativement générale de « traitement dégradant ». Par ailleurs, la nature de la menace qu'un individu entraîne pour l'État signataire varie également de manière significative. 122. A la lumière de ce qui précède, le gouvernement du Royaume-Uni soutient que, dans des cas concernant la menace représentée par le terrorisme international, l'approche suivie par la Cour dans l'affaire *Chahal* (qui ne reflète pas un impératif moral universellement reconnu et est en contradiction avec les intentions des premiers signataires de la Convention) doit être modifiée et clarifiée. En premier lieu, la menace constituée par la personne à expulser doit être un facteur à évaluer par rapport à la possibilité et à la nature du mauvais traitement potentiel. Cela permettrait de prendre en considération toutes les circonstances particulières de chaque cas d'espèce et de mettre en balance les droits garantis au requérant par l'article 3 de la Convention et ceux garantis à tous les autres membres de la collectivité par l'article 2. Deuxièmement, les considérations relatives à la sécurité nationale

486. L'argument du recours à des assurances diplomatiques de la part de l'État de destination a également été invoqué par les États de renvoi afin de se soustraire à leur obligation de non-refoulement. Tout d'abord, la valeur juridique des assurances diplomatiques est contestable étant donné qu'il n'existe aucun moyen de contraindre l'État à respecter ses engagements parfois énoncés dans des documents formels écrits, parfois dans des notes verbales, ni aucun moyen de sanction en cas de non-respect[1485]. Le Comité contre la torture a apprécié la valeur des assurances diplomatiques dans le cadre d'une procédure de restitution extraordinaire impliquant la Suède, en estimant que la remise du requérant à la CIA en vue de son transfert en Egypte s'analysait en une expulsion contraire au principe de non-refoulement affirmé par l'article 3 de la Convention ; l'obtention des assurances diplomatiques, assortie d'aucun mécanisme pour assurer leur respect, n'étant pas suffisante pour protéger l'individu contre le risque de mauvais traitements[1486]. La Cour EDH, par exemple, admet la validité de telles assurances diplomatiques lorsqu'elles fournissent des garanties suffisantes quant à la protection de l'individu de traitements contraires à l'article 3 [1487]. Néanmoins, la Cour considère que :

---

doivent influer sur le critère de preuve auquel le requérant doit satisfaire. En d'autres termes, si l'État défendeur produit des éléments portant à croire qu'il y a une menace pour la sécurité nationale, des preuves plus solides doivent être produites pour démontrer que le requérant risque de subir des mauvais traitements dans le pays de destination. En particulier, l'intéressé doit prouver qu'il est « plus probable qu'improbable » (*more likely than not*) qu'il sera soumis à des traitements interdits par l'article 3. Cette interprétation est compatible avec le libellé de l'article 3 de la Convention des Nations unies contre la torture, qui a été inspiré par la jurisprudence de la Cour elle-même et tient compte de la circonstance que dans les affaires d'expulsion il s'agit d'évaluer un risque futur et éventuel ».

[1485] V. par ex., Commission européenne de la démocratie par le droit (Commission de Venise), *Avis sur les obligations légales internationales des États membres du Conseil de l'Europe concernant les lieux de détention secrets et le transport interétatique des prisonniers*, 66ème session plénière, 17-18 mars 2006, avis nº 363/2005, CDL-AD(2006)009, § 140. V. égal. HAWKINS, K., The Promises of Torturers: Diplomatic Assurances and the Legality of 'Rendition', in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 20, n°2, 2006, pp. 213-268; KIM, J. C., Non-Refoulement under the Convention against Torture: How U.S. Allowances for Diplomatic Assurances Contravene Treaty Obligations and Federal Law, in *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, n° 3, 2007, pp. 1227-1261; NOLL, G., Diplomatic Assurances and the Silence of Human Rights, in *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, 2006, pp. 104-126.

[1486] CCT, *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza c. Suède*, communication nº 233/2003, 24 mai 2005, CAT/C/34/D/233/2003, § 13.4 ; CCT, *Conclusions et recommandations (États-Unis)*, CAT/C/USA/CO/2, 25 juillet 2006, § 20: « [l]e Comité s'inquiète du recours par l'État partie aux 'assurances diplomatiques' ou à d'autres formes de garanties qu'un individu ne sera pas soumis à la torture s'il est expulsé, refoulé, transféré ou extradé vers un autre État. Il est aussi préoccupé par le secret qui entoure ces procédures, notamment le fait qu'elles échappent à tout contrôle judiciaire, et par l'absence de dispositif de surveillance pour vérifier si les assurances ont été honorées ». V. aussi Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Monsieur Nowak, 30 août 2005, A/60/316, § 51 ; AGNU, 14 février 2007, A/RES/61/153, § 9 ; AGNU, 1er mars 2007, *Protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, résolution 61/171.

[1487] V. *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, §§ 69 et 76, CEDH 2005-I; v. égal. *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V; *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, §§ 67-74, CEDH 2008; *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09, CEDH 2012 (extraits).

> « [L]'existence de textes internes et l'acceptation de traités internationaux, garantissant, en principe, le respect des droits fondamentaux, ne suffisent pas, à elles seules, à assurer une protection adéquate contre le risque de mauvais traitements lorsque […] des sources fiables font état de pratiques des autorités – ou tolérées par celles-ci – manifestement contraires aux principes de la Convention »[1488].

487. Elle exige ainsi une appréciation *in concreto* des assurances diplomatiques, notamment eu égard des circonstances prévalant à l'époque considérée dans l'État de destination, afin d'établir qu'elles fournissent, dans leur application effective, une garantie suffisante contre des violations de l'article 3[1489].

488. Dans la première affaire relative aux restitutions extraordinaires jugée par la Cour EDH, *El-Masri c. République de Macédoine*[1490], la Cour a eu l'occasion de rappeler l'obligation d'enquête officielle et effective qui s'imposait aux autorités étatiques en cas d'allégations d'actes de torture ou de mauvais traitements. Cette obligation fait partie du volet procédural de l'article 3 et doit être combinée avec l'article 1er de la Convention qui impose aux États de garantir les droits et libertés protégés à toutes les personnes qui relèvent de leur juridiction. Ainsi, l'enquête officielle, pour être effective, doit pouvoir mener à l'identification et à la punition des responsables : « [s]'il n'en allait pas ainsi, nonobstant son importance fondamentale, l'interdiction légale générale de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants serait inefficace en pratique, et il serait possible dans certains cas à des agents de l'État de fouler aux pieds, en jouissant d'une quasi-impunité, les droits des personnes soumises à leur contrôle »[1491]. Par ailleurs, de telles allégations graves de mauvais traitements exigent une enquête rapide et approfondie selon les circonstances de chaque affaire sans tirer des conclusions hâtives ou mal fondées en vue de clotûrer l'enquête ou prendre une décision[1492]. Enfin, il est important que l'enquête soit menée en toute indépendance par rapport au pouvoir exécutif, ce qui suppose non seulement l'absence d'un lien hiérarchique ou institutionnel mais une indépendance concrète et réelle, en offrant à la victime la possibilité de participer effectivement à l'enquête[1493]. En l'espèce, le requérant

---

[1488] *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, §§ 54-55 et § 147, CEDH 2008.
[1489] Ibid., § 148.
[1490] *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, CEDH 2012.
[1491] *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, § 182, CEDH 2012. V. égal. *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, § 102, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII; *Georgiy Bykov c. Russie*, n° 24271/03, § 60, 14 octobre 2010. *Corsacov c. Moldova*, n° 18944/02, § 68, 4 avril 2006.
[1492] *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, § 183, CEDH 2012.
[1493] Ibid., §§ 184-185. V. égal. *Oğur c. Turquie* [GC], n° 21594/93, §§ 91-92, CEDH 1999-III; *Mehmet Emin Yüksel c. Turquie*, n° 40154/98, § 37, 20 juillet 2004; *Ergi c. Turquie*, 28 juillet 1998, §§ 83-84, § 92, Recueil 1998-IV; *Khadjialiyev et autres c. Russie*, n° 3013/04, § 106, 6 novembre 2008, *Denis Vasilyev c. Russie*, n°

alléguait avoir été victime d'une restitution extraordinaire dans le cadre de laquelle il aurait été arrêté, détenu au secret, interrogé et maltraité par des agents de la République de Macédoine avant d'être remis à des agents de la CIA qui l'auraient transféré dans un établissement de détention secret en Afghanistan où il a subi des mauvais traitements pendant plus de quatre mois de la période allant du 31 décembre 2003 au 29 mai 2004, date à laquelle le requérant a pu revenir en Allemagne, État dont il était ressortissant[1494]. Néanmoins, les autorités de l'État défendeur informées de ces allégations, n'avaient pas conduit une enquête officielle et effective propre à établir la vérité et d'aboutir à l'identification et à la punition des responsables des faits allégués, la Cour concluant à la violation de l'article 3 en son volet procédural[1495]. Au regard du volet matériel de l'article 3 et de la qualification des faits, la Cour EDH avait rappelé sa jurisprudence constante en vertu de laquelle : en vue de distinguer entre la torture et autres formes de mauvais traitements, outre la gravité des traitements, la notion de torture supposait un élément intentionnel reconnu par l'article 1er de la Convention contre la torture des Nations Unies qui précise que le terme de « torture » renvoie à l'infliction intentionnelle d'une douleur ou de souffrances aiguës aux fins notamment d'obtenir des renseignements, de punir ou d'intimider[1496]. L'article 1 de la Convention impose ainsi aux États de prendre des mesures propres à empêcher que les personnes relevant de leur

32704/04, § 157, 17 décembre 2009, *Dedovski et autres c. Russie*, n° 7178/03, § 92, 15 mai 2008; *Ognyanova et Choban c. Bulgarie*, n° 46317/99, § 107, 23 février 2006.

[1494] *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, §§ 16-33, CEDH 2012.

[1495] Ibid., §§ 192-194.

[1496] Ibid., §§ 195-197: « 195. L'article 3 de la Convention, la Cour l'a dit à maintes reprises, consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. Il ne prévoit pas d'exceptions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention, et d'après l'article 15 § 2 il ne souffre nulle dérogation, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation (Selmouni c. France [GC], n° 25803/94, § 95, CEDH 1999-V, et Labita c. Italie [GC], n° 26772/95, § 119, CEDH 2000-IV). La Cour a confirmé que même dans les circonstances les plus difficiles, telle la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime (Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, § 79, Recueil 1996-V, et Labita, précité, § 119). 196. Pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime (Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, § 162, série A n° 25, et Jalloh c. Allemagne [GC], n° 54810/00, § 67, CEDH 2006-IX). Parmi les autres facteurs à considérer figurent le but dans lequel le traitement a été infligé ainsi que l'intention ou la motivation qui l'ont inspiré (voir, entre autres, Aksoy c. Turquie, 18 décembre 1996, § 64, Recueil 1996-VI, Egmez c. Chypre, n° 30873/96, § 78, CEDH 2000-XII, et Krastanov c. Bulgarie, n° 50222/99, § 53, 30 septembre 2004). 197. Pour déterminer si une forme donnée de mauvais traitements doit être qualifiée de torture, la Cour doit avoir égard à la distinction que l'article 3 opère entre cette notion et celle de traitements inhumains ou dégradants. Cette distinction paraît avoir été consacrée par la Convention pour marquer d'une spéciale infamie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances (Aksoy, précité, § 62). Outre la gravité des traitements, la notion de torture suppose un élément intentionnel, reconnu dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants des Nations unies, entrée en vigueur le 26 juin 1987, qui précise que le terme de « torture » s'entend de l'infliction intentionnelle d'une douleur ou de souffrances aiguës aux fins notamment d'obtenir des renseignements, de punir ou d'intimider (article 1 er) (İlhan c. Turquie [GC], n° 22277/93, § 85, CEDH 2000-VII) ».

juridiction « ne soient soumises à des tortures ou à des traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers, [la responsabilité des États pouvant être engagée en l'absence de telles] mesures raisonnables pour empêcher la matérialisation d'un risque de mauvais traitement dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance »[1497]. En l'espèce, la Cour avait souligné que la décision d'un État partie de renvoyer une personne et a fortiori, le renvoi en lui-même, engageait la responsabilité de l'État au titre de la Convention, « lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le renvoie vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à cette disposition ». S'il est nécessaire d'apprécier la situation dans l'État de destination, il ne s'agit pas d'établir la responsabilité de ce dernier au regard du droit international général ou au titre de la Convention : l'État contractant engage sa responsabilité à travers son « acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés »[1498]. Pour établir sa responsabilité de l'État défendeur face aux faits allégués par le requérant :

> « [La Cour européenne] attache de l'importance aux rapports et à la jurisprudence pertinente d'organes internationaux et étrangers eu égard aux circonstances spécifiques de l'espèce, aux articles de journaux évoqués […] [dans l'arrêt], qui constituent des sources fiables rendant compte de pratiques qui ont été employées ou tolérées par les autorités américaines et qui sont manifestement contraires aux principes de la Convention, [l]a Cour [ayant] déjà jugé certains de ces rapports 'préoccupants' et a exprimé de vives inquiétudes au sujet des méthodes utilisées par les autorités américaines pour interroger les personnes soupçonnées de terrorisme international et détenues à la base navale de Guantánamo et à Bagram, en Afghanistan »[1499].

489. La Cour avait également constaté que les autorités de l'État défendeur n'avaient demandé aucune assurance aux autorités américaines, propres à éviter au requérant le risque de subir des mauvais traitements[1500]. Elle avait conclu, à l'unanimité, que ces éléments extrasystémiques « sont de nature à démontrer qu'il existait des motifs sérieux de croire que l'intéressé, s'il était remis aux autorités américaines dans le cadre du programme de 'remises', courrait un risque réel d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la

[1497] Ibid., § 198.
[1498] Ibid., § 212. V. *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, § 91, série A n° 161; *Saadi c. Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, §§ 125-126, CEDH 2008; *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, §§ 69-70, série A n° 201; *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, § 67, CEDH 2005-I.
[1499] *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, § 218, CEDH 2012.
[1500] Ibid., § 219. V. *A contrario*, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, §§ 71-78, CEDH 2005-I; et *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni* (déc.), n° 24027/07, 11949/08 et 36742/08, § 113, 6 juillet 2010.

Convention » et que la responsabilité de l'État défendeur se trouvait engagé en raison des traitements infligés au requérant[1501].

490. Dans une opinion concordante commune, plusieurs juges parties à l'affaire, ont souligné que la Cour aurait pu mettre davantage l'accent sur le droit à la vérité[1502]. En l'espèce, la Cour EDH semble intégrer le droit de connaître la vérité entourant les violations alléguées sur le terrain de l'article 3 à travers l'obligation d'enquête effective, alors que le requérant invoquait l'article 10 de la Convention relatif à la liberté d'expression[1503]. Dans leur opinion commune, les juges faisaient valoir la nécessaire reconnaissance explicite du droit à la vérité dans le contexte de l'article 13 de la Convention portant sur le droit à un recours effectif, considérant que le droit à la vérité était très largement reconnu par le droit international et le droit européen relatif aux droits de l'Homme. Dans le cadre des Nations Unies, ils faisaient référence notamment à l'article 24 § 2 de la Convention internationale contre les disparitions forcées, à l'Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'Homme par la lutte contre l'impunité, aux Résolutions 9/11 et 12/12 sur le droit à la vérité, adoptées les 18 septembre 2008 et 1er octobre 2009 par le Conseil des droits de l'Homme disposant que :

> « [...] Le Comité des droits de l'Homme et le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires [...] ont reconnu que les victimes de violations flagrantes des droits de l'Homme et les membres de leur famille ont le droit de connaître la vérité au sujet des événements qui se sont produits, et notamment de connaître l'identité des auteurs des faits qui ont donné lieu à ces violations [...] ».

491. Au niveau régional, les juges avaient rappelé les décisions *Velásquez Rodríguez v. Honduras* du 29 juillet 1988 ainsi que *Contreras et al. v. El Salvador* du 31 août 2011 jugées par la Cour interaméricaine ; la décision-cadre adoptée dans le système de l'Union européenne par le Conseil le 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales ; et enfin, les Lignes directrices pour éliminer l'impunité pour les violations graves des droits de l'Homme adoptées par le Conseil de l'Europe le 30 mars 2011[1504].

[1501] Ibid., § 218, §§ 220-223.

[1502] Opinion Concordante Commune Aux Juges Tulkens, Spielmann, Sicilianos Et Keller, §§ 1-7, sous *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, CEDH 2012.

[1503] *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, § 193 et § 264, CEDH 2012. V. §§ 175-179 de l'arrêt pour les observations des tiers intervenants.

[1504] Opinion Concordante Commune Aux Juges Tulkens, Spielmann, Sicilianos Et Keller, §§ 8-10, sous *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, CEDH 2012.

492. Dans l'affaire *Al-Nashiri c. Roumanie*[1505], la plus récente relative aux prisons secrètes de la CIA, la Cour européenne avait conclu que la Roumanie avait accueilli sur son territoire un tel site de détention de septembre 2003 à novembre 2005, où le requérant avait été détenu pendant 18 mois, la Roumanie ayant ensuite permis son transfert vers d'autres sites de détention situés soit en Afghanistan, soit en Lituanie[1506]. Le requérant alléguait ainsi que l'État défendeur avait permis sa détention au secret sur son territoire, l'exposition à des actes de torture et autres formes graves de mauvais traitements ainsi que son transfert vers d'autres sites de détention, l'exposant ainsi à de longues années de violations des droits les plus fondamentaux, tout en n'ayant diligenté aucune enquête officielle et effective en vue d'établir les faits et de punir les responsables de ces actes. En effet, le 31 mai 2018, au moment où la Cour avait rendu son arrêt, le requérant était toujours détenu à la prison de Guantanamo et une enquête pénale toujours en cours en Roumanie sans qu'elle ait permis pour autant d'établir la responsabilité des autorités nationales dans le programme de remise. Alors même que l'État contestait sa juridiction au regard de l'article 1[1507], la Cour avait rappelé sa jurisprudence établie en vertu de laquelle l'État partie à la Convention est non seulement responsable des actes illicites commis par des agents étrangers sur son propre territoire avec l'acquiescement ou l'accord tacite des autorités nationales[1508], mais aussi du renvoi d'une personne vers un État de destination où elle risque d'être exposée à des actes de torture et autres formes de mauvais traitements[1509]. Ainsi, une fois la juridiction établie au sens de l'article 1 de la Convention, plusieurs obligations incombent à l'État. Dans le cadre de la jurisprudence constante de la Cour EDH, l'interdiction absolue de la torture impose une double obligation à l'État : d'une part, une obligation substantielle qui se subdivise en une obligation négative et en une obligation positive, à la fois de protection et de prévention ; d'autre part, une obligation procédurale qui inclut l'obligation d'enquêter[1510]. En ce qui concerne l'obligation substantielle négative, elle renvoie à l'impératif de ne pas faire subir des actes de torture et autres formes de mauvais traitements par des agents de l'État à l'égard des personnes qui

[1505] *Al Nashiri c. Roumanie*, n° 33234/12, 31 mai 2018.
[1506] V. pour d'autres affaires relatives aux restitutions extraordinaires :
El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine [GC], n° 39630/09, CEDH 2012 : *Al Nashiri c. Pologne*, n° 28761/11, 24 juillet 2014; *Nasr et Ghali c. Italie*, n° 44883/09, 23 février 2016; *Abu Zubaydah c. Lituanie*, n° 46454/11, 31 mai 2018.
[1507] *Al Nashiri c. Roumanie*, n° 33234/12, §§ 590-593, 31 mai 2018.
[1508] Ibid., § 594. V. égal. *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], n° 48787/99, § 318, CEDH 2004-VII; El-Masri, § 206; Al-Nashiri c. Pologne, § 452; Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne, § 449; Nasr et Ghali c. Italie, § 241.
[1509] *Al Nashiri c. Roumanie*, n° 33234/12, §§ 595-599, 31 mai 2018.
[1510] SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 13ème ed., 2016, pp. 282 et suiv.; pp. 481-489.

relèvent de sa juridiction[1511]. L'obligation substantielle positive suppose le respect d'une obligation de protection par l'État afin de préserver les personnes vulnérables, telles que celles privées de liberté, des atteintes et violations à leur intégrité physique et morale[1512]. La jurisprudence internationale est convergente quant à l'obligation positive de l'État en matière de protection des violations du droit à l'intégrité des personnes placées sous sa juridiction[1513]. L'obligation de prévention est également une obligation substantielle positive qui implique d'une part, l'adoption de mesures et d'une réglementation appropriées s'imposant à l'activité des agents de l'État ayant l'usage de la force afin de prévenir les violations du droit à l'intégrité physique des personnes [1514] ; d'autre part, une législation pénale adéquate, permettant de punir effectivement les actes de viol par exemple qui peuvent relever de la prohibition de la torture[1515]. Enfin, l'obligation procédurale[1516] vise à lutter contre l'impunité et met à la charge des États l'obligation de conduire une enquête officielle approfondie et effective en respectant le principe du contradictoire et les droits de la défense, en vue d'identifier et de punir les responsables des violations de la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire que ces actes ont été commis par des agents de l'État, notamment à l'encontre des personnes privées de liberté[1517]. Cette obligation positive est également énoncée à l'article 12 de la Convention

[1511] CEDH, 25 avril 2002, Pretty c. Royaume-Uni, § 50.

[1512] V. parmi d'autres, CEDH, 1998, Selmouni : pour les personnes placées en garde à vue; CEDH, 27 juillet 2004, Slimani c. France : pour les personnes placées en rétention admnistrative; CEDH, 24 janvier 2008, Riad et Idiab c. Belgique : pour les personnes en zone de transit; CEDH, 12 octobre 2006, Mubilanzila Mayeka c. Belgique; CEDH, 19 janvier 2012, Popov c. France : pour un enfant mineur placé en détention dans un centre de transit ; CEDH, affaire Labita; CEDH, 21 janvier 2014, Placi c. Italie; CommEDH, Rapport du 8 juillet 1993, H. c. Suisse, n° 17549/90, § 7; CEDH, 22 octobre 2002, Algür c. Turquie, § 44; CEDH, 27 juillet 2004, A. A. et al. c. Turquie, § 38; CEDH, 16 décembre 2008, Levinta c. Moldova, CEDH : obligation de protection en matière de santé pour les personnes blessées lors d'une arrestation ou d'une détention. Le Comité des droits de l'Homme adopte une position semblable, v. CDH, *Observation générale n°21 relative à l'article 10*, 6 avril 1992, A/47/40, p. 192.

[1513] Cour IADH, 29 juillet 1988, Velasquez Rodriguez c. Honduras, § 175; CDH, *Observation générale n° 20 sur l'article 7 du Pacte*, 3 avril 1992, A/47/40, p. 190.

[1514] V. *A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI; *Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et autres c. Géorgie*, n° 71156/01, 3 mai 2007 : cette obligation de prévention en prenant toutes les mesures nécessaires pour prévenir les violations de la prohibition de la torture vaut également pour les actes commis par des particuliers. La CIJ, le Comité des droits de l'Homme et le Comité contre la torture vont dans le même sens : CDH, *Observation générale n°31* – Article 2 du Pacte, préc.; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 168; CCT, *Besim Osmani c. Serbie*, communication n° 261/2005, 8 mai 2009, A/64/44, 2009, p. 275, § 10.4.

[1515] *M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, § 166, CEDH 2003-XII: combinaison de l'article 3 et 8 de la Convention et prise en considération de l'évolution des mœurs et de la société afin de redéfinir l'autonomie sexuelle et le consentement. La Cour se réfère à la jurisprudence du TPIY, Ch. de 1ère inst., 22 février 2001, *Le Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, IT-96-23-T et IT-96-23/1-T.

[1516] V. SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 13ème ed., 2016, pp. 486-489.

[1517] V. parmi d'autres, *Kmetty c. Hongrie*, n° 57967/00, 16 décembre 2003; *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, § 93, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII; *Selmouni c. France* [GC], n° 25803/94, § 79,

contre la torture tandis que le Comité des droits de l'Homme l'applique en interprétant les dispositions du Pacte[1518]. L'obligation de conduire une enquête officielle et effective est essentielle afin de rendre l'interdiction de la torture effective, en engageant non seulement des poursuites à l'égard des agents de l'État pour que les violations ne restent pas impunies mais également en réprimant effectivement les atteintes au droit à l'intégrité physique et morale par l'adoption de sanctions pénales dissuasives et en octroyant une réparation adéquate aux victimes[1519]. Ainsi, l'obligation d'engager des poursuites prime sur le principe *ne bis in idem* qui ne peut être invoqué comme un obstacle à de telles poursuites en cas d'allégations d'actes de torture[1520]. Précisément, il s'agit de s'intéresser aux chefs de compétence permettant aux tribunaux nationaux d'un État d'engager des poursuites extraterritoriales en matière de prohibition de la torture. En effet, l'obligation de conduire des enquêtes officielles et effectives en vue d'identifier les auteurs de violations de la prohibition des actes de torture et de mauvais traitements, doit être assortie de la possibilité d'engager des poursuites devant les juridictions nationales même lorsque les actes litigieux comportent un élément d'extraterritorialité.

Section 2. Les poursuites extraterritoriales en matière de prohibition de la torture

493. Si le principe de la compétence universelle en matière pénale en vue de la poursuite et de la répression des violations graves du droit international fait l'unanimité parmi les organes internationaux de protection (§1), tout autre est l'état du droit international à l'égard de la reconnaissance d'une compétence universelle civile en cas d'allégations d'actes de torture. Le dialogue juridictionnel en la matière illustre la difficulté de définir précisément les effets attachés à une norme impérative lorsqu'elle se heurte aux immunités aux États reconnues par le droit international coutumier. La comparaison de la jurisprudence internationale reflète

---

CEDH 1999-V: pour les personnes en garde à vue; *Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, CEDH 2000-IV; *Indelicato c. Italie*, n° 31143/96, 18 octobre 2001 : pour les personnes détenues en prison; *Slimani c. France*, n° 57671/00, CEDH 2004-IX (extraits): pour les personnes placées en détention administrative; *Cobzaru c. Roumanie*, n° 48254/99, 26 juillet 2007: obligation d'enquête pour des actes de torture commis sur la base de motifs racistes.

[1518] V. Article 12 de la Convention contre la torture; v. CDH, *Freemantle c. Jamaïque*, 24 mars 2000, A/55/40.

[1519] *Caloc c. France*, n° 33951/96, § 89, CEDH 2000-IX; *Okkalı c. Turquie*, n° 52067/99, CEDH 2006-XII (extraits); *Zontul c. Grèce*, n° 12294/07, 17 janvier 2012. L'État peut engager sa responsabilité du seul manquement à son obligation procédurale qui constitue en soi une violation de l'article 3, indépendamment des violations à l'égard de son obligation substantielle : v. *Dikme c. Turquie*, n° 20869/92, § 93, CEDH 2000-VIII; *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, § 93, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII; *Labita c. Italie* [GC], n° 26772/95, CEDH 2000-IV; *Martinez Sala et autres c. Espagne*, n° 58438/00, § 145, 2 novembre 2004.

[1520] *Marguš c. Croatie* [GC], n° 4455/10, CEDH 2014 (extraits).

également une conception différente du droit d'accès au juge en fonction des systèmes juridiques de protection (§2).

§ 1. La reconnaissance aboutie de la compétence universelle en matière pénale

494. Le principe de l'exercice d'une compétence universelle en matière de torture a été consacré tant au niveau universel qu'au niveau régional (A). En effet, dans la mesure où la compétence universelle a pour vocation de mettre en œuvre la responsabilité pénale individuelle pour les auteurs soupçonnés des crimes internationaux des plus graves, les États doivent prendre les mesures nécessaires pour engager de telles poursuites sur le fondement de l'arsenal juridique dont disposent les ordres juridiques nationaux. Cependant, la mise en œuvre d'une telle compétence se heurte à de nombreux obstacles, comme les lois d'amnistie dont l'interdiction générale fait pourtant l'objet d'une jurisprudence convergente (B).

A. La consécration du principe de compétence universelle pénale en matière de torture

495. La Convention contre la torture est le seul instrument international de protection des droits de l'Homme qui contraint les États à ériger la torture en infraction internationale puisque l'article 4 énonce l'obligation des États à adopter des mesures, afin que les actes de torture constituent des infractions au regard de leur droit pénal, en étant assorties de sanctions pénales appropriées en fonction de leur gravité et en criminalisant également la complicité, la tentative et la participation à de tels actes de torture[1521]. En revanche, si le PIDCP ne contient pas de disposition explicite à l'égard de la compétence universelle, l'article 14 détaille les principes applicables à une enquête pénale équitable, respectueuses des droits des accusés et du principe d'égalité devant les tribunaux. La Convention contre la torture englobe plusieurs articles faisant référence aux mesures concrètes que doivent prendre les États afin de rendre la

[1521] L'article 4 est rédigé ainsi:1. Tout État partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture. 2. Tout État partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité ». Dans le domaine du droit international pénal et la mise en place d'une compétence universelle à l'égard des crimes internationaux, v. le Préambule du Statut de Rome de la CPI à l'égard de la compétence universelle, al. 4 et al 6. qui affirment respectivement que « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale » et qu' « il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux ».

prohibition effective notamment sur le terrain des poursuites pénales. L'article 5 régit de manière générale la compétence pénale des États comme suit puisqu'il dispose que :

> « 1. Tout État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées à l'art. 4 dans les cas suivants : a) Quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous la juridiction dudit État ou à bord d'aéronefs ou de navires immatriculés dans cet État ; b) Quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit État ; c) Quand la victime est un ressortissant dudit État et que ce dernier le juge approprié. 2. Tout État partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître desdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celle-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit État ne l'extrade pas conformément à l'art. 8 vers l'un des États visés au par. 1 du présent article. 3. La présente Convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales ».

496. Cet article énonce ainsi les principes classiques de compétence pénale découlant du principe de territorialité, de la compétence personnelle active ou passive ou de la compétence universelle pour les crimes les plus graves, la Convention laissant une très large marge d'appréciation aux États tant que la compétence s'exerce en conformité avec leur droit national [1522]. Les articles 6 et 7 précisent davantage les modalités d'exercice de cette compétence pénale, respectivement quant aux conditions de détention [1523] et en ce qui concerne le principe *aut dedere, aut judicare*[1524]. Le Comité contre la torture a déjà été amené à conclure à une violation de l'article 5 § 2 qui est relatif à la compétence universelle, en rappelant que tout État devait prendre les mesures nécessaires afin d'établir sa compétence

[1522] V. RODLEY, N., POLLARD, M., Criminalisation of Torture: State Obligations Under the United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment, in *European Human Rights Law Review*, vol. 115, 2006, pp. 132-133.

[1523] Article 6 de la Convention contre la torture : « 1. S'il estime que les circonstances le justifient, après avoir examiné les renseignements dont il dispose, tout État partie sur le territoire duquel se trouve une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction visée à l'art. 4 assure la détention de cette personne ou prend toutes autres mesures juridiques nécessaires pour assurer sa présence. Cette détention et ces mesures doivent être conformes à la législation dudit État ; elles ne peuvent être maintenues que pendant le délai nécessaire à l'engagement de poursuites pénales ou d'une procédure d'extradition. 2. Ledit État procède immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits. 3. Toute personne détenue en application du par. 1 du présent article peut communiquer immédiatement avec le plus proche représentant qualifié de l'État dont elle a la nationalité ou, s'il s'agit d'une personne apatride, avec le représentant de l'État où elle réside habituellement. 4. Lorsqu'un État a mis une personne en détention, conformément aux dispositions du présent article, il avise immédiatement de cette détention et des circonstances qui la justifient les États visés au par. 1 de l'art. 5. L'État qui procède à l'enquête préliminaire visée au par. 2 du présent article en communique rapidement les conclusions auxdits États et leur indique s'il entend exercer sa compétence ».

[1524] Article 7 de la Convention contre la torture : « 1. L'État partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'une infraction visée à l'art. 4 est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, dans les cas visés à l'art. 5, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. 2. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave en vertu du droit de cet État. Dans les cas visés au par. 2 de l'art. 5, les règles de preuve qui s'appliquent aux poursuites et à la condamnation ne sont en aucune façon moins rigoureuses que celles qui s'appliquent dans les cas visés au paragraphe 1 de l'art. 5. 3. Toute personne poursuivie pour l'une quelconque des infractions visées à l'art. 4 bénéficie de la garantie d'un traitement équitable à tous les stades de la procédure ».

pour les violations de la prohibition de la torture en vue de pouvoir connaître ces infractions lorsque l'auteur présumé se trouve sur un territoire relevant de sa juridiction et où ledit État ne l'extrade pas[1525]. En effet, dans l'affaire *Guengueng et al. c. Sénégal* portée devant le Comité, les requérants soutenaient avoir été torturés au Tchad entre 1982 et 1990 par des officiels du régime de Hissène Habré. Celui-ci s'était réfugié au Sénégal entre 1990 et 2006, au moment où le Comité contre la torture statuait sur leur requête. Ils alléguaient des violations par le Sénégal de l'article 5 § 2 et de l'article 7 puisque leurs recours devant les juridictions nationales sénégalaises à l'encontre de Hissène Habré avaient été rejetés au motif qu'elles n'étaient pas compétentes pour statuer sur des allégations d'actes de torture commis au Tchad. Le Comité avait par ailleurs noté que les actes de torture étaient « codifiés dans le Code pénal sénégalais, en application de l'article 4 de la Convention, en tant que crime international relevant du *jus cogens* »[1526]. Il avait également constaté que lorsque les éléments de preuve sont suffisants, l'obligation d'engager des poursuites à l'encontre de l'auteur présumé d'actes de torture s'impose, préalablement à toute demande d'extradition mentionnée par l'article 7 § 1 de la Convention[1527]. Plusieurs de ses Observations finales précisent les modalités d'exercice de la compétence universelle en cas de violations de la Convention contre la torture[1528]. *A contrario*, le Comité a jugé qu'un État partie n'avait pas l'obligation de formuler une demande d'extradition destinée à l'État où se trouve un auteur présumé d'actes de torture. Il s'agit simplement d'une possibilité offerte par la Convention[1529], position convergente avec celle de la CIJ affirmée dans l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*[1530]. Cependant, dans le cadre de l'affaire *Hissène Habré*, au moment où le Comité avait statué, la Belgique avait adressé une demande d'extradition au Sénégal que ce dernier refusait d'exécuter. Pendant des années, le Sénégal avait refusé de se conformer aux décisions du CCT et à la décision de la CIJ rendue en 2012 puisque aucune procédure en matière pénale

[1525] CCT, communication n° 181/2001, *Guengueng et al. c. Sénégal*, § 9.5. Le Comité avait estimé que le Sénégal n'était pas tenu de mettre en œuvre de telles mesures immédiatement après la ratification de la Convention contre la torture mais qu'il était tenu de le faire dans un délai raisonnable, concluant ainsi à une violation de l'article 5 § 2.

[1526] Ibid., § 7.2.

[1527] Ibid., § 9.7. Il conclut également à la violation de l'article 7. V. égal. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422.

[1528] V. par ex. CCT, *Observations finales*, France, 2010, CAT/C/FRA/CO/4-6, § 19; CCT, *Observations finales*, Espagne, 2009, CAT/C/ESP/CO/5, § 17; CCT, *Observations finales*, Népal, 2005, CAT/C/NPL/CO/2, § 18.

[1529] CCT, *Rosenmann c. Espagne*, communication n° 176/2000. L'affaire était relative au projet d'extradition du général Pinochet du Royaume-Uni vers l'Espagne suite à son arrestation à Londres en 1998 après l'émission d'un mandat d'arrêt espagnol. Le requérant, un ressortissant espagnol, affirmait avoir été victime de torture au Chili dans le cadre du régime dirigé par le général Pinochet et mettait en cause le gouvernement pour des entraves au processus d'extradition, soulevant ainsi la question à l'égard d'une obligation pesant sur l'État de demander l'extradition d'un auteur présumé d'actes de torture. V. Supra. Partie I. Titre I. Chapitre 2, sur la question des immunités reconnues à des représentants officiels de l'État.

[1530] Ibid. V. Supra.

n'avait été engagée contre Hissène Habré. Ce sont les Chambres africaines extraordinaires qui avaient réussi à l'arrêter en 2013 et engager des poursuites pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre à son encontre[1531]. Cette affaire illustre les obstacles auxquels peuvent se heurter les tentatives d'exercice d'une compétence universelle en matière pénale pour des violations graves du droit international[1532].

497. Dans le cadre des Nations Unies, le Secrétaire général soumet annuellement des rapports à l'Assemblée générale relatifs à la *Portée et application du principe de compétence universelle*. Le rapport soumis en 2017 rappelle la position du Conseil de l'Europe, selon laquelle aucune des Conventions conclues dans ce cadre ne prévoit l'établissement d'une compétence pénale universelle, tout en soulignant que 12 des instruments contiennent des dispositions relatives à l'obligation des États membres de prendre des mesures en droit interne en vue d'établir la compétence de leurs juridictions pénales à l'égard des infractions visées dans ledit texte. Dans la mesure où les Conventions du Conseil de l'Europe n'imposent pas des limitations aux États en ce qui concerne les chefs de compétence qu'ils peuvent introduire dans leur droit interne, sans préjudice des règles générales du droit international, les États peuvent ainsi établir la compétence universelle pour leurs juridictions nationales[1533]. Par ailleurs, la recommandation 1953 (2011) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe portant sur *L'obligation des États membres et observateurs du Conseil de l'Europe de coopérer pour réprimer les crimes de guerre* fait explicitement référence à la question de la compétence universelle[1534], tandis que les arrêts *Jorgic c. Allemagne*[1535] et *Ely Ould Dah c. France*[1536] de la Cour EDH reconnaissent l'aptitude des États à engager des poursuites et à prononcer des condamnations sur la base de cette compétence[1537]**.** Les observations du

[1531] V. pour le détail de cette affaire et les difficultés à traduire en justice M. Habré, BRODY, R., *L'affaire Hissène Habré. Le combat des victimes pour traduire leur dictateur en justice*, Pain pour le Monde L'Œuvre Protestante pour la Diakonie et le Développement, Berlin, Juin 2017, 2ème version actualisée, disponible ici : https://www.brot-fuer-die-welt.de/fileadmin/mediapool/2_Downloads/Fachinformationen/Analyse/Analyse70_fr_actualisee.pdf [accès le 10 janvier 2019].

[1532] V. SHAGHAJ, D. R., Les crimes de jus cogens, le refus de l'immunité des hauts représentants des États étrangers et l'exercice de la compétence universelle, in *Revue québécoise de droit international*, vol. 28.2, 2015, pp. 143-171; DELMAS-MARTY, M., « Chapitre 4. La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités) », in CASSESE, A., DELMAS-MARTY, M. (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, pp. 613-652.

[1533] Rapport du Secrétaire général des Nations Unies soumis à l'Assemblée générale, 2017, *Portée et application du principe de compétence universelle*, § 33, disponible ici : https://digitallibrary.un.org/record/1291336/files/A_72_112-FR.pdf?version=1

[1534] Ibid., § 34.

[1535] *Jorgic c. Allemagne*, n° 74613/01, §§ 7, 8, 55 et 64-72, CEDH 2007-III. V. infra.

[1536] *Ould Dah c. France* (déc.), n° 13113/03, CEDH 2009. V. infra.

[1537] *Portée et application du principe de compétence universelle (2017)*, op. cit., §§ 37-38 pour les références à des arrêts limitant les obligations des États en matière de compétence universelle : « Dans l'affaire Rantsev c. Chypre et Russie, la Cour a estimé que l'obligation de mener une enquête effective sur des violations du droit à

Comité international de la Croix Rouge en 2017 faisaient valoir que plus de 110 États avait institué dans leur cadre juridique national des formes diverses de compétence universelle pour les violations graves du droit international humanitaire. Il relevait également une multiplication des enquêtes ouvertes et des poursuites engagées en application de la compétence universelle, notamment à l'égard des violations graves du droit international humanitaire commises en temps de conflit armé international ou non international, sans qu'il y ait un lien entre le crime et l'État exerçant sa compétence pénale[1538]. Dans le cadre du rapport sur la compétence universelle soumis par le Secrétaire général des Nations Unies en 2018, le CICR a constaté que 117 États avaient incorporé la compétence universelle dans leur droit interne, notant parmi les exemples récents l'Afghanistan, les Émirats arabes unis, le Kenya, le Mexique et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord[1539], témoignant ainsi de l'acceptation croissante de ce principe par les États.

498. Parallèlement à l'établissement d'une compétence universelle dans l'ordre juridique interne, pour les tribunaux d'un État peut être soulevée la question de la législation nationale applicable au litige. La Cour européenne a pu ainsi juger que les juridictions nationales d'un État pouvaient prononcer une condamnation sur le fondement de la loi nationale de cet État, bien que les actes de l'intéressé aient été commis dans un autre État[1540]. Ainsi, la Cour estime que, de manière générale, la compétence extraterritoriale ou la compétence universelle des juridictions nationales d'un État partie à la Convention ne relève pas de l'article 7 relatif au principe de la légalité des délits et de peines mais du droit d'accès à un tribunal défini à l'article 6 § 1 et de l'article 5 § 1 visant les conditions de la détention à la suite d'une

---

la vie consacré par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme n'imposait pas aux États membres d'établir dans leur droit pénal leur juridiction universelle sur les affaires dans lesquelles l'un de leurs ressortissants a trouvé la mort. 38. De surcroît, dans l'affaire J. et autres c. Autriche, la Cour a considéré que le volet procédural de l'article 4 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui garantit l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé, n'impos ait pas aux États contractants l'obligation d'établir leur compétence universelle sur des infractions de traite commises à l'étranger ». V. *Rantsev c. Chypre et Russie*, n° 25965/04, § 244, CEDH 2010 (extraits); *J. et autres c. Autriche*, n° 58216/12, § 114, 17 janvier 2017.

[1538] Ibid., § 40.

[1539] Rapport du Secrétaire général des Nations Unies soumis à l'Assemblée générale, 2018, *Portée et application du principe de compétence universelle*, § 35, disponible ici : https://undocs.org/fr/A/73/123 . V. égal. § 34 pour le CICR se réjouissant de l'acceptation universelle des Convention de Genève qui comportent 196 États Parties et de la poursuite des ratifications et adhésions au Protocole additionnel I comportant 174 États Parties en 2018. V. Ibid., § 36 pour la mention à la création par de nombreux États d' « unités spécialisées pour traiter exclusivement des questions de fond et de procédure touchant les crimes internationaux » et la poursuite de « leur initiative internationale d'élaboration d'un mécanisme d'entraide judiciaire ». Par ailleurs, le Comité soulignait que les autorités nationales avaient engagé des enquêtes sur plus de 20 affaires sur la base de la compétence universelle, notamment en Allemagne, en Argentine, en Belgique, en Espagne, aux États-Unis, en France, au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et en Suisse, et que des jugements avaient été rendus par des tribunaux en Allemagne, au Sénégal et en Suède. V. égal. AGNU, Projet de résolution 2018 sur la compétence universelle : https://undocs.org/fr/%20A/C.6/73/L.16 .

[1540] *Jorgic c. Allemagne*, n° 74613/01, CEDH 2007-III: par des actes de génocide commis au cours du nettoyage ethnique ayant eu lieu en Bosnie.

condamnation prononcée par un tribunal compétent[1541]. Néanmoins, une condamnation découlant de l'exercice de la compétence universelle des tribunaux nationaux d'un État peut être analysée sous l'angle de l'article 7, lorsque l'application de la loi nationale de ces tribunaux écarte l'application de la loi de l'État où les actes ont été commis. Il s'agissait de l'hypothèse de l'affaire *Ely Ould Dah c. France*[1542] dans laquelle le requérant, un officier mauritanien, avait été condamné par les juridictions françaises pour des actes de torture et de barbarie commis en Mauritanie sur le fondement de la Convention des Nations Unies contre la torture et l'exercice de la compétence universelle. Le requérant contestait l'application de la loi française en alléguant qu'une loi mauritanienne d'amnistie rendait les poursuites sans objet. La Cour européenne avait jugé la requête irrecevable estimant que l'application de la loi française, en dépit de la loi d'amnistie adoptée dans l'État où les faits avaient été commis, n'était pas contraire au principe de la légalité des délits et des peines dans la mesure où la législation française était conforme aux exigences d'accessibilité, de prévisibilité et de non-retroactivité. Elle a consacré ainsi le principe de compétence universelle qui s'impose d'une part, en raison des impératifs découlant de la sécurité juridique et de la prééminence du droit ; d'autre part, au regard de l'impératif de répression des crimes internationaux les plus graves, en interprétant ainsi de manière souple le principe de la légalité criminelle[1543]. Dans cette affaire, la Cour EDH a rappelé de nombreux textes internationaux prohibant la torture et précisant les mesures à mettre en œuvre par les États, à savoir les articles 1, 2, 4, 5, 6 et 7 de la Convention contre la torture, l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, l'article 3 commun aux Conventions de Genève et l'article 4 du Protocole additionnel II, l'article 7 du PIDCP et l'Observation générale n° 20 du Comité des droits de l'Homme à l'égard de cette disposition[1544], l'article 5 de la Convention américaine, l'article 5 de la Charte africaine[1545] et enfin, l'article 17 du Statut de Rome de la CPI. Elle a également

[1541] *Jorgic c. Allemagne*, n° 74613/01, §§ 64-72, CEDH 2007-III.

[1542] *Ould Dah c. France* (déc.), n° 13113/03, CEDH 2009. Sur cette affaire, v. MOULIER, I. « La Cour européenne des droits de l'Homme face à la répression pénale nationale des crimes de droit international », in AKANDJI-KOMBÉ, J-F. et al (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en l'honneur du professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 1365-1396.

[1543] MOULIER, I. « La Cour européenne des droits de l'Homme face à la répression pénale nationale des crimes de droit international », préc., pp. 1394-1395.

[1544] Observation dans laquelle le Comité avait rappelé, face à des lois adoptées par des États octroyant l'amnistie pour des actes de torture que : « [l]'amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu'ont les États d'enquêter sur de tels actes ; de garantir la protection contre de tels actes dans leur juridiction ; et de veiller à ce qu'ils ne se reproduisent pas à l'avenir. Les États ne peuvent priver les particuliers du droit à un recours utile, y compris le droit à une indemnisation et à la réadaptation la plus complète possible ».

[1545] À propos de la Charte africaine, la Cour précise que « l'interdiction de la torture occupe une place primordiale dans tous les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'Homme, notamment, dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme, ou encore dans la Charte africaine des droits de l'Homme

mentionné l'affaire du *Mandat d'arrêt* jugée par la CIJ en 2001 ainsi que l'affaire *Furundzija* du TPIY pour la position de principe adoptée par le TPIY[1546] ainsi que les affaires *Mucić*[1547] et *Kunarac*[1548] contenant des déclarations similaires. Elle a ainsi souligné que :

> « [L]'interdiction de la torture occupe une place primordiale dans tous les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'Homme [et] a valeur de norme impérative, c'est-à-dire de *jus cogens* […] l'impérieuse nécessité de l'interdiction de la torture et de la poursuite éventuelle des personnes qui enfreignent cette règle universelle, ainsi que l'exercice par un État signataire de la compétence universelle prévue par la Convention des Nations unies contre la torture, seraient vidés de leur substance s'il fallait retenir seulement la compétence juridictionnelle de cet État, sans pour autant admettre l'applicabilité de la législation pertinente dudit État. À n'en pas douter, écarter cette législation au profit de décisions ou de lois de circonstance adoptées par l'État du lieu des infractions, agissant pour protéger ses propres ressortissants ou, le cas échéant, sous l'influence directe ou indirecte des auteurs de ces infractions, en vue de les disculper, conduirait à paralyser tout exercice de la compétence universelle, et réduirait à néant le but poursuivi par la Convention contre la torture »[1549].

499. La Cour interaméricaine, en rappelant que l'interdiction de la torture relève du *jus cogens*[1550], a également souligné que, eu égard son caractère indérogeable, elle imposait des obligations *erga omnes*[1551]. Aux yeux de la Cour, ces obligations pèsent ainsi sur l'ensemble

---

et des peuples qui a spécialement vocation à s'appliquer sur le continent dont est originaire le requérant ». Nous soulignons.

[1546] TPIY, Ch. de 1ère inst., 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, §§ 153-156: « 153. (...) En raison de l'importance des valeurs qu'il protège, [le] principe [de l'interdiction de la torture] est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier « ordinaire ». La conséquence la plus manifeste en est que les États ne peuvent déroger à ce principe par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative. 154. Clairement, la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale. En outre, cette interdiction doit avoir un effet de dissuasion en ce sens qu'elle rappelle à tous les membres de la communauté internationale et aux individus sur lesquels ils ont autorité qu'il s'agit là d'une valeur absolue que nul ne peut transgresser.155. (...) Il serait absurde d'affirmer d'une part que, vu la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture, les traités ou règles coutumières prévoyant la torture sont nuls et non avenus *ab initio* et de laisser faire, d'autre part, les États qui, par exemple, prennent des mesures nationales autorisant ou tolérant la pratique de la torture ou amnistiant les tortionnaires. (...) 156. De surcroît, à l'échelon individuel, à savoir celui de la responsabilité pénale, il semblerait que l'une des conséquences de la valeur de *jus cogens* reconnue à l'interdiction de la torture par la communauté internationale fait que tout État est en droit d'enquêter, de poursuivre et de punir ou d'extrader les individus accusés de torture, présents sur son territoire. (...) ».

[1547] TPIY, Ch. de 1ère inst., 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Mucić et consorts*, affaire n° IT-96-21-T, § 454.

[1548] TPIY, Ch. de 1ère inst. II, 22 février 2001, *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, affaire n° IT 96-23-T et IT-96-23/1-T, § 466.

[1549] *Ould Dah c. France* (déc.), n° 13113/03, CEDH 2009. V. infra, p. 17.

[1550] Cour IADH, arrêt, *Affaire Goiburú c. Paraguay* (fond, réparations et dépens), 22 septembre 2006, série C, n° 153, § 193; Cour IADH, arrêt, *Affaire Bueno Alves c. Argentine* (fond, réparations et dépens), 11 mai 2007, série C, n° 164, § 76.

[1551] Cour IADH, arrêt, *Affaire Goiburú c. Paraguay* (fond, réparations et dépens), 22 septembre 2006, série C, n° 153, § 128, au sens de la définition donnée par la CIJ dans l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, CIJ, Recueil 1970, p. 32, §§ 33-34.

de la communauté internationale, légitimant la mise en œuvre de toutes les voies de recours pertinentes, tant au niveau national qu'au niveau international, de nature à permettre d'engager la responsabilité pénale des auteurs de tels actes et à établir la responsabilité internationale de l'État, estimant que ces deux chefs de responsabilité sont complémentaires et que le droit d'accès à la justice est lui-même impératif[1552]. Il convient cependant de se pencher plus précisément sur les lois d'amnistie qui peuvent faire obstacle à l'exercice des poursuites en cas de violations graves du droit international, au-delà des réticences de la part des États à l'égard de ce qu'ils considèrent comme une ingérence dans leurs affaires intérieures, allant à l'encontre de leur souveraineté[1553].

B. La convergence quant à l'interdiction générale des lois d'amnistie face aux violations graves du droit international

500. Les quatre Conventions de Genève[1554] ainsi que le Protocole additionnel I de 1977[1555] imposent aux États parties de prendre des sanctions pénales adéquates en vue de punir les responsables des infractions graves au droit international humanitaire commises dans le contexte d'un conflit armé, en respectant le principe *aut dedere, aut judicare*. Parallèlement, au regard du droit international coutumier, applicable tant aux conflits armés internationaux qu'aux conflits armés non internationaux, les États ont l'obligation d'enquêter sur les crimes de guerre, d'identifier les responsables et le cas échéant, les poursuivre en vue d'une sanction pénale[1556]. L'article 6 § 5 du Protocole additionnel II relatif aux conflits armés non internationaux énonce qu' « [à] la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues ». Cependant, le droit international humanitaire

[1552] Cour IADH, arrêt, *Affaire Goiburú c. Paraguay* (fond, réparations et dépens), 22 septembre 2006, série C, n° 153, §§ 128-132, spéc. § 131. V. § 132 pour les références mentionnées par la Cour en notes de bas de page n° 86 et 87 qui englobent de nombreux traités universels et régionaux.

[1553] À propos des difficultés de mise en œuvre de la compétence universelle sur le continent africain, v. LAFONTAINE, F., *La compétence universelle en Afrique : ingérence ou complémentarité?*, in Revue Études Internationales, Volume 45, Numéro 1, Mars, 2014, p. 129–151 : https://www.erudit.org/fr/revues/ei/2014-v45-n1-ei01412/1025120ar.pdf

[1554] V. Art. 49 CG-I, art. 50 CG-II, art. 129 CG-III et art. 146 CG-IV.

[1555] V. Art. 85.

[1556] HENCKAERTS, J.-M., DOSWALD-BECK, L., *Droit international humanitaire coutumier – Volume I : Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 806-807. V. la règle 158 de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier qui affirme que : « Les États doivent enquêter sur les crimes de guerre qui auraient été commis par leurs ressortissants ou par leurs forces armées, ou sur leur territoire, et, le cas échéant, poursuivre les suspects. Ils doivent aussi enquêter sur les autres crimes de guerre relevant de leur compétence et, le cas échéant, poursuivre les suspects ».

coutumier exclut cette possibilité pour les personnes soupçonnées, accusées ou condamnées pour des crimes de guerre commis dans le cadre d'un conflit armé non international[1557]. Au regard de l'article 17 du Statut de Rome de la CPI visant les questions relatives à la recevabilité, la Cour examine les circonstances de chaque affaire afin de déterminer si l'État a manqué à son obligation d'engager des poursuites à travers l'adoption de lois d'amnisties, tandis que l'article 10 du Statut du Tribunal spécial pour le Sierre Leone et l'article 6 du Statut du Tribunal spécial pour le Liban affirment explicitement que de telles lois n'ont pas d'incidence sur l'exercice des poursuites à l'encontre des crimes qui relèvent de leur compétence. Parallèlement, l'article 20 du Statut de Rome autorise explicitement les dérogations au principe *ne bis in idem* en autorisant la CPI à engager des poursuites à l'encontre d'une personne qui aurait fait l'objet d'une mesure d'acquittement par un autre tribunal pour un crime de génocide, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité si la procédure avait pour seul but de soustraire la personne à sa responsabilité pénale individuelle pour des crimes relevant de la compétence de la Cour[1558].

501. Les tribunaux internationaux sont unanimes quant à l'exclusion des crimes de guerre du champ d'application de l'amnistie, qu'il s'agisse du Tribunal spécial pour le Sierra Leone[1559], du TPIY[1560], des Chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens[1561], de la Cour interaméricaine[1562] et la Commission interaméricaine[1563], de la Cour européenne[1564], de

---

[1557] HENCKAERTS, J.-M., DOSWALD-BECK, L., *Droit international humanitaire coutumier – Volume I*, op. cit., pp. 811. V. la règle 159 de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier qui dispose que : « À la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir doivent s'efforcer d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part à un conflit armé non international ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, à l'exception des personnes soupçonnées ou accusées de crimes de guerre ou condamnées pour crimes de guerre ». V. p. 815 à propos de la jurisprudence internationale relative à l'interdiction des lois d'amnistie pour les crimes de guerre.

[1558] V. *Marguš c. Croatie* [GC], n° 4455/10, § 136, CEDH 2014 (extraits).

[1559] SCSL, Appeals Chamber, 25 May 2004, *Prosecutor v. Gbao*, Decision on Preliminary Motion on the Invalidity of the Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court, Decision n° SCSL-04-15-PT-141, § 10; SCSL, Judgment of the Trial Chamber, 25 February 2009, *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Case n° SCSL-04-15-T, § 54; SCSL, Trial Chamber, Sentencing Judgment, *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Case n° SCSL-04-15-T, § 253.

[1560] TPIY, Ch. de 1ère instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, § 155 : pour les actes de torture constitutifs de crimes de guerre.

[1561] CETC, 3 novembre 2011, *Decision on Ieng's Sary*, Rule 89 - Preliminary Objections (Ne Bis In Idem and Amnesty and Pardon), 002119-09-2007/ECCC/TC, E51/15, § 50.

[1562] Cour IADH, arrêt, *Case of the Massacres of El Mozote and nearby places c. El Salvador* (merits, reparations and costs), October 25, 2012, Series C, n° 252; Cour IADH, arrêt, *Case of Gomes Lund et al. (Guerrilha do Araguaia) v. Brazil* (merits, reparations and costs), November 24, 2010, Series C, n° 249, §§ 147-182; Cour IADH, arrêt, *Case of Gelman v. Uruguay*, (merits and reparations), February 24, 2011, Series C, n° 221, §§ 183-229; Cour IADH, arrêt, *Case of the Serrano Cruz Sisters v. El Salvador* (merits, reparations and costs), March 03, 2015, Series C, n° 120, § 172; Cour IADH, arrêt, *Case of Contreras et al. v. El Salvador* (merits, reparations and costs), August 31, 2011, Series C, n° 232, § 174.

[1563] CommIADH, Report n° 28/92, Cases 10,147; 10,181; 10,240; 10,262; 10,309 and 10,311, *Argentina*, October 2, 1992, §§40-41; CommIADH, Report n° 34/96, Cases 11,228; 11,229; 11,231, and 11,282, *Chile*, October 15, 1996, § 70; IACHR. Report n° 36/96. Chile, October 15, 1996, § 71; CommIADH, Report n° 1/99,

la Commission africaine[1565], ou encore des organes des traités des Nations Unies[1566]. Néanmoins, dans le cadre de processus de paix ou de justice transitionnelle, afin de faciliter la reconciliation et la transformation politique après la cessation des hostilités, la Cour interaméricaine a jugé que l'adoption de lois d'amnistie dans un tel contexte, à la suite d'un conflit armé non international, pouvait être justifiée en vue d'encourager le retour à une paix durable[1567]. Elle exclut toutefois les lois d'amnistie pour les violations graves du droit international au regard de l'article 6 § 5 du Protocole additionnel II de 1977, en considérant :

> « [I]nadmissibles les dispositions d'amnistie, les dispositions de prescription et l'établissement de dispositions visant l'exclusion de responsabilité ayant pour objet d'empêcher l'enquête et la sanction des responsables des violations graves des droits de l'Homme telles que la torture, les exécutions sommaires, extrajudiciaires ou arbitraires ainsi que les disparitions forcées, qui sont toutes interdites car elles contreviennent des droits indérogeables reconnus par le droit international des droits humains »[1568].

502. Le Comité des droits de l'Homme a également souligné que :

> « L'amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu'ont les États d'enquêter sur [les violations de la prohibition de la torture affirmé par l'article 7 du PIDCP]; de garantir la protection contre de tels actes dans leur juridiction ; et de veiller à ce qu'ils ne se reproduisent pas à l'avenir. Les États ne peuvent priver

---

Case of 10,480, *El Salvador*, January 27, 1999, § 107, § 121; CommIADH, Report n° 8/00, Case 11,378, *Haiti*, February 24, 2000, §§ 35-36; CommIADH, Report n° 20/99, Case 11,317, *Peru*, February 23, 1999, §§ 159-160; CommIADH, Report n° 55/99, Cases 10,815; 10,905; 10,981; 10,995; 11,042 and 11,136, *Peru*, April 13, 1999, § 140; CommIADH, Report n° 44/00, Case 10,820, *Peru*, April 13, 2000, § 68; CommIADH, Report n° 47/00, Case 10,908, *Peru*, April 13, 2000, § 76; CommIADH, Report n° 29/92, Cases 10,029, 10,036 and 10,145. Uruguay, of October 2, 1992, §§ 50-51.

[1564] *Abdülsamet Yaman c. Turquie*, n° 32446/96, § 552, 2 novembre 2004; *Marguš c. Croatie*, n° 4455/10, 13 novembre 2012; *Marguš c. Croatie* [GC], n° 4455/10, CEDH 2014 (extraits).

[1565] CommADHP, 11 mai 2000, *Malawi Africa Association, Amnesty International, Ms Sarr Diop, Union interafricaine des droits de l'Homme et RADDHO, Collectif des veuves et ayants-Droit, Association mauritanienne des droits de l'Homme c. Mauritanie*, comm. n° 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 et 210/98, § 83; CommADHP, 26 mai 2006, *Zimbabwe Human Rights NGO Forum c. Zimbabwe*, comm. n° 245/02, § 211 et § 215.

[1566] CDH, *Observation Générale n° 20*, Article 7 (quarante-quatrième session, 1992), HRI\GEN\1\Rev.1 (1994), § 15; CDH, *Hugo Rodríguez v. Uruguay*, communication n° 322/1988, 9 août 1994, CCPR/C/51/D/322/1988, §§ 12.3-12.4; CDH, *Observations finales*, Pérou, 1996, CCPR/C/79/Add.67, § 9; CDH, *Observations finales, Yémen*, 1995, CCPR/C/79/Add.51, section 4, § 3; CDH, *Observations finales*, Paraguay, 1995, CCPR/C/79/Add.48, section C, § 5 (9); CDH, *Observations finales*, Haiti, 1995, CCPR/C/79/Add.49, section 4, § 2; CCT, *Observation Générale n° 2*, Application de l'article 2 par les États Parties (Prévention des actes de torture), CAT/C/GC/2, 24 Janvier 2008, § 5. CCT, *Observations finales*, Bénin, 2008, CAT/C/BEN/CO/2, § 9; CCT, *Observations finales*, Ex-République Yougoslave de Macédoine, 2008, CAT/C/MKD/CO/2, § 5.

[1567] Cour IADH, arrêt, *Case of the Massacres of El Mozote and nearby places c. El Salvador* (merits, reparations and costs), October 25, 2012, Series C, n° 252, §§ 283 et suiv.

[1568] Cour IADH, arrêt, *Affaire Barrios Altos c. Pérou* (fond), 14 mars 2001, série C, n° 75, § 41. V. égal. Cour IADH, 15 octobre 2014, Tarazona Arrieta et al. v. Peru (preliminary objections, merits, reparations and costs), October 15, 2014, Series C, n° 286.

les particuliers du droit à un recours utile, y compris le droit à une indemnisation et à la réadaptation la plus complète possible »[1569].

503. Ainsi, outre les crimes de guerre, les organes internationaux de protection considèrent également exclus du champ d'application des lois d'amnistie les crimes contre l'humanité[1570], les violations graves du droit international telles que la torture[1571] ou autres violations flagrantes des droits de l'Homme[1572], parmi lesquelles les exécutions extrajudiciaires ou les disparitions forcées[1573], dans la mesure où il incombe aux États de conduire des enquêtes effectives et punir les responsables de violations graves des droits de l'Homme qui ne souffrent d'aucune dérogation[1574].

504. La Cour européenne apparaît cependant plus réservée à consacrer l'interdiction générale des lois d'amnistie face aux violations graves des droits de l'Homme. Dans l'affaire *Margus c. Croatie*, en s'appuyant toutefois sur la jurisprudence des autres organes internationaux dont celle de la Cour IADH, elle observe que :

> « [À] l'heure à l'heure actuelle aucun traité international n'interdit expressément le recours à l'amnistie relativement aux violations graves des droits fondamentaux de l'Homme. Certes, l'article 6 § 5 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux dispose qu'« [à] la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé (...) » ; cependant, l'interprétation que donne la Cour interaméricaine des droits de l'Homme de cet article exclut de son champ d'application les auteurs de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité (voir, au paragraphe 66 ci-dessus, l'arrêt Massacres d'El Mozote et lieux voisins c. Salvador, § 286). Selon la Cour interaméricaine, pareille conclusion découle des obligations que le droit international impose aux États de mener des investigations

---

[1569] CDH, *Observation Générale n° 20*, Article 7 (quarante-quatrième session, 1992), HRI\GEN\1\Rev.1 (1994), § 15.

[1570] Cour IADH, arrêt, *Affaire Almonacid Arellano et autres c. Chili* (exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens), 26 septembre 2006, série C, n° 154.

[1571] *Abdülsamet Yaman c. Turquie*, n° 32446/96, § 552, 2 novembre 2004; *Yeter c. Turquie*, n° 33750/03, 13 janvier 2009.

[1572] CommADHP, 26 mai 2006, *Zimbabwe Human Rights NGO Forum c. Zimbabwe*, comm. n° 245/02: à propos des enlèvements, de l'emprisonnement forcé, des incendies ou autres destructions volontaires de biens privés. V. égal. CommADHP, 11 mai 2000, *Malawi Africa Association, Amnesty International, Ms Sarr Diop, Union interafricaine des droits de l'Homme et RADDHO, Collectif des veuves et ayants-Droit, Association mauritanienne des droits de l'Homme c. Mauritanie*, comm. n° 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 et 210/98: impossibilité pour l'État de se soustraire à ses obligations internationales découlant de la Charte africaine en adoptant des lois d'amnistie.

[1573] Cour IADH, arrêt, *Affaire Barrios Altos c. Pérou* (fond), 14 mars 2001, série C, n° 75; Cour IADH, arrêt, *Case of the Massacres of El Mozote and nearby places c. El Salvador* (merits, reparations and costs), October 25, 2012, Series C, n° 252, § 283.

[1574] Cour IADH, arrêt, *Case of Gelman v. Uruguay*, (merits and reparations), February 24, 2011, Series C, n° 221. V. égal. le rapport de la Commission dans la même affaire, CommIADH, *Juan Gelman et al. v. Uruguay*, Case 438-06, Report n°. 30/07, OEA/Ser.L/V/II.130 Doc. 22, rev. 1 (2007).

et d'ouvrir des poursuites relativement aux crimes de guerre. Ainsi, la Cour interaméricaine a jugé que « les personnes soupçonnées ou accusées de crimes de guerre ne peuvent bénéficier d'une amnistie ». La même obligation d'enquête et de poursuite vaut également pour les violations graves des droits fondamentaux de l'Homme et les amnisties prévues par l'article 6 § 5 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève ne sont donc pas davantage applicables à de tels actes[1575].

[…]

Plusieurs juridictions internationales ont jugé que les mesures d'amnistie ne pouvaient être admises lorsqu'elles étaient destinées à faire obstacle aux investigations sur des violations graves des droits de l'Homme ou sur des actes constitutifs de crimes au regard du droit international et à la punition des responsables de ce type d'exactions[1576].

[…]

La Cour prend note de l'argument du tiers intervenant relatif à l'absence de consensus parmi les États au niveau international quant à une interdiction absolue du recours à l'amnistie pour des violations graves des droits fondamentaux de l'Homme, notamment de ceux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention. Le tiers intervenant a également exprimé l'avis qu'utilisée comme moyen de mettre fin à des conflits prolongés, l'amnistie peut aboutir à des résultats positifs […][1577].

La Cour prend également note de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, notamment des affaires Barrios Altos, Gomes Lund et autres, Gelman et Massacres d'El Mozote et lieux voisins, toutes précitées, dans lesquelles la haute juridiction, se fondant sur sa jurisprudence antérieure ainsi que sur les conclusions de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme, des organes des Nations unies et d'autres organes universels et régionaux de protection des droits de l'Homme, a pris fermement position sur cette question, déclarant qu'aucune amnistie ne pouvait être admise relativement à des violations graves des droits fondamentaux de l'Homme. Elle a expliqué qu'en pareil cas, l'amnistie porterait gravement atteinte à l'obligation pour les États de mener des investigations sur de telles exactions et d'en punir les auteurs (Gelman, précité, § 195, et Gomes Lund et autres, précité, § 171). La Cour interaméricaine a souligné que pareilles mesures d'amnistie contrevenaient aux droits indérogeables reconnus par le droit international des droits de l'Homme (Gomes Lund et autres, § 171) »[1578].

505. Au regard de tout ce qui précède, la Cour européenne conclut que :

« Le droit international tend de plus en plus à considérer ces amnisties comme inacceptables car incompatibles avec l'obligation universellement reconnue pour les États de poursuivre et de punir les auteurs de violations graves des droits fondamentaux de l'Homme. À supposer que les amnisties soient possibles lorsqu'elles s'accompagnent de circonstances particulières telles qu'un processus

[1575] *Marguš c. Croatie* [GC], n° 4455/10, § 131, CEDH 2014 (extraits), nous soulignons. V. §§ 132-134 pour des références aux dispositions pertinentes des Conventions de Genève de 1949, à la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité interdit la prescription pour ces deux catégories de crimes et à la jurisprudence des autres organes internationaux, en matière de lois d'amnistie, détaillée aux §§ 45, 47-49, 51-53, et 56-58 de l'arrêt.

[1576] *Marguš c. Croatie* [GC], n° 4455/10, § 135, CEDH 2014 (extraits).

[1577] Ibid., § 137. V. §§ 108-113 pour les observations du tiers intervenant.

[1578] *Marguš c. Croatie* [GC], n° 4455/10, § 138, CEDH 2014 (extraits).

de réconciliation et/ou une forme de réparation pour les victimes, l'amnistie octroyée au requérant en l'espèce n'en resterait pas moins inacceptable puisque rien n'indique la présence de telles circonstances en l'espèce »[1579].

506. La position de la Cour apparaît contradictoire au regard de sa jurisprudence. Dans l'affaire *Mocanu et autres c. Roumanie* relative à l'imprescriptibilié des crimes contre l'humanité[1580], la Cour avait affirmé qu' « en matière de torture ou de mauvais traitements infligés par des agents de l'État, l'action pénale ne devrait pas s'éteindre par l'effet de la prescription, de même que l'amnistie et la grâce ne devraient pas être tolérées dans ce domaine »[1581]. La consécration de l'obligation internationale de réprimer les crimes contre l'humanité sans délai de prescription a été saluée par l'opinion concordante par des juges parties à l'affaire[1582]. Pourtant, dans l'affaire *Janowiec,* la Cour avait souligné « la différence fondamentale qui existe entre la possibilité de poursuivre une personne pour un grave crime de droit international, si les circonstances le permettent et l'obligation de le faire au regard de la Convention », en acceptant ainsi que l'écoulement du temps puisse étendre l'obligation d'enquêter et de poursuivre[1583]. La position de la Cour dans l'affaire *Margus c. Croatie* a été critiquée notamment dans une opinion dissidente jointe à l'affaire *Mocanu et autres c. Roumanie* qui soulignait la nécessité pour la Cour de clarifier sa position à l'égard des prescriptions et des lois d'amnistie pour les violations graves des droits fondamentaux[1584]. Si le principe de la compétence universelle dans le domaine pénal fait autorité en dépit des difficultés de mise en œuvre[1585], tout autre est la question d'une compétence universelle en matière civile en cas d'allégations d'actes de torture.

[1579] Ibid., § 139. En l'espèce, en dépit de l'amnistie accordée par le tribunal de comté pour des assassinats de civils et des coups et blessures infligés à un enfant, puisqu'un nouvel acte d'accusation a été dressé contre le requérant et que les autorités l'ont condamné pour des crimes de guerre contre la population civile, la Cour conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 4 du Protocole n° 7 à la CEDH relatif au droit de à ne pas être jugé ou puni deux fois, v. §§ 139-141.

[1580] *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], n° 10865/09 et 2 autres, CEDH 2014 (extraits).

[1581] Ibid., § 326.

[1582] Opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque, à laquelle se rallie le Juge Vučinić, sous *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], n° 10865/09 et 2 autres, CEDH 2014 (extraits), §§ 4-5. V. §§ 311-326 de l'arrêt pour le raisonnement de la Cour notamment au regard des allégations de violations des articles 2 et 3 de la Convention.

[1583] *Janowiec et autres c. Russie* [GC], n° 55508/07 et 29520/09, § 151, CEDH 2013.

[1584] Position de la Cour critiquée dans l'opinion partiellement dissidente du Juge Wojtyczek, sous *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], n° 10865/09 et 2 autres, CEDH 2014 (extraits), § 11.

[1585] DELMAS-MARTY, M., *Chapitre 4. La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités)*, in CASSESE, A., DELMAS-MARTY, M. (dir.), « Juridictions nationales et crimes internationaux, Paris, PUF, 2002, pp. 613-652.

§ 2. L'absence de compétence universelle en matière civile en cas d'allégations d'actes de torture

507. L'absence de compétence universelle en matière civile pour des actes de torture a été réaffirmée dans la jurisprudence récente de la Cour européenne. Or, c'est précisément dans l'hypothèse d'un élément d'extraterritorialité dans les actes de torture, impliquant un État étranger, que les victimes sont susceptibles de saisir les tribunaux d'un autre État en vue de faire constater la violation de leurs droits et d'obtenir une indemnisation du préjudice subi. Ainsi, il semblerait que les limites des effets du *jus cogens* découlent directement des lacunes du droit international en cas de conflit entre la catégorie des normes impératives et celles relevant du droit international coutumier (A). En l'absence d'un consensus international sur cette question, le dialogue des juges ne peut que mettre en exergue un état du droit positif qui semble figé (B), tandis que le statut du droit d'accès à un tribunal apparaît contesté et sa conception fragmentée parmi les systèmes juridiques de protection des droits de la personne (C).

A. La consécration de l'absence de compétence universelle en matière civile pour des actes de torture par l'affaire *Naït-Liman* de la Cour EDH

508. Il apparaît intéressant de mettre en perspective l'exercice de la compétence universelle en matière civile par rapport à l'article 14 de la Convention contre la torture. Cet article prévoit le droit à réparation pour les victimes de torture en ces termes :

> « 1. Tout État partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible. En cas de mort de la victime résultant d'un acte de torture, les ayants cause de celle-ci ont droit à indemnisation. 2. Le présent article n'exclut aucun droit à indemnisation qu'aurait la victime ou toute autre personne en vertu des lois nationales ».

509. Selon la jurisprudence constante de la Cour européenne, l'interdiction de la torture incarne une « valeur de civilisation étroitement liée au respect de la dignité humaine » au centre du système de protection institué par la Convention[1586]. Au regard de la reconnaissance

[1586] *Bouyid c. Belgique*, n° 23380/09, § 81 et §§ 89-90, 21 novembre 2013.

de sa nature de norme impérative du droit international depuis l'affaire *Al-Adsani*[1587], cette prohibition est absolue, ne souffre d'aucune dérogation et engendre ainsi des obligations positives à la charge de l'État, parmi lesquelles l'obligation de réparation de cas de violation[1588]. Néanmoins, dans le cadre de l'affaire *Naït-Liman c. Suisse*, jugée le 15 mars 2018 par la Grande Chambre de la Cour européenne[1589], était soulevée l'existence éventuelle d'une obligation internationale d'avoir accès aux tribunaux suisses sur le fondement des principes de compétence universelle civile et de for de nécessité, applicables en cas d'allégation d'actes de torture. La Cour conclut à la non-violation de l'article 6 § 1 de la Convention relatif au droit à un procès équitable[1590] en retenant l'absence d'obligation pour les juridictions nationales de faire droit à une action civile en réparation pour des actes de torture. En effet, si l'interdiction de la torture et la lutte contre l'impunité sont intimement liées au droit à un procès équitable, « l'effectivité de ce droit et le défi de l'exercice de la compétence extraterritoriale des juridictions nationales pour des violations des droits de l'Homme commises dans un État tiers semblent s'être systématiquement heurtés au principe coutumier des immunités juridictionnelles de l'État »[1591]. En effet, dès la jurisprudence *Al-Adsani*, et par la suite dans l'affaire *Jones*, en se référant notamment à l'arrêt des *Immunités juridictionnelles* de la CIJ[1592], la Cour avait affirmé l'impossibilité de faire primer une norme impérative du droit international telle que la prohibition de la torture afin d'écarter l'immunité d'un État étranger soulevée dans le cadre d'actions civiles en réparation pour des actes de torture au motif qu'une telle solution ne s'était pas encore cristallisée dans le droit international coutumier, la Cour EDH n'excluant pas toutefois une interprétation évolutive en cas de futurs changements dans le domaine des immunités[1593].

510. Cependant, l'argumentaire de l'arrêt *Naït-Liman* n'est pas fondé sur les immunités juridictionnelles en cas de recours en matière civile pour des allégations de torture. En

[1587] *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, §§ 60-61, CEDH 2001-XI; arrêt de principe confirmé notamment dans CEDH, 14 janvier 2014, Jones c. Royaume-Uni.
[1588] V. parmi d'autres, *İlhan c. Turquie* [GC], n° 22277/93, § 97, CEDH 2000-VII.
[1589] *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, 15 mars 2018; confirmant l'arrêt de section, *Naït-Liman c. Suisse*, n° 51357/07, 21 juin 2016.
[1590] Article 6, § 1 de la Convention européenne : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bienfondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. […] ».
[1591] NKENKEU-KECK, S., L'arrêt Naït-Liman c. Suisse ou l'occasion manquée par la Cour européenne des droits de l'Homme de renforcer l'effectivité du droit des victimes d'obtenir réparation de violations graves des droits de l'Homme (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, Naït-Liman c. Suisse, 15 mars 2018), in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 116/2018, p. 986.
[1592] *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, §§ 61-66, CEDH 2001-XI; Immunités juridictionnelles, §§ 81-97. V. supra. Partie I. Titre I. Chapitre II.
[1593] *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, §§ 61-65, CEDH 2001-XI.

l'espéce, le requérant, ressortissant tunisien, affirmait avoir été arbitrairement détenu et victime d'actes de torture du 24 avril au 1er juin 1992, dans son État d'origine sur ordre du Ministre de l'intérieur. Suite à sa libération, il a fui la Tunisie pour se réfugier en Suisse où il a déposé une demande d'asile qui lui fut accordée en 1995, État où il résidait toujours au moment de la requête et duquel il était devenu ressortissant par naturalisation. Le 14 février 2001, le requérant avait déposé une plainte pénale ayant appris que le Ministre de l'intérieur, en fonction au moment de sa détention et des actes de torture subis, était en Suisse pour des raisons médicales. Néanmoins, le mis en cause a quitté le territoire avant qu'il puisse être interpellé ce qui donna lieu à un classement sans suite de la plainte. Étant dans l'impossibilité d'intenter une action civile devant les juridictions tunisiennes, le requérant introduit en 2004 une demande en dommages et intérêts devant les juridictions suisses pour obtenir réparation du préjudice moral né des actes de torture allégués[1594]. Par jugement du 15 septembre 2005, le tribunal suisse déclara sa demande irrecevable au motif qu'il n'était pas compétent en raison du lieu en affirmant que, « [s]'agissant d'une action en responsabilité civile fondée sur des actes illicites qui auraient été perpétrés en Tunisie par les défendeurs au préjudice du demandeur, les juridictions helvétiques, faute de domicile ou de résidence habituelle en Suisse des défendeurs, faute également d'un acte illicite ou d'un résultat dommageable survenus en Suisse, ne sont internationalement pas compétentes, à raison du lieu, pour connaître du litige »[1595]. La compétence était également refusée au titre du for de nécessité prévu par l'article 3 de la loi suisse sur le droit international privé à défaut d'un lien de rattachement suffisant entre la cause et les faits d'une part, et la Suisse d'autre part en considérant que : « [l]a totalité des actes pour les suites desquels le demandeur, ressortissant tunisien, réclame une indemnité pour tort moral, lui auraient été infligés […] en Tunisie en 1992 […] par l'État tunisien et ses agents. Le seul fait qu'à raison de ces actes, le demandeur a requis et obtenu en 1995 l'asile politique en Suisse, pays dans lequel il est domicilié depuis lors, ne constitue pas, en l'état actuel de la jurisprudence, un lien de rattachement suffisant permettant de retenir, contre les défendeurs, un for de nécessité en Suisse et à Genève »[1596]. Enfin, la juridiction suisse, en se référant à l'affaire *Al-Adsani*, estimait que les auteurs allégués des actes de torture « bénéficiaient de l'immunité de juridiction, car les actes de torture avaient été accomplis iure imperii et non iure gestionis »[1597], ce que le requérant contestait[1598].

[1594] *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, §§ 12-24, 15 mars 2018.
[1595] Ibid., § 25.
[1596] Ibid., § 26.
[1597] Ibid., § 28.

511. Ainsi, la Cour souligne « le large consensus dans la communauté internationale sur l'existence d'un droit des victimes de torture à une réparation appropriée et effective » ainsi que le caractère contraignant de ce droit pour les États en ce qui concerne les actes de torture commis sur le territoire de l'État du for ou par des personnes qui relèvent de leur juridiction »[1599]. Néanmoins, elle constate qu' « il n'en va pas de même des actes commis par des États tiers ou des personnes relevant de ceux-ci » bien qu'elle tienne à préciser que « quelles que soient les conséquences qu'elle sera amenée à tirer de cette circonstance sur le terrain de la Convention, elles ne mettent pas en cause, dans son principe, le droit des victimes d'actes de torture à une indemnisation appropriée et effective »[1600]. En ce qui concerne l'immunité de juridiction, question laissée ouverte par la juridiction nationale qui avait décliné sa compétence ratione loci à connaître du recours, la Cour avait rappelé la jurisprudence de la CIJ dans les affaires du *Mandat d'arrêt* et des *Immunités juridictionnelles,* avant de conclure que l'approche des juridictions suisses correspond à la pratique internationale en la matière[1601]. Bien que le requérant n'eût pas invoqué un argument tenant au principe de compétence universelle, la Cour avait estimé que son argumentaire s'en approchait fortement et avait décidé de l'examiner avant de se pencher sur la notion de for de nécessité. Tout d'abord, elle avait précisé que le principe de compétence universelle dans le domaine pénal était très largement accepté par les États, contrairement au domaine civil, ce qui se reflétait à l'article 5 § 2 de la Convention contre la torture tandis que l'article 14 relatif au droit à réparation apparaissait plus ambigu quant à sa portée géographique[1602]. Elle rappelle que « [d]ans la forme absolue du concept, la compétence universelle ne dépend d'aucun facteur de rattachement ratione personae déterminant les personnes sujettes à la juridiction exerçant une telle compétence […] [ni] d'un facteur de rattachement *ratione loci* exigeant que cette compétence ne s'exerce qu'en présence de certains liens – géographiques

[1598] Ibid., § 29 : « Le requérant adressa au Tribunal fédéral un recours en réforme daté du 20 octobre 2006, par lequel il demandait de dire que les juridictions de la République et du canton de Genève étaient compétentes à raison du lieu et de constater que les défendeurs ne bénéficiaient pas de l'immunité de juridiction. Concernant la compétence des juridictions suisses, il exposait que l'institution du for de nécessité de l'article 3 de la LDIP (voir paragraphe 37 ci-dessous) avait pour but d'éviter les dénis de justice, notamment en cas de persécutions politiques, et qu'il avait suffisamment démontré qu'il ne pouvait raisonnablement agir devant les tribunaux étrangers. Quant à l'immunité de juridiction de la Tunisie et d'A.K., le requérant soutenait que l'exercice de la puissance publique ne comprenait pas la faculté de commettre des crimes internationaux tels que la torture. À ce propos, il précisait que la définition même de la torture à l'article 1 er de la Convention des Nations unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (ci-après : « Convention contre la torture » ; voir paragraphes 45 et suivants ci-dessous) excluait toute immunité. Enfin, il évoqua, de manière très générale, l'article 16 de la Convention des Nations unies relative au statut des réfugiés (paragraphe 60 ci-dessous) ». V. §§ 12-36 pour le détail des faits et de la procédure interne.

[1599] Ibid., § 97. V. égal. §§ 61-62.

[1600] Ibid. V. égal. §§ 182-202.

[1601] Ibid., §§ 98-99.

[1602] Ibid., §§ 176-178.

ou autrement liés à l'espace – avec la juridiction saisie dans le cas particulier »[1603]. Aux yeux de la Cour, c'est précisément au regard de l'absence d'un lien avec la juridiction saisie que la compétence universelle, dans sa forme absolue, se distinguait du for de nécessité puisque ce dernier « désigne la compétence exceptionnelle (ou résiduelle) des juridictions civiles d'un État qui ne seraient normalement pas compétentes pour connaître du litige selon les règles générales ou spéciales de compétence prévues par le droit de cet État, lorsqu'une procédure à l'étranger se révèlerait impossible ou excessivement et déraisonnablement difficile en droit ou en fait »[1604].

512. La Cour s'est interrogée sur l'existence d'une obligation pour les juridictions nationales de faire droit au recours au titre d'une compétence universelle civile pour actes de torture, obligation qui découlerait soit d'une coutume internationale, soit du droit conventionnel au regard de l'article 38 du Statut de la CIJ. Parmi 39 États européens examinés, elle avait constaté que seuls les Pays-Bas reconnaissent la compétence universelle en de telles circonstances tandis qu'en dehors du continent européen, les États-Unis admettaient une telle possibilité qu'en vertu de deux lois fédérales, ainsi que le Canada, à condition que la torture ait eu lieu dans le cadre d'un acte terroriste[1605]. La Cour EDH avait souligné également la possibilité de se constituer partie civile dans le cadre d'une procédure pénale et d'y joindre une demande de réparation, reconnue par plusieurs États membres du Conseil de l'Europe, mais n'impliquant pas la reconnaissance d'une compétence universelle dans le cadre d'une procédure civile autonome[1606]. Ainsi, elle conclut que :

> « [L]es États qui reconnaissent une compétence universelle en matière civile opérant de manière autonome pour des actes de torture constituent à l'heure actuelle l'exception. Malgré le fait que la pratique des États évolue, sa densité à ce jour n'est pas suffisante pour pouvoir y déceler l'émergence, voire la consolidation d'une coutume internationale qui aurait obligé les juridictions suisses à se déclarer compétentes pour connaître de l'action du requérant »[1607].

513. Au regard du droit international conventionnel, la Cour est parvenue à la même conclusion. Elle avait renvoyé à la position exprimée par le Comité contre la torture plaidant en faveur d'une interprétation large de l'article 14 de la Convention contre la torture qui énonce que l'État doit garantir à la victime d'un acte de torture le droit d'obtenir une réparation juste et équitable dans son système juridique. Le Comité avait ainsi encouragé les

[1603] Ibid., § 179.
[1604] Ibid., § 180.
[1605] Ibid., §§ 182-184.
[1606] Ibid., §§ 185-186.
[1607] Ibid., § 187.

États à garantir de tels recours également lorsque les actes de torture avaient été commis en dehors du territoire national de l'État, y compris par des agents d'un État étranger[1608]. En effet, dans son Observation générale n° 3 (2012), le Comité contre la torture avait soutenu que l'article 14 ne prévoyait pas de limitation géographique en ces termes :

> « En vertu de la Convention, les États parties sont tenus de poursuivre ou d'extrader les auteurs présumés d'actes de torture qui se trouvent sur tout territoire sous leur juridiction et d'adopter la législation nécessaire à cette fin. Le Comité considère que l'application de l'article 14 ne se limite pas aux victimes de préjudices commis sur le territoire de l'État partie ou commis par ou contre un ressortissant de l'État partie. Le Comité a salué les efforts des États parties qui ont offert un recours civil à des victimes soumises à la torture ou à des mauvais traitements en dehors de leur territoire. Cela est particulièrement important quand la victime n'est pas en mesure d'exercer les droits garantis par l'article 14 sur le territoire où la violation a été commise. En effet l'article 14 exige que les États parties garantissent à toutes les victimes de torture et de mauvais traitements l'accès à des moyens de recours et la possibilité d'obtenir réparation »[1609].

514. Le Comité avait également souligné les obstacles pratiques et juridiques auxquels peut se heurter le droit à réparation des victimes d'actes de torture comme suit :

> « Les États parties à la Convention ont l'obligation de garantir que le droit à réparation soit effectif. Les facteurs susceptibles de faire obstacle à l'exercice du droit à réparation et d'empêcher la mise en œuvre effective de l'article 14 sont notamment : l'insuffisance de la législation nationale, la discrimination exercée dans l'accès aux mécanismes de plaintes et d'enquête et aux procédures de recours et de réparation ; l'insuffisance des moyens mis en œuvre pour obtenir l'arrestation des auteurs de violation présumés, les lois sur le secret d'État, les règles de la preuve et les règles de procédure qui entravent la détermination du droit à réparation ; la prescription, l'amnistie et l'immunité ; le fait de ne pas assurer une aide juridictionnelle suffisante et des mesures de protection aux victimes et aux témoins ; la stigmatisation et les incidences physiques, psychologiques et autres de la torture et des mauvais traitements. En outre, la non-exécution par un État partie de jugements rendus par une juridiction nationale, internationale ou régionale ordonnant des mesures de réparation pour une victime de torture constitue un obstacle majeur à l'exercice du droit à réparation. Les États parties devraient mettre en place des dispositifs coordonnés pour permettre aux victimes d'obtenir l'exécution de jugements hors des frontières de l'État, notamment en reconnaissant la validité des décisions de justice rendues par les tribunaux d'autres États parties et en aidant à retrouver les biens détenus par les responsables »[1610].

[1608] Ibid., §§ 188-189. V. §§ 52-55.
[1609] CCT, *Observation générale n° 3 (2012) relative à l'application de l'article 14 par les États parties*, 13 décembre 2012, CAT/C.GC/3, § 22.
[1610] Ibid., § 38.

515. Néanmoins, il est vrai que le Comité contre la torture s'était montré plus réservé dans ses communications individuelles quant à l'absence de limitation géographique de l'article 14. Dans l'affaire *Rosenmann* relative à la demande d'extradition du général Pinochet présentée par l'Espagne, le requérant alléguait la violation de l'article 14. Pourtant, le Comité avait jugé que, dans la mesure où le général se trouvait au Royaume-Uni et non en Espagne au moment de la présentation de la communication, les dispositions de la Convention ne pouvaient s'appliquer ratione personae à l'Espagne[1611]. Dans une affaire *Z. c. Australie*, la requérante était une ressortissante australienne, d'origine chinoise, alléguant avoir subi des actes de torture en Chine. Pour des raisons tenant à l'immunité des membres du gouvernement d'un État étranger, l'action en réparation civile devant les tribunaux australiens avait été rejetée. Le Comité avait conclu que l'État n'était pas en mesure d'établir sa compétence pour connaître des actes commis en dehors de son territoire par les agents d'un autre État, tout en rappelant son Observation générale n° 3 (2012) relative à l'article 14[1612]. Ainsi, la Cour européenne avait constaté que le Comité contre la torture n'a jamais conclu à une violation par l'État de la Convention, pour l'absence de reconnaissance d'une compétence universelle civile dans son droit interne[1613]. Enfin, au regard d'autres textes internationaux non contraignants et de la doctrine non unanime sur ce point, elle avait observé que le droit international n'imposait pas aux juridictions nationales de déclarer recevable le recours au titre d'une compétence

[1611] CCT, *Marcos Roitmann Rosenmann c. Espagne*, communication n° 176/2000, 20 avril 2002, § 6.6 : « En ce qui concerne le point c) [l'objection fondée sur l'absence de compétence ratione personae du Comité], le Comité note que les allégations du requérant pour ce qui est des actes de torture commis par les autorités chiliennes sont ratione personae justiciables au Chili et dans d'autres États sur le territoire desquels le général Pinochet peut se trouver. Dans la mesure où le général Pinochet n'était pas en Espagne au moment de la présentation de la communication, le Comité tend à considérer que les articles de la Convention invoqués par le requérant ne s'appliquent pas ratione personae à l'Espagne. En particulier, le droit du requérant en vertu de l'article 13 de la Convention de porter plainte et d'obtenir que sa cause soit examinée immédiatement et impartialement, ainsi que son droit à indemnisation en vertu de l'article 14 de la Convention seraient justiciables devant l'État responsable des actes de torture, à savoir le Chili et non pas l'Espagne ».

[1612] CCT, *Z. c. Australie*, communication n° 511/2012, 26 novembre 2014, § 6.3 : « Le Comité prend note de l'argument de l'État partie qui affirme que la communication est irrecevable ratione personae en vertu de l'article 22 de la Convention parce qu'elle suppose que le Comité détermine si la Chine elle-même a violé l'article 14 en ne permettant pas à la requérante d'exercer un recours utile, et la Chine n'a pas fait la déclaration prévue à l'article 22. Le Comité note également que la requérante fait valoir que l'article 14 s'applique quel que soit le lieu où les actes de torture ont été commis et que, étant donné que les tribunaux australiens ne se sont pas déclarés incompétents au nom de l'exception de forum non conveniens, l'État partie est tenu de garantir l'exercice du droit à une indemnisation juste et adéquate. Le Comité rappelle son Observation générale no 3 (2012) relative à l'application de l'article 14 par les États parties, dans laquelle il considère que « l'application de l'article 14 ne se limite pas aux victimes de préjudices commis sur le territoire de l'État partie ou commis par ou contre un ressortissant de l'État partie » et que « l'article 14 exige que les États parties garantissent à toutes les victimes de torture et de mauvais traitements l'accès à des moyens de recours et la possibilité d'obtenir réparation ». Toutefois, il observe que, dans les circonstances particulières de l'affaire, l'État partie n'est pas en mesure d'établir sa compétence pour connaître d'actes commis en dehors de son territoire par les agents d'un autre État. En conséquence, le Comité considère que, dans l'affaire à l'examen, la demande de réparation et d'indemnisation de la requérante est irrecevable ».

[1613] *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, § 190, 15 mars 2018.

universelle civile pour actes de torture[1614]. La Cour s'était penchée ensuite sur l'existence d'une obligation pour les autorités nationales d'ouvrir l'accès à leurs tribunaux au titre du for de nécessité en examinant successivement le droit comparé afin d'identifier une éventuelle coutume internationale puis le droit international conventionnel. Puisque sur 40 États étudiés, seulement 12 reconnaissaient le for de nécessité ; qu'il existait depuis peu au Canada et dans des conditions strictes ; que les États de tradition anglo-américaine ne le reconnaissaient pas en appliquant plutôt le concept de *forum non conveniens* qui permet à un tribunal de se désaisir d'une affaire lorsqu'un autre tribunal présente un lien de rattachement plus approprié, la Cour EDH avait conclu à l'absence d'une coutume international quant au for de nécessité, cette obligation faisant également défaut dans le droit international conventionnel[1615].

516. En l'absence d'une obligation internationale tant à l'égard de la compétence universelle que du for nécessité, elle reconnaît ainsi une très large marge d'appréciation aux juridictions nationales. Elle ne décèle « aucun élément manifestement déraisonnable ou arbitraire » dans l'interprétation du tribunal suisse de l'article 3 de la loi sur le droit international privé relatif au for de nécessité et conclut que « les limitations du droit d'accès du requérant à un tribunal n'étaient pas disproportionnées par rapport aux buts légitimes poursuivis »[1616]. La conclusion générale de la Cour est libellée en ces termes :

> « 217. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que le rejet par les tribunaux suisses, par application de l'article 3 LDIP, de leur compétence pour connaître de l'action du requérant en vue d'obtenir réparation des actes de torture qu'il allègue avoir subis a poursuivi des buts légitimes et n'était pas disproportionné par rapport à ceux-ci. Dès lors, il n'y a pas eu violation du droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6 de la Convention.
> 218. Cela étant, il y a lieu de réitérer que cette conclusion ne met pas en cause le large consensus dans la communauté internationale sur l'existence d'un droit des victimes d'actes de torture à une réparation appropriée et effective, ni le fait que les États sont encouragés à donner effet à ce droit en dotant leurs juridictions de la compétence pour connaître de telles demandes de réparation, y compris quand elles résultent de faits commis en dehors de leurs frontières géographiques. A ce titre, il convient de saluer les efforts des États tendant à rendre le plus effectif possible l'accès à un tribunal en vue d'obtenir réparation pour des actes de torture.
> 219. Toutefois, il n'apparaît pas déraisonnable pour un État qui instaure un for de nécessité de lier son exercice à l'existence de certains facteurs de rattachement avec cet État, qu'il appartient à celui-ci de déterminer dans le respect du droit international et sans excéder la marge d'appréciation qui lui est reconnue au titre de la Convention.

[1614] Ibid., §§ 191-198. V. notam. Institut de droit international, 1ère Commission, Plénière, 30 août 2015, *La compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux*, Session de Tallinn, Rapporteur : M. Andreas Bucher : pour l'article 5 de cette résolution affirme que « [l]'immunité des États ne devrait pas priver les victimes de leur droit à réparation ».
[1615] Ibid., §§ 199-202.
[1616] Ibid., §§ 205-216.

> 220. Pour autant, la Cour n'exclut pas, s'agissant d'un domaine dynamique, qu'il puisse connaître des développements à l'avenir. Dès lors, et bien qu'elle conclue à la non-violation de l'article 6 § 1 en l'espèce, la Cour invite les États parties à la Convention à tenir compte dans leur ordre juridique de toute évolution favorisant la mise en œuvre effective du droit à réparation pour des actes de torture, tout en examinant avec vigilance toute requête de cette nature afin d'y déceler, le cas échéant, les éléments qui feraient obligation à leurs juridictions de se déclarer compétentes pour l'examiner »[1617].

517. La Cour avait conclu à l'absence de violation de l'article 6 § 1 relatif au droit d'accès à un tribunal puisque la règle de la compétence universelle en matière civile ne recueillait pas encore un consensus au niveau international, ne relevant pas dès lors du droit international coutumier et n'imposant pas d'obligation internationale à la charge des juridictions nationales pour reconnaître leur compétence en cas d'un recours en matière civile pour des allégations d'actes de torture commis à l'étranger[1618]. Ainsi, le seul moyen de voir une évolution dans le domaine, serait qu'il y ait un consensus entre les États sur la neutralisation exceptionnelle des immunités en cas d'allégation d'actes de torture ou qu'une très large majorité des États reconnaissent une compétence universelle en matière civile aux côtés de celle reconnue en matière pénale. Dans l'arrêt de Section du 21 juin 2016, les juges soulignaient les difficultés pratiques tenant à l'administration des preuves et de l'exécution des décisions de justice et du risque d'ingérence dans les affaires intérieures des autres États, prônant une quasi-impossibilité d'instituer une juridiction universelle en matière civile[1619]. Pourtant, la position de la Cour européenne est critiquable à plusieurs égards qu'il est nécessaire de détailler ci-après.

B. L'état du droit international figé en l'absence d'un consensus quant à la compétence universelle civile pour des actes de torture

518. Si seuls les Pays-Bas reconnaissent une compétence universelle en matière civile en cas d'allégations d'actes de torture[1620], le Canada admet une telle compétence pour examiner les recours civils lorsqu'ils portent sur des dommages en lien avec le terrorisme[1621]. Aux États-Unis, deux lois fédérales, *The Alien Tort Statute* de 1789 et *The Torture Victime Protection Act* de 1991 reconnaissent une compétence universelle en matière civile pour les

[1617] Ibid., §§ 217-220.
[1618] Ibid., § 187.
[1619] V. *Naït-Liman c. Suisse*, n° 51357/07, 21 juin 2016.
[1620] *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, § 69, 15 mars 2018.
[1621] Ibid., § 73.

recours en indemnisation en lien direct avec des faits de torture si le défendeur se trouve sous la juridiction des États-Unis au moment de l'introduction du recours, bien qu'il y ait certaines limites découlant de la doctrine du *The Act of State* et du *forum non conveniens*. Ces limitations n'ont pas empêché, le 24 décembre 2018, l'*United States District Court of Columbia* à condamner la Corée du Nord au paiement de dommages et intérêts d'un montant de 504 millions de dollars pour la pratique de la torture dans le cadre de l'affaire Otto Warmbier, un étudiant américain emprisonné en Corée du Nord pour avoir tenté de dérober une affiche de propagande et décédé aux États-Unis peu de temps après sa libération. Dans ce cas précis, le tribunal a pu condamner l'État étranger au regard de *Torture Victim Protection Act* instituant une exception au *Foreign State Immunity Act* de 1976[1622]. S'il sera difficile de recouvrir la somme sans le consentement de l'État étranger, ce jugement semble avoir tout de même une forte portée symbolique à l'égard de la responsabilité internationale de l'État qui apparaît essentielle dans les affaires d'atteinte à l'intégrité et à la dignité de la personne humaine.

519. Il est certain qu'au-delà des pratiques étatiques restreintes, la doctrine est partagée quant au fait de savoir si l'article 14 de la Convention contre la torture a une portée extraterritoriale. Certains auteurs soutiennent que cette disposition ne met pas à la charge des États une obligation en tant que telle de garantir une compétence universelle civile, mais ne prescrit pas non plus aux États de définir une telle compétence dans leur droit interne, compte tenu du § 2 de cet article qui « n'exclut aucun droit à indemnisation qu'aurait la victime ou toute autre personne en vertu des lois nationales » et de l'objet et du but de la Convention[1623]. D'autres auteurs estiment que l'article 14 s'applique nécessairement aux actes de torture commis à l'étranger, par un État étranger compte tenu de l'absence de limitation géographique[1624]. Enfin, pour une autre partie de la doctrine, aucune conclusion ne peut être

[1622] United States District Court For The District Of Columbia, *Cynthia Warmbier, Et Al., Plaintiffs, V. Democratic People's Republic Of Korea, Defendant*, December 24, 2018, § 4. The Foreign State Immunity Act dispose que**:** "A foreign state shall not be immune from the juridiction of the courts of the United States in any case in which money damages are sought against a foreign state for physical injury to person or property or death occurring in the United States and caused by an act of international terrorisme in the United States and a tortious act or acts of the foreign state, or of any oicial, employee, or agent of that foreign state while acting within the of his or her oice, employment or agency, regardless where the tortious act or acts of the foreign state occurred".

[1623] PARLETT, K., Universal Civil Jurisdiction for Torture, in European Human Rights Law Review, vol. 4, 2007, pp. 385-403, spéc. p. 398.

[1624] HALL, C. K., The Duty of States Parties to the Convention against Torture to Provide Procedures Permitting Victims to Recover Reparations for Torture Committed Abroad, in *European Journal of International Law*, Vol. 18, n° 5, 2007, pp. 921-937, spéc. p. 926; ORAKHELASHVILI, A., State Immunity and Hierarchy of Norm : Why the House of Lords Got It Wrong, in *European Journal of International Law*, vol. 18, n° 5, 2007), pp. 955-970, spec. p. 961; BUCHER, A., La compétence universelle civile, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2014, p. 214.

déduite de cette disposition en ce qui concerne l'obligation des États d'accorder des recours civils aux victimes de torture lorsque les actes ont été commis en dehors de leur juridiction[1625]. Pourtant, l'obligation de mise à disposition d'un for de nécessité pour examiner la demande en réparation du fait du préjudice causé par les actes de torture est à mettre en perspective avec le but d'éviter un déni de justice; puisque la compétence du for de nécessité découle de cet impératif d'accès à la justice et au juge, même lorsqu'il n'existe pas de liens de rattachement comparables à ceux des fors conventionnels habituellement reconnus compétents, pour éviter un vide juridique en cas d'extraterritorialité en cas de violations de normes impératives[1626].

520. L'arrêt *Naït-Liman* a été critiqué dans l'opinion dissidente exprimée par le Juge Dedov. Il a souligné le caractère extrêmement difficile à trancher de l'affaire qui nécessitait une approche de droit naturel, le positivisme étant « la face obscure du droit international »[1627] et d'aucun secours en l'espèce. Il a ainsi affirmé, qu'au-delà de la phase critique que traversent les relations internationales, les tiers intervenants à l'affaire ont défendu une réparation effective et appropriée pour les victimes de crimes internationaux[1628] et que, si les juridictions nationales refusaient d'appliquer la compétence universelle à l'égard des États étrangers, à quelques exceptions près[1629], « [c]es exceptions sont toutefois précieuses : elles prouvent que l'ordre mondial ne serait pas détruit par la compétence universelle »[1630], la Cour

[1625] MORA, P. D., The Legality of Civil Jurisdiction over Torture under the Universal Principle, in *German Yearbook of International Law*, vol. 52, 2009, pp. 367-403, spéc. 373.

[1626] En ce sens, NKENKEU-KECK, S., L'arrêt Naït-Liman c. Suisse ou l'occasion manquée par la Cour européenne des droits de l'Homme de renforcer l'effectivité du droit des victimes d'obtenir réparation de violations graves des droits de l'Homme (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, Naït-Liman c. Suisse, 15 mars 2018), in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 116/2018, pp. 993-995.

[1627] Opinion dissidente du Juge Dedov sous *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, 15 mars 2018: « Je ne vois aucune morale ni aucune justice dans le droit international lequel, d'une part, permet aux tyrans et aux dictateurs de bénéficier de l'un des meilleurs systèmes bancaire et médical du monde et, d'autre part, refuse à leurs victimes l'accès aux tribunaux. La majorité a choisi de rendre une décision juridique et non une décision morale, alors que cette dernière approche aurait été la plus appropriée en l'espèce. Les positivistes pensent que la loi ne tire pas son autorité de la morale mais de son acceptation et de sa reconnaissance par les autorités (H.L.A. Hart, « The Concept of Law" (La notion de loi), Clarendon Law Series, 1961). C'est ainsi que le positivisme sépare la loi de la morale. C'est cette approche que suit la majorité lorsqu'elle conclut que les tribunaux nationaux ne sont pas juridiquement tenus d'exercer une compétence universelle. C'est en général comme cela qu'il faut voir les choses mais la présente espèce constitue un cas particulier et, en l'occurrence, une telle position empêche d'assurer une protection effective contre la torture, qui est l'une des atteintes les plus graves aux droits de l'Homme (ce qui est reconnu sur le plan international). Il faudrait partir de la prémisse contraire, à savoir que les autorités nationales sont tenues par des valeurs communes et qu'elles doivent tout faire pour donner corps au droit d'accès à un tribunal. Le positivisme n'autorise aucune critique, ce pourquoi il légitime toutes les règles de droit écrit qui existent à l'époque considérée (ou l'absence de règles, comme en l'espèce). Afin de montrer que cette position est erronée, j'aime donner à mes étudiants l'exemple de l'esclavage. Lorsque l'esclavage était reconnu par les États, cela ne voulait pas dire que l'esclavage n'était pas contraire aux droits fondamentaux et à l'humanité ».

[1628] *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, §§ 62-63, §§ 161-172, 15 mars 2018.

[1629] Ibid., §§ 72-73, §§ 77-78; §§ 69 et 71 pour les exceptions.

[1630] Opinion dissidente du Juge Dedov sous *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, 15 mars 2018.

ayant manqué l'occasion de s'engager dans cette direction. En effet, selon le Juge Dedov, l'absence de consensus quant à la compétence universelle civile et la faible prévalence de celle-ci ne permettant pas de déduire avec certitude l'émergence d'une règle coutumière qui aurait obligé les juridictions nationales à reconnaître leur compétence, n'auraient pas dû être les critères déterminants de la position adoptée par la majorité. Il estime qu'il existe un consensus au sujet des mesures effectives à mettre en œuvre contre la torture eu égard l'acceptation universelle de la Convention contre la torture et que cela aurait dû être suffisant pour la Cour afin d'adopter une jurisprudence en faveur des victimes de torture. Donnant l'exemple de l'esclavage pour lequel 3000 ans furent nécesaires avant qu'émerge un consensus international quant à son abolition, le juge souligne que l'approche par consensus est dénuée de pertinence en l'espèce, tandis que « [c]eux qui critiquaient l'ancienne approche activiste de la Cour peuvent se réjouir : la notion de droits de l'Homme devient un idéal juridique plutôt qu'un système juridiquement contraignant »[1631]. Tandis qu'en l'espèce, une très large marge d'appréciation est reconnue aux juridictions nationales[1632], il rappelle que la Cour a déjà écarté l'approche par consensus lorsque cela lui a paru nécessaire pour protéger les droits fondamentaux, notamment dans des affaires relatives au droit de l'embryon à la vie ou à l'abolition des formes d'emprisonnement à vie, la Cour n'ayant pas hésité à souligner que « la question du consensus n'était pas pertinente si l'État défendeur avait pour but de promouvoir les principes de justice et d'humanité »[1633].

521. Dans son opinion dissidente, le Juge Serghides a critiqué davantage l'interprétation et l'application de la loi nationale relative au for de nécessité, les jugeant arbitraires et manifestement déraisonnables, en ayant entraîné un déni de justice et ainsi une violation du droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 de la Convention européenne[1634]. En effet, les États européens ayant défini la notion de for de nécessité dans leur droit interne considèrent la nationalité, le domicile ou la résidence habituelle comme des liens de rattachement suffisants entre le litige et leurs tribunaux, critères pourtant rejetés par les tribunaux suisses, la Cour EDH n'a déduit aucune conclusion de cette étude comparative[1635]. Il est vrai que la Cour a choisi d'accorder une très large marge d'appréciation aux juridictions nationales, bien qu'il

[1631] Ibid.
[1632] *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, § 203, 15 mars 2018.
[1633] Opinion dissidente du Juge Dedov sous *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, 15 mars 2018. V. Parrillo c. Italie ([GC], n° 46470/11, CEDH 2015 ; *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie* [GC], n° 60367/08 et 961/11, CEDH 2017, §§ 86-87.
[1634] Opinion dissidente du Juge Serghides, § 42, sous *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, 15 mars 2018.
[1635] Ibid., § 71. V. égal. pour le raisonnement de la Cour, *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, § 114, 15 mars 2018.

s'agisse d'un recours civil pour des actes de torture, en rappelant sa jurisprudence constante. En vertu de cette dernière :

> « [Si] le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation […] ces limitations ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable de manière ou à un point tels que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même [puisque] les limitations appliquées ne se concilient avec l'article 6 § 1 de la Convention que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »[1636].

522. Le juge Dedov a ainsi souligné qu'en concluant que la restriction du droit d'accès aux tribunaux suisses remplissait un but légitime, l'arrêt de la Cour était « *contraire au jus cogens* » puisque les difficultés pratiques et diplomatiques potentielles alléguées ne pouvaient justifier une telle atteinte à la nécessaire protection effective des droits et libertés fondamentaux[1637]. En effet, la Cour européenne n'envisage pas le droit d'accès à un tribunal comme un droit absolu.

[1636] *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, § 114-115, 15 mars 2018. V. *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], n° 5809/08, § 129, 21 juin 2016; *Yabansu et autres c. Turquie*, n° 43903/09, § 58, 12 novembre 2013; *Stanev c. Bulgarie* [GC], n° 36760/06, § 230, CEDH 2012. V. Opinion partiellement dissidente du Juge Wojtyczek, §§2-9, sous *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, 15 mars 2018, qui contestait l'applicabilité même de l'article 6 de la Convention européenne au cas d'espèce.

[1637] Opinion dissidente du Juge Dedov, *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, 15 mars 2018: « Au paragraphe 114 de l'arrêt, la Cour signale [...] que les limitations ne sauraient porter atteinte à la substance même du droit. Ce principe n'a malheureusement pas été appliqué en l'espèce. De fait, le droit d'accès à un tribunal appelle par sa nature même une règlementation de l'État, mais il serait contraire au concept même de la Convention de dire qu'il n'y a pas d'accès aux tribunaux si un certain type de plainte n'est pas réglementé par le droit procédural national. C'est pourquoi il était inutile d'apprécier en l'espèce la proportionnalité des « limitations au droit d'accès du requérant à un tribunal » (paragraphe 216 de l'arrêt) puisque le déni de justice était dès le départ disproportionné. Néanmoins, la Cour a recherché s'il existait un but légitime. J'ai déjà indiqué qu'un but légitime peut découler de la nécessité de veiller à la sécurité juridique ou à la bonne administration de la justice. Or la chambre a considéré que la bonne administration de la justice et l'effectivité des décisions judiciaires internes pouvaient passer pour des buts légitimes (comme rappelé au paragraphe 118 du présent arrêt) sans effectuer la moindre analyse sérieuse. De manière logique, le requérant a répondu que la chambre n'avait pas expliqué ce qu'il fallait entendre par ces notions. Pareille approche est un signe de positivisme : il n'y a pas de critique, la loi est comprise comme un ensemble de règles (à observer, pas nécessairement à expliquer), et non comme un système de droits (intérêts) individuels sous-jacents. Ainsi, la chambre a créé une nouvelle façon d'aborder l'état de droit qui représente en fait un gigantesque pas en arrière et sape le système de la Convention. La Grande Chambre a « examiné » la question en suivant la même méthode. La majorité a estimé que la restriction visait un but légitime pour les raisons suivantes : – difficultés pratiques (paragraphe 124) : une décision risquerait de ne pas être exécutée. (Cependant, des biens et fonds de l'État tunisien se trouvent en Suisse et ont été utilisés dans le but de procurer un traitement médical à l'auteur allégué des faits, l'ancien ministre tunisien de l'Intérieur. En outre, il pourrait être plus important de chercher à ce que justice soit faite ou de rechercher la vérité. Un constat de violation pourrait constituer en soi une satisfaction équitable suffisante.) – Autres difficultés pratiques (paragraphe 125) : dissuader du nomadisme judiciaire (forum shopping), sachant que les ressources allouées aux tribunaux internes sont limitées. (Le requérant a les liens de rattachement nécessaires avec l'État défendeur. D'après la jurisprudence de la Cour, les obligations positives de l'État ne peuvent être limitées pour des raisons financières. De plus, il est important de noter que la proportion d'immigrants qui ont subi des tortures est très faible.) – Surcharge des tribunaux nationaux – toujours des difficultés pratiques (paragraphe 126). – Surcharge des tribunaux nationaux – toujours des difficultés pratiques (paragraphe 126). –

C. Le statut contesté du droit d'accès au juge face à l'extraterritorialité des actes de torture

523. Le droit d'accès au juge au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne a conduit la Cour à contrôler l'admission des immunités par les juridictions nationales[1638]. Certains auteurs pourtant estiment qu'il y a une contradiction, une antinomie, un conflit inévitable entre le droit d'accès à un tribunal et les immunités, surtout lorsqu'il est question de violations de normes impératives du droit international[1639]. Cependant, dès l'arrêt *Golder* en 1975, la Cour affirme que la possibilité pour un individu d'avoir accès au juge constitue un élément inhérent aux garanties consacrées à l'article 6 de la Convention[1640], tout en soulignant que ce droit n'est pas absolu et qu'il peut être soumis à des limitations découlant de la marge d'appréciation dont jouissent les États dans le domaine de leur organisation judiciaire interne, à condition que le droit d'accès au juge ne s'en trouve pas atteint dans sa substance même. Ainsi, ces limitations ne sont conciliables avec l'article 6 § 1 de la Convention que dans la mesure où elles servent un but légitime et qu'elles lui sont strictement proportionnées[1641]. Dans le cadre de l'affaire *Naït-Liman*, la Cour avait considéré que c'est à juste titre, au regard

---

Difficultés diplomatiques potentielles (paragraphe 127). Il s'agit d'un argument non judiciaire. Premièrement, il méconnaît le fait que les deux pays ont ratifié la Convention contre la torture. Il est aussi remarquable en ce qu'il reflète une vision datée des relations internationales et du droit international public en tant que droit des souverains. Pareil droit ne serait mis en oeuvre en pratique que si son application était favorable au souverain. Cette approche signifie que le droit d'un individu peut être sacrifié sur l'autel des bonnes relations entre les rois / chefs d'État / chefs de gouvernements. Cette approche était possible avant l'avènement des droits de l'Homme. De nos jours, toutefois, le droit international est placé sous l'influence morale d'une protection effective des droits et libertés fondamentaux, l'un des principes reconnus internationalement. Cette influence a déjà radicalement modifié la perception du droit international et des relations internationales, et la Convention contre la torture est véritablement un facteur très important dans ce processus. Il me faut signaler que, même en l'absence de cette Convention, l'interdiction des violations de la dignité humaine, comme la torture, l'esclavage ou la discrimination raciale, font désormais partie du jus cogens ».

[1638] *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, §§ 42-43, CEDH 2001-XI; *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n° 34356/06 et 40528/06, § 186, CEDH 2014.

[1639] MILANO, L., Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2008, pp. 1061-1069; ZARBIYEV, F., Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle de l'État étranger par la Cour européenne des droits de l'Homme, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2004, p. 634. V. LAGERWALL, A., WEYERS, L., Le droit d'accès à un juge contre les immunités des États et des organisations internationales : une argumentation aux effets inexorablement limités?, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 113/2018, p. 80 : « Les débats qui se nouent autour des rapports entre droit d'accès à un juge et immunités posent plus fondamentalement la question de savoir ce qui importe davantage, modifier les contours des immunités durablement ou obtenir les réparations souhaitées dans des cas particulies, fût ce en dehors de toute procédure judiciaire. Certains juristes auront peut-être tendance à privilégier le premier de ces objectifs en imaginant que la solution ne peut provenir que d'une interprétation ou d'une application renouvelée des règles relatives aux immunités reconnues en droit international à laquelle les juges internes pourront ensuite avoir recours dans les cas d'espèce dont dont ils sont saisis, dans une perspective idéaliste selon laquelle la transformation de la réalité sociale peut être forcée par le droit seul. Il existe peut-être là une tendance à surestimer la puissance du droit et partant à sacraliser ce dernier, dans une optique qui tend à l'appréhender indépendamment de la réalité politique dans laquelle il s'inscrit et avec laquelle il interagit […] ».

[1640] *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, §§ 28-36, série A n° 18.

[1641] V. par ex. *Beer et Regan c. Allemagne* [GC], n° 28934/95, § 49, 18 février 1999 ; *Jones et autres c. Royaume-Uni*, n° 34356/06 et 40528/06, § 186, CEDH 2014.

de la marge d'appréciation reconnue aux États pour restreindre l'accès à leurs tribunaux, que les juridictions suisses avaient interprété de façon restrictive la loi fédérale relative au droit international privé instituant le for de nécessité[1642]. Pourtant, la première des garanties procédurales corrélative à tous les droits et libertés est celle de la reconnaissance d'un recours direct offert aux individus en droit international afin de saisir les organes internationaux lorsque les juridictions internes n'ont pas permis le redressement du préjudice[1643]. C'est ainsi que la justice internationale, à travers son expansion continue, va au-delà de la dimension interétatique pour y inclure une perspective nouvelle intra-étatique s'ajoutant à la première avec l'objectif de protection des justiciables avec, à la clef, l'enjeu du respect des garanties découlant du droit international par les ordres juridiques nationaux. Si le mécanisme de règlement de différends à la CIJ reste interétatique, la Cour EDH est amenée indirectement à traiter d'affaires qui touchent les individus et non plus seulement de questions juridiques relatives à l'intérêt exclusif des États[1644]. Aux côtés de la CIJ, « chaque tribunal vit son propre moment historique et y opère dans le cadre de l'universalité des droits de l'Homme » en rappelant que le mécanisme de la Convention européenne avait évolué vers l'octroi d'un *jus standi* aux individus apparaissant directement devant la Cour, alors que celui de la Convention américaine avait reconnu un *locus standi in judicio* aux individus à tous les stades de la procédure[1645]. Par ailleurs, l'absence de hiérarchie engendre la liberté interprétative de chaque tribunal, à qui incombe pourtant la responsabilité de la seule qualité de ses décisions dans le contexte de coexistence avec les autres tribunaux et la pratique spontané du dialogue. En effet, « la capacité procédurale internationale » reconnue aux individus devant les juridictions internationales de protection des droits de l'Homme à travers le droit de recours individuel contribue indubitablement à la consolidation de la personne humaine en tant que sujet du droit international »[1646]. Néanmoins, il est vrai que la « capacité procédurale internationale » découle de la reconnaissance par les États du droit de recours individuel aux personnes se trouvant sous leur juridiction. Ainsi, cette première garantie procédurale n'est pas toujours offerte aux personnes victimes d'actes de torture et autres formes de mauvais

[1642] V. LAGERWALL, A., WEYERS, L., Le droit d'accès à un juge contre les immunités des États et des organisations internationales : une argumentation aux effets inexorablement limités?, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 113/2018, pp. 51-80.
[1643] V. CANÇADO TRINDADE, A. A., *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011, pp. 59 et suiv.: sur la jurisprudence convergente de la Cour EDH et de la Cour IADH à l'égard du droit d'accès à la justice et le droit à un procès équitable.
[1644] CANÇADO, TRINDADE, A. A., Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice : développements, état actuel et perspectives, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Brill | Nijhoff, Leiden | Boston, vol. 391, 2018, pp. 38-40.
[1645] Ibid., p. 42.
[1646] Ibid.

traitements. Une capacité procédurale effective reconnue à tous les individus victimes de tels actes fait défaut en la matière. Alors même que cette pratique implique des agents de l'État, lorsque les institutions de ce dernier sont peu démocratiques et peu respectueuses des droits de l'Homme, il sera difficile pour les victimes de saisir la justice, particulièrement pour les personnes privées de liberté dans des cadres extra-judiciaires ou pour la population civile faisant l'objet de politiques extrêmement répressives et systématiques de la part des autorités. Il est certain que la gravité renforcée de certains actes peut attirer l'attention des institutions judiciaires et de l'opinion publique permettant ainsi un recours « forcé » au regard des circonstances. Des problématiques supplémentaires surgissent lorsque les personnes n'ont pas conscience d'avoir été victimes de violations de leur droit à l'intégrité et à la dignité en raison de brutalités policières systématiques, de techniques d'interrogatoire faisant usage de la violence et autres formes d'agressions découlant des arrestations et des gardes à vue pratiquées dans l'État qui peuvent parfois, en dépit de leur gravité, être banalisées, à défaut d'avoir accès à des acteurs de la société civile et d'avoir la possibilité d'alerter des organismes de surveillance et rendre les faits connus de l'opinion publique si les autorités étatiques sont défaillantes. Ainsi, avant toute reconnaissance d'une « capacité procédurale internationale », il est nécessaire de garantir des recours internes effectifs puisque la responsabilité première de protection incombe aux juridictions nationales. Dès lors, c'est pour cela que la première des obligations positives qui s'impose à l'État est celle de diligenter une enquête approfondie et effective en cas d'allégations d'actes de torture qui est le corollaire d'un droit d'accès au juge.

524. Dans une affaire où les requérants alléguaient que la violation de l'article 5 § 1[1647] de la Convention américaine n'était pas reconnue et qu'une réparation appropriée ne leur était pas accordée en dépit des mauvais traitements subis et de l'obligation découlant des articles 8[1648] et 25[1649], la Cour interaméricaine avait rappelé sa jurisprudence constante en vertu de

[1647] Cette disposition affirme le droit de toute personne au respect de son intégrité physique, psychique et morale.
[1648] L'article 8 est relatif aux garanties judiciaires en vertu desquelles : « 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi, qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre elle en matière pénale, ou déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité, ou dans tout autre domaine ».
[1649] L'article 25 est relatif à la protection judiciaire en vertu de laquelle : « 1. Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, lors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles. 2. Les États parties s'engagent: a) garantir que l'autorité compétente prévue par le système juridique de l'État statuera sur les droits de toute personne qui introduit un tel recours; b) à accroître les possibilités de recours judiciaire; c) à garantir que les autorités compétentes exécuteront toute décision prononcée sur le recours ».

laquelle, en cas de violations de normes impératives du droit international comme cela était le cas en l'espèce :

> « Under Article 1(1) of the American Convention, the States have the duty to investigate human rights violations and to prosecute and punish those responsible. In view of the nature and seriousness of the events, all the more since the context of this case is one of systematic violation of human rights, the need to eradicate impunity reveals itself to the international community as a duty of cooperation among states for such purpose. Access to justice constitutes a peremptory norm of International Law and, as such, it gives rise to the States' *erga omnes* obligation to adopt all such measures as are necessary to prevent such violations from going unpunished, whether exercising their judicial power to apply their domestic law and International Law to judge and eventually punish those responsible for such events, or collaborating with other States aiming in that direction. The Court points out that, under the collective guarantee mechanism set out in the American Convention, and the regional132 and universal133 international obligations in this regard, the States Parties to the Convention must collaborate with one another towards that end »[1650].

525. A contrario, dans l'affaire *Al-Dulimi*, la Cour européenne estime qu'en dépit de leur importance, « les garanties d'un procès équitable, et en particulier le droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6 § 1, [ne peuvent être considérées] comme figurant parmi les normes du *jus cogens* en l'état actuel du droit international ». Or, précisément en matière de violations graves des droits de l'Homme telles que les violations de la prohibition de la torture et des mauvais traitements par des agents de l'État, à leur instigation ou dans le cadre d'une politique étatique systématique, le droit d'accès à un tribunal est le plus important pour les victimes. De manière générale, pour tous les droits fondamentaux garantis par les textes internationaux ou nationaux, le droit d'accès à un tribunal est la pierre angulaire de la proclamation des droits et libertés, sinon ces derniers ne restent entachés que d'une portée symbolique, sans véritable force contraignante, surtout à l'encontre des auteurs de violations qui bafouent les principes les plus élémentaires de l'intégrité et de la dignité humaine en abusant de leur pouvoir ou de leurs prérogatives de puissance publique ou en mettant à profit la vulnérabilité de la victime, les difficultés d'accès à la justice et la culture de l'impunité règnant autour des pratiques de l'ombre des autorités étatiques qui impliquent la pratique d'actes de torture et autres formes de mauvais traitements, en contradiction avec les exigences

[1650] Cour IADH, arrêt, *Case of La Cantuta v. Peru* (merits, reparations and costs), November 29, 2006, Series C, n° 162, § 160, nous soulignons. V. égal. Cour IADH, arrêt, *Case of the Miguel Castro Castro Prison v. Peru* (merits, reparations and costs), August 2, 2008, Series C, n° 160: tout particulièrment l'opinion concordante du Juge Antonio Augusto Cançado Trindade dans cette affaire, §§ 131 et suiv. relatifs au « "the right to a fair trial (national and international) as a right to the realization of justice and as an imperative of the jus cogens" ». V. aussi. §§ 151 et suiv. pour des développements à l'égard du droit à un procès équitable selon une conception *lato sensu*.

s'imposant à toute organisation étatique s'affirmant comme fondée sur les principes de l'État de droit. La prohibition de la torture est une norme impérative qui protège le droit à l'intégrité et la dignité. Dès lors, le droit d'accès à un tribunal est un droit accessoire, mais pourtant indispensable afin d'obtenir réparation du préjudice subi et de condamner les responsables en cas de violations. Par ailleurs, des violences physiques graves, comme les violences sexuelles ou autres actes dégradants peut relever de la torture lorsqu'elles atteignent un degré de gravité suffisant et pourront être réprimées pénalement lorsque les actes sont commis par un particulier n'agissant pas comme un agent de l'État qui engagera sa responsabilité et pourra même être civilement tenu de verser des dommages et intérêts. Un agent de l'État n'aurait pas les mêmes chances d'être poursuivi pénalement s'il exerçait une fonction officielle de l'État lui accordant une forme d'immunité, engendrant ainsi une différence de traitement avec le particulier, alors même que la torture, pratiquée dans le cadre d'une politique étatique, par principe, inclut un autre niveau de gravité. Enfin, pourquoi il y aurait-il une distinction dans l'ordre juridique international qui reconnaîtrait la compétence universelle pour les crimes internationaux les plus graves dans le domaine pénal, mais l'absence de compétence universelle en matière civile pour les recours en indemnisation introduits par les victimes de torture, simplement en alléguant des difficultés diplomatiques et pratiques, alors que même une décision prononçant une satisfaction équitable pourrait rendre justice aux victimes ?

526. Le rôle des États est moindre, au fur et à mesure, que d'autres acteurs interviennent dans le domaine du droit international, autrement les organes internationaux ne seraient que des prétoires de complaisance visant à sanctionner sporadiquement les violations des droits dans un cadre strictement domestique et qui ne heurtent pas la souveraineté internationale de l'État et ses relations diplomatiques avec les autres États. Puisque la pratique de la torture relève des organes officiels et des agents de l'État, il est impératif que : soit les juridictions nationales puissent sanctionner lourdement les violations de cette interdiction à l'égard de leurs ressortissants ou commises par ces derniers ; soit que les juridictions internationales puissent intervenir en dernier recours pour les victimes. En effet, si la compétence personnelle passive ou active est chose acquise en matière de droit pénal avec un effet extraterritorial du droit pénal, pourquoi ne pas envisager une compétence similaire lorsque des actes de torture ont été commis à l'encontre de, ou par les nationaux d'un État, ou qu'il existe un lien juridique pertinent entre l'État où est intenté le recours et la victime. Le droit international privé connaît de telles extensions de la compétence des juridictions en matière civile. Cela renvoie directement à l'impasse de l'affaire Naït-Liman qui entérine l'absence de compétence

universelle en matière civile en cas de recours pour des actes de torture, en dépit d'une loi nationale relative au for de nécessité.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

527. En dépit de la diversité des traités internationaux de protection des droits de l'Homme soumis à des contraintes spécifiques afin que la juridiction des États soit effective, les organes internationaux adoptent une position semblable à l'égard des critères visant à l'application extraterritoriale des instruments conventionnels. En effet, si en principe la juridiction de l'État est territoriale, dans des circonstances exceptionnelles, celle-ci peut s'exercer en dehors de son territoire national. L'État devra garantir les droits et libertés prévus par un traité, lorsqu'il exerce un contrôle effectif sur un territoire étranger ou sur une personne ou un groupe de personnes qui sont situées à l'extérieur de son territoire national, ou encore lorsque ses agents ou ses autorités exercent directement ce contrôle dans de telles circonstances. À cet égard, la jurisprudence internationale est unanime et témoigne d'une continuité dans la conception de la juridiction internationale de l'État. Le principe de l'extraterritorialité permet d'étendre l'espace juridique soumis à des obligations internationales, surtout lorsque les États mènent des opérations extérieures, en dehors de leur territoire national, dans le cadre d'un conflit armé par exemple. De manière incidente, cela a pour effet d'étendre le champ d'application de la prohibition de la torture. Ainsi, le principe de non-refoulement fait l'objet d'une interprétation convergente quant à son application extraterritoriale, tandis que la pratique des restitutions extraordinaires a montré l'étendue des obligations internationales de l'État en vue de prévenir et de réprimer les atteintes à l'interdiction de la torture et autres formes de mauvais traitements. Toutefois, si le principe de la compétence universelle pour les crimes internationaux les plus graves fait l'objet d'une acception unanime en même temps que le refus absolu des lois d'amnistie, l'engagement des poursuites et la sanction des responsables de tels actes dans les ordres juridiques nationaux est un défi constant. En effet, la mise en œuvre de la compétence universelle en matière pénale se heurte à des obstacles juridiques, pratiques et politiques. La compétence universelle en matière civile demeure une exception limitée qui n'est pas encore consacrée par le droit positif et par la jurisprudence internationale. Ainsi, l'extraterritorialité des actes de torture qui implique un État étranger opposé à l'application du principe *aut dedere, aut judicare*, entraîne l'impossibilité pour les victimes d'exercer leur droit d'accès au juge. Il semblerait que la confrontation du *jus cogens* avec la règle coutumière de l'immunité des États entraîne un dilemme irrésolu dans l'ordre juridique international : la volonté de faire primer une norme substantielle en vue de protéger des principes fondamentaux relatifs à l'intégrité et la dignité de la personne humaine et

l’impossibilité de passer outre la volonté des États qui demeure au fondement de l’effectivité des obligations internationales.

Chapitre 2. Les organes internationaux de protection des droits de la personne : des Cours suprêmes *de facto*?

528. Envisager les juridictions internationales comme des Cours suprêmes *de facto*, interroge les rapports entre ordres juridiques nationaux et ordre juridique international notamment lorsqu'il est question des effets accordés aux décisions de justice rendues dans un cadre supranational. Le dialogue spontané, mais pourtant croissant et en constant développement, entre les organes internationaux de protection des droits de la personne, tend à la définition de standards communs de référence. En effet, dans la mesure où la même interprétation sera adoptée à l'égard du contenu, du sens et de la portée de certains droits, ceux composant les noyaux durs des droits fondamentaux sont ceux le plus susceptibles d'engendrer des interprétations harmonisées, voire une convergence normative. Il s'agit de s'interroger ainsi si, les interprètes des droits de la personne, en tant que juges des droits protégés par les instruments internationaux, ne s'érigent pas en juges du droit conçu comme un ensemble systématisé et organisé. Dans ce contexte, le droit international des droits de l'homme serait interprété de telle manière à ce qu'il n'y ait qu'une seule interprétation possible de certains aspects relatifs à un droit donné (Section 1), contribuant à structurer l'ordre juridique international autour de standards minimums de protection (Section 2).

Section 1. Dialogue entre interprètes des droits de la personne : juges des droits, juges du droit?

529. Dans la mesure où les juridictions internationales tendent à un encadrement de l'action des États dans leurs ordres juridiques internes et dans l'ordre juridique international, elles semblent exercer une fonction d'interprétation constitutionnelle. En effet, cette dernière peut s'apparenter à une volonté de régulation, voire de limitation de l'action des pouvoirs publics dont il est exigé le respect des droits fondamentaux (§1). Cette immixtion du juge international qui a la charge de protéger un instrument conventionnel spécifique en lui accordant sa véritable portée normative à travers l'exercice de son pouvoir d'interpréation, contribue à la réalisation de l'unité interprétative du droit et ainsi, à la convergence normative (§2).

§ 1. Une fonction d'interprétation constitutionnelle

530. À travers la reconnaissance d'un droit de recours individuel en cas de violations des droits internationalement protégés par les traités, les organes internationaux contrôlent *de facto* l'exercice du pouvoir dans les ordres juridiques internes. L'internationalisation de la protection des droits de l'Homme a eu pour effet l'internationalisation correspondante du contentieux lorsque l'action des juridictions nationales s'avère insuffisante. Ainsi, implicitement le juge international contrôle l'exercice du pouvoir par les autorités étatiques, le non-respect du droit international par ces dernières, engageant la responsabilité internationale de l'État (A), ce qui engendre un questionnement à l'égard des rapports entre droits nationaux et droit international dans ce contexte (B).

A. Le contrôle *de facto* de l'exercice du pouvoir en dans les ordres juridiques internes

531. La juridictionnalisation de l'ordre juridique international, particulièrement en ce qui concerne le droit international des droits de la personne, interroge en termes de niveaux de juridictions offerts aux individus qui, à travers l'exercice du droit de recours direct devant les organes internationaux de protection, internationalisent la protection des droits fondamentaux. La reconnaissance d'un droit de recours direct est rare et précisément est-ce peut-être en raison de la crainte d'instituer un contrôle extérieur des autorités étatiques, y compris juridictionnelles.

532. Dans l'ordre juridique interne, le rôle du juge constitutionnel est de contrôler la constitutionnalité des lois, à savoir leur conformité à la Constitution, la norme suprême de référence. Qu'il s'agisse d'un contrôle de constitutionnalité diffus ou concentré, d'un contrôle *a priori* ou *a posteriori* en fonction des différents modèles de justice constitutionnelle, il s'agit de confronter un corps de normes fluctuant, à un autre corps de normes intangibles qui relève du bloc de constitutionnalité. Dans l'ordre juridique français, au-delà du contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel est également le gardien des droits et libertés fondamentales qui ont le rang de normes constitutionnelles qui s'imposent aux pouvoirs publics ainsi qu'aux autres normes de rang inférieur. Le Conseil assure également le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux. Puisque leur conformité est ainsi évaluée par rapport à la Constitution, les instruments internationaux ayant un rang supra-législatif, mais infra-constitutionnel dans la mesure où lorsqu'ils sont contraires, il sera

nécessaire d'opérer une révision de la Constitution avant leur ratification[1651]. Néanmoins, le Conseil constitutionnel a toujours refusé d'apprécier la conformité des lois par rapport aux engagements internationaux, estimant que le contrôle de conventionnalité incombe à l'ensemble des juridictions françaises, tant adminstratives que judiciaires qui doivent faire primer les engagements internationaux sur les normes législatives conformément à l'article 55 de la Constitution[1652]. Cette suprématie des accords internationaux sur la loi même postérieure, a été consacrée par le Conseil d'État[1653] et la Cour de Cassation[1654], spécifiant toutefois que cette suprématie ne valait pas dans l'ordre interne à l'égard des dispositions de nature constitutionnelle[1655].

533. La théorie du dédoublement fonctionnel a été soutenue, en particulier, par Georges Scelle. En vertu de la « loi fondamentale du dédoublement fonctionnel », du fait de l'absence d'organes propres à la société internationale, les agents et gouvernants étatiques sont « agents et gouvernants nationaux lorsqu'ils fonctionnent dans l'ordre juridique étatique; ils sont agents et gouvernants internationaux lorsqu'ils agissent dans l'ordre juridique international »[1656]. Cette théorie a été invoquée notamment à l'égard de la compétence universelle des juridictions nationales en vue de juger les crimes internationaux puisque « [l]orsque les tribunaux internes [exercent une telle compétence] ils interviennent non seulement au nom de la défense des intérêts individuels de l'État du lieu d'arrestation, mais aussi au nom de la défense des intérêts de la communauté [internationale] »[1657]. La responsabilité première du respect des obligations internationales par les autorités publiques incombe aux juridictions nationales qui sont en charge de sanctionner et de réprimer les atteintes aux droits de la personne. Pour autant, si ce constat paraît évident et que traditionnellement, les droits fondamentaux sont protégés par les Constitutions nationales, les instruments internationaux sont venus enrichir ce corps de normes essentiellement

[1651] Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». V. égal. DECAUX, E., Le régime du droit international en droit interne, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 62, n° 2, 2010, pp. 467-505; DECAUX, E., Les droits fondamentaux en droit international, in *L'Actualité juridique. Droit administratif*, n° hors-série, 1998, pp. 66-74.
[1652] Décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*.
[1653] Conseil d'État, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, aff. n° 108243.
[1654] Cour de Cassation, Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, aff. n° 73-13556.
[1655] Conseil d'État, Ass., 30 octobre, 1998, *Sarran, Levacher et autres*, aff. n : 200286. Il s'agit de toutes les dispositions du bloc de constitutionnalité : le Préambule et les articles de la Constitution de 1958, le Préambule de la Constitution de 1946 incluant les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et la Charte de l'environnement de 2004.
[1656] SCELLE, G., Règles générales du droit de la paix, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 46, 1933-IV, p. 358.
[1657] BIGOUMA, N., *La reconnaissance conventionnelle de la compétence universelle des tribunaux internes à l'égard de certains crimes et délits*, Thèse soutenue à l'Université Paris II, 1998, p. 37.

internes[1658]. Dans des ordres juridiques internes parfaits, où le requérant obtiendrait gain de cause et l'interprétation la plus juste de la loi en fonction des violations des droits de l'Homme dont il allégue avoir été victime, le recours aux juridictions internationales serait vain dans la mesure où les principes de l'État de droit seraient pleinement respectés sans qu'il y ait la nécessité d'avoir recours à des organes supranationaux.

534. Le nombre de requêtes soumises à la Cour EDH par exemple et la diversité des États condamnés pour des violations graves de la prohibition de la torture, illustrent parfaitement que les atteintes aux droits fondamentaux ne sont pas l'apanage des seuls régimes dictatoriaux ou autoritaires puisque même les démocraties y sont confrontées. Il est possible de questionner : quel est donc le rôle du juge international ? Est-il le gardien ultime des droits et libertés lorsque les autorités nationales ont échoué dans leur responsabilité première de protection de leurs citoyens contre les dérives des pouvoirs publics ? À travers la multiplication des juridictions internationales et l'intensification croissante du dialogue, auraient-elles vocation à substituer leur jurisprudence commune à celles adoptées par les juridictions nationales, y compris celles suprêmes, dans le cadre d'un processus d'harmonisation de la protection des droits de l'Homme ?

535. Pourtant, la règle de l'épuisement des voies de recours internes demeure le principe général du droit international et la condition première qui s'impose aux requérants avant la saisine d'une juridiction internationale, la seule exception étant l'hypothèse d'un ordre juridique interne dans lequel les juridictions ne sont pas réellement impartiales et indépendantes privant de ce fait les individus du droit à un recours effectif. Le dédoublement fonctionnel s'applique également aux rapports qu'entretiennent les juges nationaux avec le droit de l'Union européenne puisqu'ils ont un « 'statut médiatisé' [en] opérant [ce] dédoublement fonctionnel entre [leurs] compétences [résultant de leur statut de juridiction en droit interne] et [leurs] compétences [découlant de leur statut de juridiction] communautaire de droit commun »[1659]. S'il a été affirmé que les juges nationaux sont les juges de droit commun du droit de l'Union européenne[1660], dans la mesure où il leur revient d'appliquer le droit issu de l'Union européenne qui crée des droits dans le chef des particuliers invocables directement par ces derniers devant leurs tribunaux ; par analogie, les juges nationaux sont aussi les juges de droit commun du droit international lorsqu'il leur appartient d'une part, de

[1658] V. TOURARD, H., *L'internationalisation des Constitutions nationales*, Paris, LGDJ, 2000, 724 p. V. égal. DECAUX, E., Déclarations et conventions en droit international, in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 21, 2007, pp. 88-93.

[1659] SIMON, D., « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulois*, Paris, Dalloz, 1991, p. 492.

[1660] V. DUBOS, O., *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001, 1015 pages.

contrôler la conformité des dispositions législatives au regard des engagements internationaux ; d'autre part, de garantir les droits et libertés tels qu'ils découlent des obligations internationales auxquelles l'État a volontairement consenti. Dans cette logique, la fonction du juge international est d'intervenir, en dernier recours, afin de contrôler la conformité des décisions rendues par des juridictions internes et la juste application et interprétation du droit international, ainsi que la régularité ou l'illicéité des actes des autorités étatiques au regard des obligations internationales prévues par le texte conventionnel qu'il est en charge de protéger et, qui s'imposaient aux organes de l'État en vertu du principe *pacta sunt servanda*. Ainsi, implicitement, un contrôle des actes internes et un contrôle des autorités nationales par une juridiction internationale s'apparentent à un contrôle du pouvoir. Ce pouvoir est exercé par un État partie à une Convention internationale à travers l'intermédiaire de ses autorités agissant dans son ordre juridique interne, à l'égard de ses ressortissants ou de personnes qui relevent de sa juridiction. Serait-ce possible de s'associer à ce contrôle l'exercice d'une fonction de constitutionnalisation supranationale puisque l'objectif premier du constitutionnalisme est l'encadrement du pouvoir par le droit ?

536. La mise en œuvre et le renforcement de l'effectivité des droits de l'Homme dépendent de la prise en considération par les juridictions nationales de l'interprétation donnée des droits protégés par les instruments internationaux par les juridictions internationales. Ces dernières pourraient être considérées comme des Cours constitutionnelles d'un genre nouveau à la recherche toujours d'une effectivité de fait, tenant à l'autorité persuasive de leurs décisions en l'absence de pouvoir de coercition, mais en faisant injonction aux autorités nationales et aux tribunaux internes de mettre en œuvre le sens, le contenu et la portée des droits tels que définis par les organes internationaux qui exercent une fonction supranationale de protection des droits fondamentaux. La restriction des droits protégés par les traités internationaux, au regard de l'intérêt général que les États peuvent légitimement poursuivre, doit être en conformité avec le principe de proportionnalité et la reconnaissance d'une marge d'appréciation, hormis certaines limites qui ne peuvent être franchies : à savoir les droits indérogeables tels que la prohibition de la torture dans la mesure où toute violation de cette interdiction ou toute allégation de violation devra faire l'objet d'une enquête sérieuse et effective afin de justifier le comportement de l'État et de poursuivre et de condamner les responsables de telles violations. En envisageant le principe de proportionnalité comme un modèle constitutionnel mondial, cette affirmation pourrait être contestée par le principe de subsidiarité et la marge nationale d'appréciation. Néanmoins, précisément cette dernière s'arrête lorsqu'il existe un déséquilibre au regard du test de proportionnalité des mesures

nationales adoptées par les États. En interne, le législateur aussi dispose d'une marge discrétionnaire d'interprétation mais qui s'opère au regard du but poursuivi et la restriction des droits, puisque l'objectif de l'encadrement des pouvoirs est d'éviter l'émiettement des droits et des restrictions excessives pouvant aboutir à des abus de pouvoir, dans la mesure où l'exercice des fonctions étatiques n'est pas illimité mais encadré par les principes de l'État de droit. L'existence des juridictions internationales contribue ainsi à un renouveau des rapports entre ordres juridiques internes et ordre juridique international, dans la mesure où ce dernier offre un niveau supranational de juridiction.

B. Un renouveau des rapports entre ordres juridiques internes et ordre juridique international

537. En considérant qu'il y ait un renouveau des rapports entre ordres juridiques internes et ordre juridique international[1661], il est nécessaire de souligner qu'il s'agit d'une problématique qui a toujours préoccupé les juristes et qui demeure irrésolue. Tout d'abord, l'opposition classique persiste entre monisme et dualisme. Selon le premier, les ordres juridiques internes et l'ordre juridique international seraient plus liés par leurs similitudes que par leurs différences jusitifiant d'une approche en vertu de laquelle ils ne sont pas distincts les uns de l'autre, mais ils s'intégrent dans un ensemble avec des caractéristiques communes. Selon le dualisme, les ordres juridiques internes et l'ordre juridique international feraient face à des différences susbtantielles qui ne peuvent être surmontées que par l'incorporation expresse des normes internationales dans le droit interne à travers des dispositions législatives par exemple. C'est précisément le droit interne qui accorde la légitimité et la force juridique aux obligations internationales, alors que dans le cadre du monisme, les traités internationaux sont directement applicables dans les ordres juridiques nationaux une fois leur ratification effectuée. Mais il est question d'aller au-delà des techniques d'incorporation des obligations internationales en droit international, ou plus généralement de la distinction entre monisme et dualisme pour se pencher plus précisément sur l'impact du droit international des droits de la personne à l'égard des ordres juridiques tant nationaux qu'international avec l'émergence d'organes internationaux de protection qui sont permanents. Cela interroge le statut de primauté de la Constitution à l'égard du droit international ou inversement, la primauté du

[1661] Sur cette question, v. TRIEPEL, H., Les rapports entre le droit interne et le droit international, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 1, 1923, pp. 73-122; KELSEN, H., Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 14, 1926, pp. 227-332; WALZ, G.-A., Les rapports du droit international et du droit interne, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 61, 1937, pp. 375-456.

droit international sur la Constitution bien que les traités puissent avoir simplement un rang supra-législatif mais infra-constitutionnel. L'effet des décisions des juridictions internationales relatives aux droits de l'Homme sur la structure des ordres juridiques internes et sur le fonctionnement des autorités étatiques découle de la nécessaire coopération des États à travers la volonté d'adapter leur droit interne pour être conforme aux obligations internationales. Pourtant, les décisions des organes internationaux bénéficient d'une autorité relative puisqu'elles ne sont pas exécutoires de plein droit, sans un véritable pouvoir d'injonction et sans une autorité centrale investie d'un pouvoir de coercition pour exiger l'exécution forcée, hormis le cas spécifique de la CJUE qui, dans le cadre de l'UE, peut imposer des contraintes aux États afin d'obtenir l'exécution des arrêts.

538. Les rapports entre ordres juridiques internes et ordre juridique international pourraient également être envisagés à l'aune d'une subordination matérielle nécessaire en raison de l'exigence de conformité des droits internes au regard des obligations internationales, notamment celles découlant du droit international coutumier à l'égard des crimes internationaux[1662]. Cela exige nécessairement une coopération et une collaboration étroite entres les juges de différents ordres juridiques, tout autant que cela contribue au renforcement du rôle des juridictions nationales en matière de crimes internationaux qui heurtent la conscience humaine universelle et intéressent la communauté internationale dans son ensemble. Pourtant, en dépit de l'existence de fondements pour de telles poursuites, les enjeux politiques ou diplomatiques rendent difficiles l'exercice des poursuites dans le contexte national. Par exemple, les critères d'une compétence universelle large ont été contestés notamment au regard de la législation belge et espagnole : à l'inverse, si les critères de la compétence universelle sont restrictifs, il est quasi-impossible de les mettre en œuvre, comme en France où l'exercice de la compétence universelle impose que l'accusé ait sa résidence habituelle en France[1663]. Le dialogue juridictionnel pourrait ici intervenir afin d'échanger des bonnes pratiques en vue d'une détermination de principes applicables à des difficultés communes, voire à la définition de « standards constitutionnels mondiaux » auxquels les juges de systèmes juridiques pourraient se référer en vue d'une harmonisation du droit[1664]. Il a été

[1662] V. *A contrario*, neutralisation des poursuites : Cour de Cassation, 1ère Ch. civ., 9 Mars 2011, *La Réunion aérienne, Groupement d'intérêt économique et autres c. Jamahiriya Arabe populaire et socialiste* : application de la règle coutumière de l'immunité pénale des chefs d'États étrangers.

[1663] V. égal. pour le Canada, LAFONTAINE, F., The unbearable lightness of international obligations: when and how to exercise jurisdiction under Canada's crimes against humanity and war crimes Act, in *Revue Québécoise de droit international*, vol. 23.2, 2010, pp. 1-50.

[1664] FAHLBUSCH, M., « Le rôle du dialogue des juges dans la formation de standards de protection des droits de l'Homme », in DISANT, M., LEWKOWICZ, G., TÜRK, P. (dir.), *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 299-320.

souligné que les arrêts rendus par la Cour européenne ont une « force référentielle obligatoire »[1665] dans la mesure où elle est l'interprète authentique de la Convention et que la prise en compte de sa jurisprudence est nécessaire en vue de redresser les défaillances nationales en matière de protection des droits de la personne[1666]. Ainsi, « toute convention internationale des droits de l'homme a un contenu constitutionnel par nature étant donné qu'elle constitue un énoncé des droits et libertés »[1667]. Si la Convention européenne peut être envisagée comme une Constitution au sens matériel du terme, en vertu du principe de subsidiarité, son juge de droit commun est le juge national, mais elle ne doit pas être « appréhendée […] en tant qu'écrit conventionnel mais avant tout comme écrit prétorien [puisque] le corpus jurisprudentiel progressivement bâti par la Cour de Strasbourg revêt donc ici une signification particulière […] »[1668].

539. Parmi les critiques à l'égard de l'existence d'un processus de constitutionnalisation du droit international dans un contexte inéluctable de pluralisme constitutionnel, un consensus émerge à l'égard de l'affirmation selon laquelle « plus la structure de l'autorité judiciaire d'un système international est 'pluraliste', plus il est difficile, voire impossible de prétendre que ce système a un fondement constitutionnel »[1669]. Pourtant, cette assertion peut être rejetée en faisant usage du droit constitutionnel comparé puisqu'en Europe, par exemple, les systèmes juridiques de la France, de l'Allemagne, de l'Italie et de l'Espagne témoignent d'un pluralisme constitutionnel même au niveau national. En effet, les systèmes juridiques de ces États peuvent être considérés comme pluralistes puisque « les juridictions sont fragmentées plutôt qu'unifiées et l'autorité finale pour déterminer les solutions est distribuée entre des Cours suprêmes autonomes qui dirigent des entités juridiques spécialisées, [c]es entités [étant] elles-mêmes des hiérarchies verticalement intégrées qui, de différentes manières, sont isolées

[1665] COSTA, J.-P., « La normativité des arrêts rendus par la Cour EDH », in THIBIERGE, C. et *al.* (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, LGDJ, pp. 29-32, spéc. p. 31.
[1666] COSTA, J.-P., Présentation de la position de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 60, n°2, 2008. pp. 247-255.
[1667] SUDRE, F., « Constitutions et protection internationale des droits de l'homme », in *Constitution et Droit international, Recueil des cours de l'Académie internationale de droit constitutionnel*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, p. 198. V. FAVOREU, L., Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit, in Revue française de droit constitutionnel, 1990, pp. 71-89.
[1668] LEVINET, M., La Convention européenne des droits de l'homme, socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen, in *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 86, 2011/2, pp. 227-263, spéc. p. 231.
[1669] STONE SWEET, A., Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'Homme : cinquante ans après son installation, la Cour européenne droits de l'Homme conçue comme une Cour constitutionnelle, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 80/2009, p. 940.

de l'autorité de la Cour constitutionnelle »[1670]. Plusieurs questions peuvent être soulevées à cet égard :

> « [J]usqu'à quel point les droits constitutionnels irradient et imprègnent d'autres domaines du droit? Si le pouvoir d'annuler une loi jugée inconstitutionnelle est de la compétence exclusive du juge constitutionnel, jusqu'à quel point le juge ordinaire peut-il ou devrait-il interpréter et appliquer la Constitution? Si la constitution lie les actions des autorités nationales parmi lesquelles le pouvoir judiciaire, jusqu'à quel point la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fait-elle autorité sur les juridictions ordinaires? »[1671].

540. Les systèmes qui sont marqués par un fort pluralisme constitutionnel, *a contrario* des systèmes où une seule Cour suprême est instituée, le risque de conflits entre jurisprudences est omniprésent, d'autant plus lorsque des systèmes supranationaux de protection des droits de l'Homme sont incorporés dans les ordres juridiques internes avec une juridiction internationale en charge d'interpréter un instrument conventionnel qui trouvera à s'appliquer principalement dans les ordres juridiques des États. En raison du chevauchement entre le droit de la Convention européenne, les droits nationaux et par ailleurs le droit de l'Union européenne du fait que les normes juridiques, qui franchissent des frontières étatiques et transcendent les hiérarchies, sont supranationales et partagées, elles peuvent être envisagées comme étant « constitutionnelles au niveau transnational […] [car] de multiples Cours supérieures imposent leur compétence par une décision définitive »[1672]. Ainsi, les conflits potentiels sont à régler par l'ouverture aux sources externes semblables et par la pratique du dialogue des juges. Celle-ci va conduire à l'autorégulation dans le cadre d'un pluralisme constitutionnel tant national qu'international à travers une meilleure coordination et une harmonisation des droits protégés dans un contexte de pluralisme juridique. Par ailleurs, cette perméabilité entre les systèmes juridiques transnationaux pourrait aboutir à un renforcement du niveau de protection à travers la définition de standards plus élevés exerçant une pression sur les ordres nationaux. En effet, lorsque les standards internationaux sont plus protecteurs des droits et libertés des individus, ces derniers, à travers l'exercice d'un recours direct devant l'organe international, vont indirectement chercher à modifier les dispositions nationales en-dessous des normes de référence conventionnelles[1673]. Dans ce contexte, plus les juridictions internationales interprètent les traités de protection des droits de l'Homme « dans un sens progressiste, ouvert et plus large, plus il faut s'attendre à ce que la protection accordée par les

[1670] Ibid., p. 939.
[1671] Ibid.
[1672]Ibid., p. 942.
[1673] Ibid., pp. 943-944.

États tombe au-dessous du seuil conventionnel, créant ainsi une pression pour une nouvelle adaptation [des droits nationaux] »[1674]. Leur adaptation aux standards communs définis dans le contexte juridictionnel supranational découlerait ainsi du principe de l'unité interprétative du droit en raison de la convergence normative en matière de protection des droits de la personne.

§ 2. La réalisation de l'unité interprétative du droit

541. À travers le dialogue juridictionnel entre les organes internationaux de protection des droits de la personne, des normes de référence transversales sont définies par l'interprétation jurisprudentielle (A), ce qui soulève la question de leur incorporation dans les ordres juridiques nationaux (B).

A. La construction jurisprudentielle de normes de référence transversales

542. L'universalité intrinsèque et affirmée des droits de l'Homme ainsi que l'objet et le but des instruments internationaux de protection qui est leur réalisation engendrent nécessairement des questionnements quant aux rapports de systèmes dans le cadre du concept de dialogue des juges. L'inspiration mutuelle entre les organes internationaux à travers la circulation des décisions de justice et des instruments conventionnels, conduit par la répétition, à des interpréations harmonisées du contenu, du sens et de la portée de certains droits. Les normes de références qui irriguent tous les systèmes et qui leur sont communes sont celles qui touchent au noyau dur des droits fondamentaux dans la mesure où elles protègent l'intégrité et la dignité humaine qui sont des valeurs universelles indépendamment du contexte socio-culturel et témoignent d'une continuité entre ces systèmes formellement indépendants. Ces normes de références communes telles qu'interprétées par les organes internationaux en charge de leur protection pourraient-elles être considérées comme des normes fondamentales, inhérentes à la protection des droits de l'Homme ? Dans le cadre du système interaméricain, en vertu de l'article 64-1 de la Convention relatif à la compétence consultative de la Cour, les États membres de l'OÉA, ayant ratifié ou non la Convention, ainsi que les organes de l'Organisation, peuvent soumettre une demande d'avis consultatif à la Cour en ce qui concerne l'interprétation de la Convention ou celle des autres traités de

[1674] Ibid.

protection des droits de l'homme dans les États américains. En vertu de l'article 64-2, la Cour peut également émettre un avis sur la compatibilité des dispositions du droit interne des Etats avec la Convention ou avec d'autres traités de protection des droits de l'homme applicables dans les Etats américains. Dès lors, la compétence consultative de la Cour interaméricaine est très large, « plus étendue que celle qui est attribuée à aucun autre tribunal international existant aujourd'hui »[1675]. Ainsi, en matière d'avis consultatifs, la technique de la référence à des sources externes, qu'il s'agisse d'instruments ou jurisprudences étrangers, est utilisée de manière quasi-systématique et méthodique[1676], la Cour interprétant de façon extensive les dispositions conventionnelles instituant sa compétence consultative. À travers cette technique interprétative, le texte interaméricain s'affirme ainsi comme un « élément d'un corpus juridique international de protection des droits de l'homme »[1677], comme « un *jus gentium* du XXIème siècle »[1678] traduisant « l'humanisation du droit international »[1679].

543. En matière contentieuse, la compétence de la Cour est limitée à la Convention américaine. Néanmoins, l'article 29 se rapportant aux normes d'interprétation et l'article 68 se rapportant au principe *pacta sunt servanda* ont conduit la Cour interaméricaine à avoir recours au droit international général. Ainsi, à la règle générale d'interprétation consacrée à l'article 33, 1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, correspond le principe sous-jacent de l'effet utile en vertu duquel les dispositions conventionnelles doivent réaliser leurs effets propres en vue d'assurer leur effectivité[1680]. Par exemple, au regard de la jurisprudence de la Cour, en vertu de ce principe, l'État doit modifier son droit interne pour assurer l'effectivité des droits de la personne conformément aux exigences découlant des obligations internationales [1681] . L'article 29 de la Convention américaine relatif aux normes d'interprétation pose des « règles claires » [1682] selon lesquelles à l'égard d'aucune des

[1675] Cour IADH, avis consultatif, *« Otros Tratados » Objeto de la Funciòn Consultativa de la Corte (art. 64 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme)*, 24 septembre 1982, OC-1/82, série A, n°1, § 14.
[1676] HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H., La Convention américaine des droits de l'homme et la protection universelle des droits de l'homme : une filiation retrouvée, in *L'Observateur des Nations Unies*, 2008-2, vol. 25, pp. 1-28 ; v. spéc. p. 17.
[1677] V. notam. TIGROUDJA, H., *L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : en marge d'arrêts et d'avis consultatifs récents*, préc., p. 76.
[1678] CANÇADO, TRINDADE, A. A., opinion séparée, *Avis consultatif 18-03 sur les droits des travailleurs migrants*, préc., § 89.
[1679] Ibid., § 88.
[1680] Pour une description détaillée de la manière dont la Cour IADH utilise le droit international général : CANÇADO, TRINDADE, A. A.., « La Convention américaine relative aux droits de l'homme et le droit international général », in COHEN-JONATHAN, Gérard, FLAUSS, J.-F. (dir.), *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 59-71.
[1681] Cour IADH, 5 février 2001, Olmedo Bustos et autres v. Chili, § 87 ; Cour IADH, 28 novembre 2002, Cantos v. Argentine, § 59.
[1682] CANÇADO TRINDADE, A. A., *Le système interaméricain de protection des droits de l'homme : état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXIème siècle*, op. cit., p. 552.

dispositions de la Convention, il n'est possible d'adopter des interprétations comme visant à restreindre ou à supprimer la jouissance ou l'exercice des droits et libertés reconnus, par le droit interne des Etats ou par d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme [1683]. Cet article démontre une prédisposition favorable aux droits et à leur élargissement, prédisposition que l'on peut résumer par le principe *pro persona*[1684]. Ainsi, pour la Cour interaméricaine, il existe cette base conventionnelle constituant le « maillon technique principal »[1685] qui lui permet de se positionner d'abord en faveur de la personne humaine, à travers le « phénomène de migration interconventionnelle »[1686]. Ce principe justifie dès lors assez aisément l'adoption constante d'interprétations extensives à travers la méthode téléologique et l'ouverture aux interprétations les plus favorables à la personne lésée par la violation d'un droit affirmé par la convention. La jurisprudence de la Cour fonde les méthodes innovantes d'interprétation sur l'article 29 tout en les justifiant et en les consolidant par leur mise en perspective avec la Convention de Vienne sur le droit des traités[1687]. Selon la position de la Cour, l'interprétation de la Convention américaine ne peut se faire qu'à la lumière des autres Conventions internationales de protection des droits de la personne. Dans l'avis consultatif *Restrictions to the death penalty* de 1983, venant compléter l'avis de 1982, elle déclare que la nature particulière des traités de protection des droits de l'homme impose une interprétation objective des clauses, sur le fondement notamment de l'article 31-3, c) de la CVDT selon lequel parmi les règles générales d'interprétation d'un traité, « il sera tenu

[1683] Article 29 de la CIADH : « Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme: a. Autorisant un Etat partie, un groupement ou un individu à supprimer la jouissance et l'exercice des droits et libertés reconnus dans la présente Convention ou à les restreindre plus qu'il n'est prévu dans ladite Convention ; b. restreignant la jouissance et l'exercice de tout droit ou de toute liberté reconnus par la législation d'un Etat partie ou dans une convention à laquelle cet Etat est partie; c. excluant d'autres droits et garanties inhérents à la personne humaine ou qui dérivent de la forme démocratique représentative de gouvernement; d. supprimant ou limitant les effets que peuvent avoir la Déclaration américaine des Droits et Devoirs de l'Homme et tous autres actes internationaux de même nature ».

[1684] Dans le même sens, voir SERMET, L., « Le développement des méthodes d'interprétation et des méthodes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme par les juridictions supranationales », in ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., BURGORGUE-LARSEN, L., TOUZÉ, S. (dir.), *La protection des droits de l'homme par les Cours supranationales*, Paris, Pedone, 2016, p. 56 ; sur l'approche spécifique de la Cour IADH et le prédominance du principe *pro homine, pro victima*, voir GROS ESPIELL, H., *La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme – Analyse comparative*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1989, t. VI, n°218, p. 296 ; BURGORGUE-LARSEN, L., *Le bannissement de l'impunité : décryptage de la politique jurisprudentielle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2012, pp. 3-42 ; CANÇADO, TRINDADE, A. A., *International Law for Humanking – Towards a New Jus Gentium*, Leiden/La Haye/The Hague Academy of International Law (Monograph Series, n°6), 2010, 726 p.

[1685] BURGORGUE-LARSEN, L., *Les méthodes d'interprétation de la Cour interaméricaine des droits de l'homme – Justice in context*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 97/2014, p. 34 : l'article 29 de la CIADH n'a pas d'équivalent dans la Convention européenne des droits de l'homme.

[1686] Ibid., pp. 35-36.

[1687] SERMET, Laurent, « Le développement des méthodes d'interprétation et des méthodes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme par les juridictions supranationales », préc., p. 62.

compte, en même temps que du contexte, […] de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »[1688].

544. Si les techniques d'interprétation sont des modes opératoires et précis qui servent une méthode, les techniques combinatoires internes et externes sont, dès lors, des moyens de l'interprétation évolutive[1689], à la croisée de trois enjeux fondamentaux : à savoir l'autorité des États, la construction d'un système, l'acte de justice[1690] qui visent à rendre une décision obligatoire en application du droit, exerçant ainsi la *jurisdictio*, en aspirant à l'*imperium*. Quoi qu'il en soit, ce qui semble primordial et déterminant lorsque l'on s'interroge sur les méthodes d'interprétations est que « la solution commande la méthode qui est [simplement] un prétexte justificatif »[1691]. Dès lors, toute méthode d'interprétation a d'abord une fonction première de justification et une fonction de clarification en complémentarité[1692]. Ainsi, par le recours aux sources externes de la Cour interaméricaine, cette dernière cherche toujours à justifier ces solutions en faveur des victimes, témoignant d'un mouvement constant d'élargissement du contenu et de la portée des droits s'inscrivant dans les méthodes classiques d'interprétation codifiées par la CVDT qu'elle adapte à l'objectif poursuivi. Par ailleurs, en ratifiant la Convention, en vertu de l'article 1-1, les États Parties s'engagent à respecter de manière générale les droits et libertés qu'elle reconnaît et à en garantir le libre et plein exercice. Si cette obligation générale a fait l'objet d'interprétations jurisprudentielles[1693], dans son avis consultatif relatif aux *Droits des travailleurs migrants*, la Cour va jusqu'à qualifier l'obligation de respecter et de garantir les droits de l'homme d'obligation *erga omnes*, en consacrant ainsi le caractère juridiquement obligatoire de tous les droits[1694]. Dans l'affaire *Apitz Barbera y otros contre Venezuela*, la Cour justifie l'interprétation évolutive au regard de l'article 29 précité relatif aux normes d'interprétation[1695]. Elle estime cet article « has been used to define construction criteria, such as the principle of 'evolving interpretation' of human

[1688] Cour IADH, avis consultatif, *Restricciones a la Pena de Muerte* (art. 4.2 et 4.4 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme), 8 septembre 1983, OC-3/83, série A, n° 3, §§ 49-50.
[1689] SERMET, L., « Le développement des méthodes d'interprétation et des méthodes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme par les juridictions supranationales », préc., p. 57.
[1690] ALLAND, D., L'interprétation en droit international public, préc., p. 313.
[1691] SERMET, L., « Le développement des méthodes d'interprétation et des méthodes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme par les juridictions supranationales », préc., p. 58.
[1692] Ibid.
[1693] Voir par ex. Cour IADH, arrêt, *Affaire Velásquez Rodriguez v. Honduras (fond)*, 29 juillet 1988, série C, n° 04; Cour IADH, arrêt, *Affaire Godínez Cruz v. Honduras* (fond) 20 janvier 1989, série C, n° 5, § 175.
[1694] HENNEBEL, L., L'humanisation du droit international des droits de l'homme. Commentaire sur l'avis consultatif n°18 de la Cour interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 59/2004, p. 752. Dans cet avis, la Cour affirme que le principe d'égalité et de non-discrimination relève du *jus cogens*, ne tolérant dès lors aucune dérogation, les droits étant inhérents au statut du travailleur, indépendamment de sa qualité de migrant, régulier ou irrégulier.
[1695] Cour IADH, arrêt, *Case of Apitz Barbera et al. c. Venezuela* (preliminary objection, merits, reparations and costs), 5 août 2008, série C, n° 182, § 218.

rights treaties, which is 'consistent with general interpretation rules' »[1696]. Elle ajoute que « the principle of 'application of the most favorable rule for protection of human rights' has been developed in connection with article 29, b) and the prohibition of depleting the main content of rights as a result of article 29, a) »[1697]. Elle défend également le principe de l'application de la norme la plus favorable à la personne humaine en cas de contradiction[1698]. Pour la Cour, l'article 29 en son point b) indique « that no provision of the Convention may be interpreted as restricting the enjoyment or exercise of any right or freedom recognized by virtue of the laws of any State Party or by virtue of another convention to which one of the said states is a party »[1699]. Dès lors, « if in the same situation both the American Convention and another international treaty are applicable, the rule most favorable to the individual must prevail »[1700], la Cour estimant que tout conflit de normes se trouve soumis à l'interprétation en faveur de la personne humaine. Enfin, elle affirme l'interdiction de priver le droit de sa substance dans l'exercice du pouvoir d'interprétation dans l'affaire *Caso Benjamin y otros contre Trinidad et Tobago*[1701].

545. Ainsi, qu'il s'agisse de sa compétence consultative ou de celle en matière contentieuse, la Cour affirme sa conception particulière du droit international des droits de l'homme[1702] sa démarche interprétative ouverte aux sources extérieures étant révélatrice d'un « cosmopolitisme normatif »[1703] caractéristique. La Cour ne se positionne pas seulement

[1696] Ibid.
[1697] Ibid.
[1698] Cour IADH, avis consultatif, *La Colegiacion Obligatoria des Periodistas* (Articles 13 et 29 de la Convention américaine des droits de l'homme), 13 novembre 1985, OC-5/85, § 52.
[1699] Ibid.
[1700] Ibid.
[1701] Cour IADH, arrêt, *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad et Tobago* (preliminary exceptions), September 1, 2001, Series C, n° 81, §§ 63 et 81.
[1702] Ibid., p. 751 : à savoir « la volonté de rompre avec le positivisme juridique par la remise en cause du fondement volontariste du droit international au profit d'un droit véritablement universel applicable tant aux Etats qu'aux êtres humains ».
[1703] BURGORGUE-LARSEN, L., Les méthodes d'interprétation de la Cour interaméricaine des droits de l'homme – Justice in context, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 97/2014, p. 75 ; v. égal. DUBOUT, É. TOUZÉ, S., « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in DUBOUT, É., TOUZÉ, S. (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2009, p. 22 : « Par nature donc, en ce qu'ils prétendent par définition à l'universalité, les droits fondamentaux requièrent dans l'identification de leur contenu précis une confrontation avec des conceptions étrangères ». Selon les auteurs, l'universalité relève d'un consensus par recoupement et la communication s'avère nécessaire afin d'établir un dénominateur commun réalisant l'universel. Il semble que le concept de cosmopolistime normatif renvoie à l'idée que l'universel ne peut être réalisé sans sa confrontation avec le particulier puisque le général est la somme des singularités dans la mesure où la confrontation des sources et jurisprudences relatives aux droits de la personne permet de mettre en exergue les points de contact et ainsi de convergence.

comme un organe régional de protection des droits de la personne, mais comme le médiateur d'un droit universel dans le cadre régional[1704].

546. En effet, le droit international des droits de la personne fonde un ordre juridique tout à fait spécifique par rapport à l'ordre juridique international classique renvoyant à des rapports interétatiques, en raison non seulement de la capacité à agir de l'individu à travers le recours individuel, mais aussi grâce au phénomène d'émancipation des interprètes par rapport aux États. L'utilisation de méthodes communes d'interprétation du droit international des droits de la personne et l'assise sur des principes généraux du droit international, témoignent de la logique et de la cohérence de cet ordre juridique spécifique formé de systèmes juridiques particuliers, universels et régionaux, juridictionnels et quasi-juridictionnels. La nature spécifique de l'ordre juridique de protection des droits de la personne se concrétise par l'exercice du pouvoir juridictionnel qui, à travers l'interprétation, l'appréciation et l'application au cas par cas, conduit à l'objectivisation du droit. Ainsi, ces systèmes juridiques particuliers pourraient être qualifiés de *self-contained regimes* mais conditionnés par l'ordre plus global du droit international auxquels ils appartiennent et qui constitue leur fondement à travers des principes et règles sous-jacents. Précisément, ce qui garantit leur autonomie, c'est leur appartenance à cet ordre général qui dépasse leur strict cadre[1705]. Les garanties procédurales et substantielles en matière de prohibition similaires entre les différents instruments de protection en raison du principe de l'effet utile qui vise à la réalisation des droits protégés, apparaissent comme le prisme à travers lequel peuvent s'affirmer des standards minimums de protection. L'interprétation utile des instruments des droits de l'Homme peut se définir comme la méthode « par laquelle l'organe interprète une disposition conventionnelle, en cherchant à lui donner effet : il présuppose que les auteurs du traité ont entendu atteindre un objectif, même implicitement, et il revient alors à l'organe de donner du

[1704] CANÇADO, TRINDADE, A.A., « La Convention américaine relative aux droits de l'homme et le droit international général », in COHEN-JONATHAN, G., FLAUSS, J.-F. (dir.), *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 69-70 : « Un tribunal international des droits de l'homme comme la Cour interaméricaine ne se limite pas à résoudre les affaires contentieuses de violations des droits de l'homme qui lui sont soumises : il déclare le droit, et prend en charge le développement progressif du corpus juris de protection […] La Cour interaméricaine a adhéré à des valeurs communes supérieures, selon lesquelles l'être humain est sujet de droits et non simplement objet de protection, et ses droits lui sont inhérents, et par définition, antérieurs et supérieurs à l'Etat. Le recours par la Cour au droit international général, aux principes généraux du droit, dans l'interprétation et l'application de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, puise dans une conscience juridique commune qui reconnaît le caractère intangible des droits inhérents à la personne humaine ». V. égal. BRUNET, P., « La constitutionnalisation des valeurs par le droit », in HENNETTE-VAUCHEZ, S., SOREL, J.-M. (dir.), *Les droits de l'Homme ont-ils constitutionnalisé le monde?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 257-275.

[1705] SIMMA, B., PULKOWSKI, D., Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law, in *European Journal of International Law*, vol. 17, n° 3, 2006, pp. 483-528.

sens à la disposition, de manière à atteindre cet objectif »[1706]. L'effet utile justifie une interprétation extensive des droits de l'Homme en marquant « une ingérence raisonnable selon laquelle les parties ne peuvent pas avoir voulu un non-sens, un résultat manifestement déraisonnable », comme le passage du droit à un procès équitable au droit d'accès au juge, donnant ainsi à l'article 6 § 1, « un effet utile maximal »[1707]. La Cour IADH s'y réfère pour soutenir qu'il est nécessaire d'interpréter les droits protégés par la Convention de manière à en garantir l'effectivité[1708]. Il est certain que cette directive d'interprétation impose à l'interprète « de tenir compte du passage inéluctable du temps entre le moment où la règle a été adoptée et celui où il doit décider de son application concrète »[1709]. Par ailleurs, les normes du *jus cogens* et les obligations internationales, particulièrement celles *erga omnes*, jouent le rôle de structuration et de consolidation d'un ordre public international naissant puisque l'objectif des standards est d'instituer des normes de références qui peuvent servir de guide de bonnes pratiques à appliquer à la diversité infinie des circonstances de fait. C'est en cela qu'il est également possible de faire un parallèle avec les Cours constitutionnelles qui, lorsqu'elles opèrent le contrôle de constitutionnalité, visent à déterminer si une norme juridiquement inférieure est conforme aux standards définis par la Constitution, norme suprême dans l'ordre juridique national. Par ailleurs, lorsque des mesures restrictives des droits et libertés sont adoptées par les pouvoirs exécutifs ou législatifs, intervient également la conciliation entre la nécessité de sauvegarder l'ordre public et l'intérêt général et les limitations à ces droits et libertés constitutionnellement protégés. Afin d'interpréter la Constitution, la référence à la pratique d'autres Cours nationales ou d'autres organes internationaux, s'apparente à une méthode de révision juridictionnelle de l'instrument constitutionnel puisque des normes extérieures sont intégrées pour justifier un raisonnement juridique évolutif ou un revirement de jurisprudence. Au-delà des révisions formelles de la Constitution dont les modalités sont encadrées par celles-ci en imposant soit des conditions souples, soit des conditions rigides, l'intervention du juge constitutionnel peut également faire évoluer le texte constitutionnel en accord avec les mutations juridiques, économiques, sociales et culturelles d'un État à un moment donné. Bien que les systèmes de droit civil, en

[1706] HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H., *Traité de droit international des droits de l'Homme*, op. cit, p. 638.
[1707] KOLB, R., *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, op. cit., p. 584 et p. 594. V. CEDH, 1975, Golder c. Royaume-Uni.
[1708] Cour IADH, arrêt, *Case of Baldeón-García v. Peru* (merits, reparations and costs), April 6, 2006, série C, n°147, § 83 : interprétation du droit à la vie; Cour IADH, arrêt, *Case of Montero-Aranguren et al. (Detention Center of Catia) v. Venezuela (preliminary objections*, merits, reparations and costs), July 5, 2005, série C, n° 150, § 64; Cour IADH, arrêt, *Case of Ituango Massacres v. Colombia* (preliminary objection, merits, reparations and costs), July 1, 2006, Series C, n° 148, § 129.
[1709] HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H., *Traité de droit international des droits de l'Homme*, op. cit., p. 640.

ayant une Constitution écrite encadrent précisément la révision et accordent une importance moindre à l'intervention du juge dans le processus, dans les systèmes de *common law*, plus propices à être fondés sur des principes constitutionnels coutumiers, le pouvoir de révision du juge et la part prépondante des précédents sont plus susceptibles d'être pris en considération.

547. Dès lors, en raison de l'usage des sources externes par les organes internationaux, méthode qualifiée d'interprétation globale par contextualisation normative et systémique et qui est directement inspirée de la pratique spontanée des Cours constitutionnelles[1710], les organes de protection des droits de la personne, semblent jouer indirectement le rôle de Cours suprêmes dans l'ordre juridique international des droits de la personne, demeurant néanmoins régies par le principe de subsidiarité en raison de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. La pratique du dialogue leur permet d'adopter ainsi des interprétations extensives et évolutives, propres à aboutir à une forme de révision ou en tout cas de réactualisation des textes conventionnels. Cependant, des auteurs ont pu critiquer la liberté trop importante accordée aux organes internationaux dans la création du droit en allant au-delà de la volonté des parties, pourtant considérée comme primordiale par la CVDT[1711], tandis que d'autres ont pu considérer que l'interprète, face à un problème nouveau, devra s'interroger sur ce que les Parties auraient dû ou auraient pu faire s'ils avaient été confrontés au même problème ou encore à la signification du texte du point de vue finaliste, engendrant ainsi « un standard normatif qui, en théorie, prend la place de la recherche d'un fait, [l]e juge [gagnant] ainsi en liberté créative, car le standard est soumis à son appréciation souveraine »[1712]. C'est ainsi que se justifie le « décloisonnement des sources » formalisé par la Cour interaméricaine grâce à la référence à la notion de *corpus juris* international des droits de l'Homme, qui lui permet d'adopter des interprétations évolutives conformes au principe *pro homine*[1713]. La référence

---

[1710] Pour une étude comparative et détaillée de la référence aux sources externes dans la jurisprudence de plusieurs Cours constitutionnelles à travers le monde, v. GROPPI, T., PONTHOREAU, M.-C., *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart Publishing Limited, 2013, 471 p.

[1711] BOSSUYT, M., « Des limites à la juridiction de la Cour de Strasbourg », in *L'Homme et le droit. En l'honneur de Jean-François Flauss*, Paris, Pedone, 2014, pp. 117-127.

[1712] KOLB, R., *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, op. cit., p. 536.

[1713] Cour IADH, avis consultatif, 1er octobre 1999, *The right to information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law*, série A, n° 116, § 115; Cour IADH, avis consultatif, 24 septembre 1982, *« Other treaties » subject to the consultative jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention on Human Rights)*, série A, n°1, §§ 40-43. BURGORGUE-LARSEN, L., « 'Nothing is perfect'. Libres propos sur la méthodologie interprétative de la Cour européenne », in *L'Homme et le droit. En l'honneur de Jean-François Flauss*, Paris, Pedone, 2014, pp. 130 et suiv. V. HENNEBEL, L., TIGROUDJA, H., *Traité de droit international des droits de l'Homme*, op. cit., p. 642 : « Le DIDH forme, aux yeux des organes interaméricains, un ensemble cohérent et systémique, dont le liant est formé par ce corpus juris international composé d'un ensemble d'instruments internationaux et de normes aux contenus et aux effets juridiques variés. Les frontières conceptuelles qui séparaient les ordres juridiques des différents systèmes de protection sont artificielles car seuls comptent l'unité du genre humain et le caractère universel des droits et libertés garantis par

récurrente à des sources externes dans la pratique des organes interaméricains joue peut-être le rôle de catalyseur au phénomène croissant du dialogue juridictionel, au fur et à mesure que l'activité des différents organes internationaux de protection s'intensifie.

B. L'enjeu de l'incorporation des normes de références dans les ordres juridiques internes

548. Si des normes de références communes sont définies dans l'ordre juridique international à travers le dialogue jurisprudentiel entre les organes internationaux de protection des droits de la personne, comme il a été précisé, la responsabilité première de garantie des droits fondamentaux dans les ordres juridiques nationaux incombe toujours aux tribunaux internes. Ainsi, pour rendre des décisions judiciaires véritablement conformes aux obligations internationales en cas d'allégations de violations des droits de l'Homme tels que garantis par les traités, il leur est nécessaire de connaître l'acquis jurisprudentiel dans la matière au-delà de l'acquis conventionnel. L'exemple de la prohibition de la torture est ici révélateur. Si des nombreux instruments internationaux affirment cette interdiction absolue, elle relève également du droit international coutumier qui s'impose en dépit de tout engagement conventionnel. Néanmoins, la définition des actes de torture, des peines ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants, l'étendue des obligations internationales des États est l'œuvre de la jurisprudence internationale. En effet, si la Convention contre la torture contient des dispositions détaillées à cet égard, les instruments internationaux universels ou régionaux la prohibent en des termes généraux à travers la protection du droit à l'intégrité et à la dignité et la formule classique selon laquelle « nul ne sera soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Ainsi, les tribunaux nationaux doivent prendre en considération l'interprétation donnée, par les organes internationaux compétents pour chaque instrument, à ces dispositions conventionnelles qui lient leur État. Parallèlement, si un État est sanctionné par une juridiction internationale en raison des dispositions de son droit interne ou en raison de l'application de celles-ci par ses tribunaux, le redressement plein et entier de la violation et la prévention de violations futures demanderont la modification des dispositions litigieuses. Il est possible de mentionner par exemple le régime de la garde-à-vue en France qui a donné lieu à de nombreuses condamnations de la Cour EDH ayant conduit à la modification des dispositions en la matière pour être conformes à la Convention européenne.

---

le régime international des droits de l'Homme [d'où] la référence quasi-systématique à des normes et jurisprudences, nationales ou internationales, parfois externes à son propre ordre juridique ».

549. Il s'agit également de rejoindre le mouvement du dialogue juridictionnel à travers la prise en compte des interprétations données par les organes internationaux, bien que cela implique une perspective de coopération et de solidarité au détriment de la perception d'un gouvernement des juges supranationaux allant à l'encontre des tribunaux nationaux, puisque leurs missions sont complémentaires. Cependant, demeure l'enjeu de la diffiusion de l'acquis jurisprudentiel de l'ordre juridique international dans les ordres juridiques internes, ce qui souligne la nécessité de faire œuvre de pédagogie auprés des juges nationaux, dont la responsabilité revient principalement aux autorités étatiques. Les rencontres informelles, les échanges et autres types d'interactions qui peuvent se nouer entre les juridictions nationales tant ordinaires que constitutionnelles contribuent à une diffusion des avancées, enjeux et difficultés auxquelles sont confrontés ces tribunaux dans l'exercice d'un pouvoir judiciaire mondialisé, de plus en plus perméable aux sources externes. En effet, de la même manière que les juridictions internationales se réfèrent les unes aux autres, elles se réfèrent également aux juridictions nationales des autres États qui ne sont pas toujours et pas forcément des États parties à l'instrument conventionnel qu'elles sont en charge de protéger. Par ailleurs, les juridictions nationales elles-mêmes témoignent d'une ouverture croissante aux sources étrangères, qu'il s'agisse des décisions de justice ou des traités internationaux ou des décisions et dispositions constitutionnelles des autres États, contribuant à l'intensification d'un dialogue multidimensionnel, tant horizontal que vertical, mais toujours spontané, librement pratiqué à l'initiative des juges. Cela contribue à une diffusion et un partage des méthodes et techniques d'interprétation qui témoignent de la prise de conscience d'une nécessaire interprétation globale par contextualisation normative et systémique lorsqu'il est question de droits fondamentaux et de problèmes communs dont découlent nécessairement des solutions communes. C'est ici qu'apparaît l'enjeu de la reconnaissance pleine et entière par les juridictions nationales, des normes impératives du droit international qui imposent des obligations *erga omnes* aux États afin de mieux saisir les engagements qui s'imposent aux États et de mieux identifier les manquements à leurs obligations internationales afin de les rendre effectives à travers l'adoption de sanctions appropriées[1714].

550. Le recours au consensus interne et/ou international s'impose eu égard le principe de subsidiarité selon lequel il n'y a pas de définition du droit, d'une liberté ou d'une solution juridique à défaut d'un consensus entre les États. Pourtant, cette approche n'est pas celle privilégiée dans le domaine du noyau dur des droits fondamentaux qui s'affirment comme

[1714] PELLET, A., « Repenser les rapports entre ordres juridiques? Oui, mais pas trop… », in BONNET, B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 1781-1789.

absolus et n'admettant aucune restriction de la part des États, quelles que soient les circonstances, la pratique du dialogue juridictionnel à travers la référence extra-systémique pouvant davantage, à terme, transformer la conception du consensus en accordant un rôle plus important aux solutions adoptées dans le cadre judiciaire, à l'égard de problèmes communs, qui nécessitent une réponse transversale, pouvant aller à l'encontre du volontarisme étatique grâce à l'objectivisme jurisprudentiel. En effet, la prohibition de la torture est une norme du *jus cogens*, qui requiert une interprétation objective, harmonisée dans ses aspects fondamentaux pour ne pas dénaturer le droit associé qui protège l'intégrité et la dignité de la personne humaine. En étant aujourd'hui, une interdiction absolue, universelle par nature et une norme du droit international coutumier, le principe de subsidiarité intervient différemment : une mise en œuvre effective d'une telle prohibition exige un consensus international sur son contenu et sa portée en vue d'être transposée en droit interne en tant que standard minimum de protection, les États pouvant dès lors adopter une protection plus extensive dans ce domaine, mais en aucun cas plus restrictive[1715]. L'interprétation de la prohibition de la torture n'a pas pour vocation de ménager les susceptibilités des États mais de faire le constat qu'une interdiction absolue protégeant l'intégrité et la dignité de la personne humaine a été violée aux plus hauts niveaux de l'État, par un de ses agents ou à l'instigation de celui-ci, et de condamner l'État en conséquence au regard du préjudice subi par les victimes. Ainsi, la Cour européenne avait affirmé à propos des « dénominateurs communs des normes de droit international ou des droits nationaux des États européens » qu'il s'agissait d' « ensembles constitués des règles et principes acceptés par une grande majorité des États [qui] reflètent une réalité, 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 »[1716].

551. C'est cela qui justifie la pratique du dialogue à travers l'ouverture aux éléments extrasystémiques comme méthode complémentaire d'interprétation, les décisions de justice étant considérées comme des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit et les sources conventionnelles, largement acceptées par les États, en étant le reflet d'une convergence générale et d'un consensus de la part des États, considérées comme des règles coutumières, s'imposant en dehors de tout engagement conventionnel. Afin de légitimer son approche, le rôle de l'interprète des droits de la personne sera d'adopter un raisonnement

[1715] HERVIEU, N., « Les références aux énoncés extra-systémiques dans le discours juridictionnel, instrument de pédagogie au service des droits de l'homme ? », in CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Pédagogie et droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2014, pp. 195-208 :
[1716] *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, § 76, CEDH 2008.

juridique rigoureux afin de pouvoir persuader les destinataires de la décision de justice de son bien fondé, l'explication des solutions juridiques adoptées pour répondre aux exigences de la sécurité juridique et de la prééminence du droit quant au sens et à la portée des normes considérées. Puisqu'aucune dérogation n'est permise à la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, le principe de l'interprétation la plus favorable à la victime se justifie *de facto* en raison de la gravité des faits, tandis qu'un État a le devoir de protéger les individus relevant de sa juridiction contre de tels traitements, *a fortiori* lorsque ces actes sont pratiqués par des agents étatiques habilités à exercer des prérogatives de puissance publique. Il semblerait que le principe *pro persona, pro homine* découle de la philosophie de la prohibition des actes de torture et de mauvais traitements, qui impose ainsi un échange entres les organes de protection et une inspiration mutuelle face à la perméabilité intrinsèque aux systèmes juridiques de protection[1717].

552. L'incorporation des traités internationaux de protection des droits de l'Homme dans les ordres juridiques internes suppose d'aller au-delà des textes « bruts » inanimés, en tenant compte de l'interprétation donnée par les organes internationaux, l'incorporation contribuant ainsi à un rapprochement entre les ordres internes et l'ordre international, d'une part ; et entre ordres internes régis par la même Convention à travers l'objectif d'harmonisation[1718]. Ainsi, il a été affirmé à propos de la Convention européenne que celle-ci serait « significativement constitutionnalisée au niveau national par le biais de l'incorporation »[1719]. En effet, la Convention se serait « elle-même transformée en un système transnational de justice constitutionnelle [tandis que] les ordres juridiques nationaux ont été amenés à renforcer leur propre système de protection des droits fondamentaux »[1720], au regard notamment du concept de standards minimums de protection.

[1717] Cour IADH, arrêt, *Case of Cabrera Garcia and Montiel Flores v. Mexico* (preliminary objection, merits, reparations and costs), November 26, 2010, série C, n°220, § 38.; Opinion concordante Juge Ferrer Mac-Gregor Poisot, sous Cour IADH, *Case of Suárez Peralta v. Ecuador* (preliminary objection, merits, reparations and costs), May 21, 2013, série C, n°261, §§ 67 et suiv. V. pour l'application du principe *pro homine* par la Commission africaine : CommADHP, décision des 20-24 juillet 2011, *Groupe de travail sur les dossiers judiciaires stratégiques c. République démocratique du Congo*, pétition n°259/2002, § 68 : la communication était relative à la peine de mort qui n'est pas réglementée par la Charte africaine mais cela n'a pas empêché la Commission d'affirmer la nécessité d'une interprétation « libérale et pro-active » du droit à la vie, à la lumière de la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme.

[1718] KELLER, H., STONE SWEET, A., *A Europe of Rights: The Impact of the ECtHR on National Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 682-697.

[1719] STONE SWEET, A., Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'Homme : cinquante ans après son installation, op. cit., p. 945.

[1720] Ibid., p. 938.

Section 2. La structuration de l'ordre juridique international autour de standards minimums de protection

553. Une interprétation harmonisée des droits de l'Homme contribue à un accroissement de leur effectivité tant dans l'ordre juridique international que dans les ordres juridiques internes (§ 1), tandis que l'exercice d'un pouvoir judiciaire coordonné par l'intermédiaire du dialogue contribue à l'organisation de l'ordre juridique international en un réseau ordonné (§ 2).

§ 1. L'accroissement de l'effectivité des droits de la personne à travers l'interprétation harmonisée

554. Si les rapports entre la Cour interaméricaine et les tribunaux nationaux des États parties à la Convention américaine sont strictement encadrés par un contrôle de conventionnalité perfectionné (A), dans le cadre régional européen, la Cour européenne elle-même a pu être envisagée comme étant déjà une Cour constitutionnelle (B).

A. Un contrôle de conventionnalité perfectionné dans le cadre du système interaméricain

555. La première manifestation du contrôle de conventionnalité dans la jurisprudence interaméricaine est intervenue dans le cadre de l'affaire *Barrios Altos c. Pérou*[1721] dans laquelle la Cour a affirmé la nullité des lois d'amnistie dans les termes suivants :

> « En raison de l'incompatibilité manifeste existant entre les lois d'autoamnistie et la Convention américaine relative aux droits de l'Homme, ces lois n'ont aucun effet juridique et ne sauraient demeurer un obstacle aux investigations des faits de cette affaire, à l'identification et à la sanction des responsables, pas plus qu'elles ne sauraient avoir des incidences égales ou similaires, sur d'autres affaires de violations aux droits consacrés dans la Convention américaine et qui auraient eu lieu au Pérou »[1722].

[1721] MAC-GREGOR, E., Conventionality Control. The New doctrine of the Inter-American Court of Human Rights, in *American Journal of International Law Unbound*, Symposium: *The Constitutionalization of International law in Latin America*, vol. 109, 2015, pp. 93-94.

[1722] Cour IADH, arrêt, *Affaire Barrios Altos c. Pérou* (fond), 14 mars 2001, série C, n° 75, § 44. V. égal. Cour IADH, arrêt, *Case of Barrios Altos v. Peru* (interpretation of the judgment on the merits), September 3, 2001, Series C, n° 83, § 18: « Enactment of a law that is manifestly incompatible with the obligations undertaken by a State Party to the Convention is per se a violation of the Convention for which the State incurs international responsibility. The Court therefore considers that given the nature of the violation that amnesty laws No. 26479 and No. 26492 constitute, the effects of the decision in the judgment on the merits of the Barrios Altos Cases are general in nature, and the question put to the Court in the Commission's request for interprÉtation must be so answered ».

556. Au regard de l'article 2 de la Convention américaine relatif à l'obligation adressée aux États d'adopter des mesures internes, la Cour juge que :

> « [L]orsque le Pouvoir législatif faillit à sa tâche qui est de supprimer et/ou de ne pas adopter des lois contraires à la Convention américaine, le Pouvoir judiciaire reste lié au devoir de garantie établi par l'article 1.1 de cette Convention et, en conséquence, il doit s'abstenir d'appliquer n'importe quelle norme qui lui serait contraire. [En effet], [l]'application, par des agents ou des fonctionnaires de l'État, d'une loi violant la Convention engage la responsabilité internationale de l'État et constitue un principe de base du droit de la responsabilité internationale de l'État figurant dans le droit international des droits de l'Homme, dans le sens où tout État est internationalement responsable des actes ou omissions de n'importe lequel de ses pouvoirs ou organes qui violeraient les principes du droit international consacrés par l'article 1.1 de la Convention américaine »[1723].

557. Ainsi, dans le cadre du système interaméricain la Cour a une conception très élargie de la notion du contrôle de conventionnalité afin de permettre la mise en conformité des ordres juridiques internes avec les droits protégés par la Convention américaine. En effet :

> « La Cour est consciente du fait que les juges et les tribunaux nationaux sont soumis à la loi et de ce fait, ils sont obligés d'appliquer les dispositions en vigueur dans l'ordonnancement juridique. Mais lorsqu'un État a ratifié un traité international tel que la Convention américaine, ses juges, dans la mesure où ils font partie de l'appareil de l'État, sont également soumis aux dispositions de ce traité, ce qui les oblige à veiller à ce que les effets des dispositions de la Convention ne soient pas diminués par l'application de lois contraires à leur objet et à leur fin, et à ce que, dès le départ, ils ne puissent avoir aucun effet juridique. En d'autres termes, le Pouvoir judiciaire doit exercer une espèce de « contrôle de conventionnalité » entre les normes juridiques internes qu'il applique à des cas concrets et la Convention américaine relative aux droits de l'Homme. Ce faisant, le Pouvoir judiciaire doit tenir compte non seulement du traité mais aussi de l'interprétation qu'en a faite la Cour interaméricaine, ultime interprète de la Convention américaine »[1724].

558. Enfin, pour conforter sa position à l'égard du contrôle de conventionalité exigé de la part des juridictions internes, la Cour rappelle l'article 27 de la CVDT énonçant un principe communément admis en vertu duquel les obligations découlant du droit international « doivent être appliquées de bonne foi sans que l'on puisse invoquer les dispositions du droit interne pour ne pas les exécuter »[1725]. Cette doctrine engendre une obligation pour les États Parties à la Convention américaine d'interpréter les dispositions de leurs droits nationaux,

---

[1723] CIADH, arrêt, *Affaire Almonacid Arellano et autres c. Chili* (exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens), 26 septembre 2006, série C, n° 154, § 123, nous soulignons.
[1724] Ibid., § 124, nous soulignons.
[1725] Ibid., § 125. V. Cour IADH, avis consultatif, *Responsabilité internationale du fait de l'exécution et de l'application des lois violant la Convention (Art. 1 et 2 Convention Américaine relative aux droits de l'Homme)*, 9 décembre 1994, OC-14/94, série A, n° 14, § 35.

qu'il s'agisse des Constitutions, lois, décrets ou décisions de justice, de manière conforme à la Convention et plus généralement en accord avec le *corpus juris* inter-américain, également appelé « bloc de conventionnalité » [1726]. Ainsi, dès lors qu'une mesure interne est incompatible avec le bloc de conventionnalité, les autorités étatiques doivent écarter son application afin de ne pas aboutir à une violation des droits internationalement protégés, en exerçant ce contrôle ex officio, dans le cadre de leurs compétences respectives et dans le respect des règles procédurales telles que définies par le droit interne[1727]. Ce mécanisme est envisagé par la Cour « as a mechanism for the application of the international law, in this case international human rights law, and specifically the American Convention and its sources, including this Court's jurisprudence »[1728]. Ce contrôle de conventionnalité approfondi exigé de la part des autorités nationales des États Parties à la Convention américaine exige que cette dernière soit transposée dans les ordres juridiques domestiques, en lui attribuant un statut supérieur par rapport à toutes les autres dispositions nationales, qu'elles soient législatives ou constitutionnelles, afin de ne pas engager la responsabilité internationale des États en cas de contrariété avec les règles et principes du corpus juris interaméricain tels qu'interprétés par la Cour. Cependant, ni le texte de la Convention, ni les principes généraux du droit international ne spécifient de quelle manière le texte conventionnel devrait être incorporé dans les ordres juridiques internes et quel rang hiérarchique devrait lui être accordé par rapports aux autres dispositions nationales. Par ailleurs, il semblerait que le contrôle de conventionnalité soit en contrariété avec la conception traditionnelle en vertu de laquelle l'État s'engage à protéger lui-même les droits de l'Homme, une fois l'instrument international ratifié et en vigueur à son égard, ce qui implique toutefois des mesures nationales de mise en oeuvre puisque les droits ne sont pas d'application directe. Néanmoins, la Cour interaméricaine, en imposant aux autorités nationales des États parties d'écarter l'application de toute disposition nationale contraire à la Convention, semble accorder au traité une applicabilité directe, indépendamment des prescriptions du droit national[1729]. Cette approche a été comparée avec celle de la CJUE, plutôt qu'avec celle de la Cour EDH qui ne connaît rien de semblable,

[1726] VON BOGDANDY, A., Ius Constitutionale Commune en America Latina: Observations on Transformative Constitutionalism, in *American Journal of International Law Unbound*, Symposium: *The Constitutionalization of International law in Latin America*, vol. 109, 2015, pp. 109-114, spec. p. 111.
[1727] MAC-GREGOR, E., Conventionality Control. The New doctrine of the Inter-American Court of Human Rights, in *American Journal of International Law Unbound*, Symposium: *The Constitutionalization of International law in Latin America*, vol. 109, 2015, p. 93.
[1728] Cour IADH, *Gelman v. Uruguay, Monitoring Compliance with Judgment* (Order of the Court), March 20, 2013, § 65.
[1729] DULITZKY, A. E., An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine, in *American Journal of International Law Unbound*, Symposium: *The Constitutionalization of International law in Latin America*, vol. 109, 2015, p. 101.

puisque de manière analogue, le droit de l'Union européenne prime sur les droits nationaux des États membres et bénéficie d'un effet direct[1730]. La Cour interaméricaine non seulement adopte une position semblable à l'égard d'un traité international de protection des droits de l'Homme, mais va encore plus loin en estimant que la Convention s'impose même à l'égard des Constitutions nationales, chose que les Cours nationales européennes n'ont pas encore pleinement accepté à l'égard du droit de l'Union européenne en dépit d'une position dans ce sens de la CJUE[1731]. Ainsi, « [b]y placing the Convention above national legal orders, including national constitutions, it appears that the Court conceives of the Convention as a federal constitution, transforming the Court into a federal supreme court […] [or a] kind of constitutional tribunal for the region »[1732], bien qu'elle n'en soit pas formellement une au regard de son statut de juridiction internationale.

559. Cet activisme de la Cour à l'égard du contrôle de conventionnalité semble se justifier au regard des échecs du principe de subsidiarité sur le continent américain, du contexte politique, des violences systématiques et généralisées à l'encontre des droits de l'Homme et des difficultés à instaurer un pouvoir judiciaire indépendant et effectif dans les ordres juridiques des États Parties à la Convention, ce droit de regard sur les autorités nationales étant le moyen de surveiller l'action étatique à l'échelle locale et un élément catalyseur dans la construction de régimes démocratiques[1733]. Actuellement, plusieurs Constitutions nationales des États de continent américain accordent une valeur constitutionnelle aux traités de protection des droits de l'Homme[1734]. Si le contrôle de conventionnalité de la Cour IADH est particulièrement perfectionné en imposant aux juridictions nationales de tenir compte de sa jurisprudence relative à l'interprétation de la Convention interaméricaine, la Cour EDH a pu être identifiée comme une juridictionnelle constitutionnelle européenne en raison notamment de la pratique d'une interprétation évolution de la Convention européenne.

[1730] V. pour des arrêts de principe : CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. Enel*, aff. 6/64; CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62; CJCE, 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, aff. n° 41-74.

[1731] Ibid., p. 101. V. CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, aff. 106/77 : arrêt dans lequel la Cour de justice affirme la primauté des normes communautaires sur les normes du droit interne, y compris la Constitution. Ceci n'a pas été retenu par la France.

[1732] Ibid., pp. 101-102. V. égal. BURGORGUE-LARSEN, L., « La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional », in VON BOGDANDY, A. (dir.), *Ius Constitututionale Commune En América Latina*, Max Planck Institute, 2014, pp. 421-457.

[1733] Ibid., p. 104.

[1734] V. les Constitutions de l'Argentine, de la Bolivie, du Brésil, du Chili, de la Colombie, du Costa Rica, de la République dominicaine, de l'Équateur, du Salvador, du Guatemala, du Honduras, du Mexique, du Nicaragua, du Paraguay, du Pérou et du Vénézuela.

B. La Cour européenne des droits de l'Homme : une Cour constitutionnelle européenne ?

560. La souplesse de la Cour EDH à l'égard du formalisme juridique s'illustre notamment avec « le principe constitutionnel d'interprétation évolutive [qui prône une] « déformalisation des sources du droit [alors même qu'en] [a]doptant les techniques interprétatives des Cours constitutionnelles [la Cour EDH a eu l'occasion de moduler les effets de ses jugements au regard du principe de la sécurité juridique] »[1735]. La Cour a même été identifiée comme une Cour constitutionnelle européenne dans l'opinion concordante du Juge Pinto De Albuquerque, à laquelle se sont ralliés les Juges Hajiyev, Pejchal et Dedov, dans le cadre de l'affaire *Al-Dulimi*[1736]. Les juges de la Cour européenne ont affirmé tout d'abord qu'il était nécessaire de « [p]rendre la Convention au sérieux »[1737] qui avait une « nature constitutionnelle » puisque :

> « Le Conseil de l'Europe est un ordre juridique autonome fondé sur des accords et sur une action commune dans le domaine économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif ainsi que dans la sauvegarde et le développement des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (article 1, paragraphe b, du Statut du Conseil de l'Europe de 1949). Avec plus de 217 traités, l'ordre juridique de cette organisation internationale a à son sommet un traité international, la Convention européenne des droits de l'Homme qui a un effet direct et supra-constitutionnel sur les ordres juridiques nationaux des États membres du Conseil de l'Europe »[1738].

561. À l'appui de cette affirmation, les juges renvoyaient à plusieurs affaires de la Cour EDH tout en soulignant que « les principes de primauté et d'effet direct développés par la CJUE se retrouvent également dans la jurisprudence de la Cour »[1739] et que des principes similaires avaient été reconnus dans le cadre de la jurisprudence interaméricaine[1740]. Ensuite, les juges ont rappelé qu'en :

[1735] Opinion partiellement dissidente Juge Pinto de Albuquerque, sous *Muršić c. Croatie* [GC], n° 7334/13, 20 octobre 2016, §§ 10-19.

[1736] Opinion concordante du Juge Pinto De Albuquerque, à laquelle se rallient les Juges Hajiyev, Pejchal et Dedov, sous *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], n° 5809/08, 21 juin 2016. V. égal. l'opinion concordante du Juge Sicilianos, sous *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], n° 5809/08, 21 juin 2016.

[1737] Opinion concordante du Juge Pinto De Albuquerque, à laquelle se rallient les Juges Hajiyev, Pejchal et Dedov, sous *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], n° 5809/08, 21 juin 2016, §§ 59-70: formule employée par analogie à celle utilisée par Ronald Dworkin dans son ouvrage *Prendre les droits au sérieux*.

[1738] Ibid. § 59, nous soulignons.

[1739] Ibid., note de bas de page 112 : v. *Anchugov et Gladkov c. Russie*, n° 11157/04 et 15162/05, § 50, 4 juillet 2013 ; *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, n° 27996/06 et 34836/06, §§ 40, 41, 54, 22 décembre 2009 ; *Dumitru Popescu c. Roumanie* (n° 2), n° 71525/01, § 103, 26 avril 2007 ; *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, § 29, Recueil 1998 I.

[1740] Ibid. V. Cour IADH, arrêt, *« The Last Temptation of Christ » (Olmedo-Bustos et al.) v. Chile* (merits, reparations, and costs), February 5, 2001, Series C, n° 73; MAC-GREGOR, E., Conventionality Control. The New doctrine of the Inter-American Court of Human Rights, in *American Journal of International Law*

> « Étant plus qu'un simple accord multilatéral sur des obligations réciproques d'États parties, la Convention crée des obligations pour les États parties envers toutes les personnes et entités privées relevant de leur juridiction. Avec son rôle de vecteur de transformation proclamé avec emphase dans le préambule qui lui donne vocation à construire une union plus étroite des États européens et pour développer les droits de l'Homme sur une large base paneuropéenne, la Convention n'est ni subordonnée aux règles constitutionnelles nationales, ni aux prétendues règles supérieures du droit international, puisque c'est le droit suprême du continent européen »[1741].

562. Ils ont toutefois tenu à préciser que « [c]ela ne signifie pas que la Convention [soit] un document exclusif et '*self-contained*' [mais] [a]u contraire, […] un traité inclusif, généreusement ouvert à d'autres textes qui promeuvent un degré plus élevé de protection des droits de l'Homme »[1742], cette affirmation étant la preuve de l'attachement au dialogue juridictionnel à travers l'intégration des éléments extrasystémiques. Enfin, les juges sont allés encore plus loin en soulignant que « [d]ans la hiérarchie de normes interne au Conseil de l'Europe lui-même, le droit des Nations unies équivaut à tout autre accord international et est subordonné à la primauté de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen », allant jusqu'à remarquer que « le préambule de la Convention ne se réfère qu'à la Déclaration universelle des droits de l'Homme et non à la Charte »[1743].

563. Ainsi, dans leur opinion concordante commune, les juges font valoir que :

> « De là découle la nature de la Cour en tant que Cour constitutionnelle européenne, dont les arrêts ont un effet *erga omnes res interpretata* qui va au-delà de leur effet *inter partes res judicata*, ainsi qu'un effet prescriptif puissant qui va bien au-delà de ses effets purement déclaratoires mentionnés fréquemment.
> Les procédures d'arrêts pilotes et quasi pilotes sont typiquement des instruments de contrôle constitutionnel, qui jouent un rôle central dans le redressement de dysfonctionnements du droit national ou la non-réglementation par le législateur en présence de dysfonctionnements systémiques[1744].
> Si besoin est, dans le dispositif de ses arrêts, la Cour exerce un pouvoir d'annulation indirect à travers des injonctions faites en vertu de l'article 46 en demandant à l'État défendeur à réviser ses lois, règlements administratifs et pratiques. Même si elle ne l'a pas encore utilisée, la Cour a également la compétence pour exercer une action en violation (article 46 § 4 de la Convention).

Unbound, Symposium: *The Constitutionalization of International law in Latin America*, vol. 109, 2015, pp. 93-99.

[1741] Opinion concordante du Juge Pinto De Albuquerque, à laquelle se rallient les Juges Hajiyev, Pejchal et Dedov, sous *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], n° 5809/08, 21 juin 2016, § 59.

[1742] Ibid., note de bas de page 113, nous soulignons.

[1743] Ibid., § 59 et note de bas de page 114, nous soulignons. V. *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 75, série A, n° 310.

[1744] À cet égard, les juges renvoient à plusieurs affaires de la Cour : *M.C. et autres c. Italie*, n° 5376/11, 3 septembre 2013 ; *Kurić et autres c. Slovénie* [GC], n° 26828/06, 26 juin 2012, *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, n° 60041/08 et 60054/08, CEDH 2010; *Suljagic c. Bosnie-Herzégovine*, n° 27912/02, 3 novembre 2009.

Finalement, elle a compétence sur sa propre compétence (Kompetenzkompetenz), qui n'exclut pas, en cas de blocage politique de la procédure d'exécution et de l'action en violation au niveau du Comité des ministres, qu'elle accepte de jouer un rôle de supervision concernant l'inexécution ou l'exécution incomplète d'un arrêt de la Cour, même en l'absence d'une telle action en violation.
C'est enfoncer une porte ouverte aujourd'hui que de dire que le mécanisme d'exécution essentiellement intergouvernemental a radicalement changé de nature de par le rôle prépondérant que la Cour elle-même joue dans la garantie de l'efficacité du système de protection des droits de l'Homme. Le Conseil de l'Europe peut ainsi avancer une forte revendication constitutionnelle »[1745].

564. En effet, la Cour a élaboré la procédure de l'arrêt pilote au regard d'affaires répétitives, démontrant un dysfonctionnement chronique en raison de problèmes structurels ou systémique au niveau interne des États membres. Cette procédure a permis à la Cour EDH d'accorder un traitement prioritaire aux affaires s'y rapportant en se prononçant sur la violation ou non de la Convention européenne, mais aussi en identifiant le problème persistant de l'État et en adressant des indications claires au gouvernement sur les mesures de redressement à prendre pour y remédier. L'arrêt fondateur sur cette question est intervenu à l'égard des atteintes au droit de propriété qui concernaient un grand nombre de requérants[1746], mais depuis, la procédure de l'arrêt pilote a été codifiée à l'article 61 du Règlement de la Cour européenne[1747]. Depuis son adoption, la procédure de l'arrêt pilote a été utilisée en cas de

[1745] Ibid., § 60, nous soulignons. Le Juge Pinto De Albuquerque renvoie à d'autres opinions séparées qu'il a jointes à des affaires en affirmant la compétence constitutionnelle de la Cour à l'échelle de l'Europe : v. Opinions séparées du Juge Pinto De Albuquerque dans les affaires *Fabris c. France* [GC], n° 16574/08, 7 février 2013, et V*allianatos et autres c. Grèce* [GC], n° 29381/09 et 32684/09, 7 novembre 2013. Dans le même sens, v. STONE SWEET, A., Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'Homme : cinquante ans après son installation, la Cour européenne droits de l'Homme conçue comme une Cour constitutionnelle, préc., p. 944. À l'égard de la nature constitutionnelle de la Cour européenne, l'auteur soutient qu'elle est « une Cour constitutionnelle transnationale dont l'autorité, la jurisprudence, les capacités de dire le droit et l'influence sur les systèmes politiques et juridiques méritent d'être comparées à celles des cours constitutionnelles les plus efficaces. […] [L]a Convention a été constitutionnalisée dès lors qu'un nombre croissant d'États lui confère un effet direct et un rang supra législatif en droit interne. […] La constitutionnalisation de la Convention, n'a jamais été linéaire ou sans friction. Au contraire, elle a introduit une grande incertitude normative, une pression pour un changement procédural, la potentialité d'une transformation ou d'un conflit constitutionnel, tant au niveau national que transnational. […] [L]e régime de la Convention est une partie de la Constitution européenne supranationale. Cette constitution contient deux éléments essentiels: (1) le partage de normes légales et de modes d'argumentation (droits fondamentaux, procédures, techniques jurisprudentielles) et (2) des interactions, à la fois formelles et informelles, entre la Convention – conçue comme un système de justice constitutionnelle – et les systèmes nationaux de protection des droits fondamentaux ».

[1746] Arrêt fondateur : *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V. V. WILDHABER, L., « 'Constitutionnalisation' et 'juridiction constitutionnelle' – Le point de vue de Strasbourg », in HENNETTE-VAUCHEZ, S., SOREL, J.-M. (dir.), *Les droits de l'Homme ont-ils constitutionnalisé le monde?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 93-103.

[1747] Article 61– Procédure de l'arrêt pilote : « 1. La Cour peut décider d'appliquer la procédure de l'arrêt pilote et adopter un arrêt pilote lorsque les faits à l'origine d'une requête introduite devant elle révèlent l'existence, dans la Partie contractante concernée, d'un problème structurel ou systémique ou d'un autre dysfonctionnement similaire qui a donné lieu ou est susceptible de donner lieu à l'introduction d'autres requêtes analogues. 2. a) Avant de décider d'appliquer la procédure de l'arrêt pilote, la Cour doit inviter les parties à donner leur avis sur la question de savoir si la requête à examiner a pour origine pareil problème ou dysfonctionnement au sein de la

durée excessive des procédures et en l'absence de recours internes, ce qui touche donc à l'organisation de la justice, une fonction régalienne de l'État dans son ordre juridique interne[1748]. La Cour EDH y a également eu recours en cas d'inexécution prolongée des décisions judiciaires et l'absence de recours internes à cet égard[1749]. Enfin, la procédure de l'arrêt pilote a également été utilisé en ce qui concerne les violations de l'article 3 de la Convention européenne découlant des conditions de détention inhumaines et/ou dégradantes[1750]. En imposant des mesures de redressement dans les ordres juridiques nationaux à travers la procédure des arrêts-pilotes, la Cour s'immisce dans l'organisation judiciaire, administrative, voire politique des États parties en leur imposant un ajustement pour redresser des problèmes systémiques ou structurels.

565. Le Protocole additionnel n° 16 à la Convention européenne, en date du 2 octobre 2013, est entré en vigueur le 1er août 2018, une fois que les 10 ratifications nécessaires ont été

Partie contractante concernée et si elle se prête à cette procédure. b) La Cour peut décider d'appliquer la procédure de l'arrêt pilote d'office ou à la demande de l'une ou des deux parties. c) Toute requête pour laquelle il a été décidé que la procédure de l'arrêt pilote serait appliquée doit se voir réserver un traitement prioritaire au sens de l'article 41 du règlement de la Cour. 3. La Cour doit indiquer dans l'arrêt pilote adopté par elle la nature du problème structurel ou systémique ou du dysfonctionnement qu'elle a constaté et le type de mesures de redressement que la Partie contractante concernée doit prendre au niveau interne en application du dispositif de l'arrêt. 4. La Cour peut fixer, dans le dispositif de l'arrêt pilote adopté par elle, un délai déterminé pour l'adoption des mesures mentionnées au point 3 ci-dessus, en tenant compte de la nature des mesures requises et de la rapidité avec laquelle il peut être remédié, au niveau interne, au problème constaté par elle. 5. Lorsqu'elle adopte un arrêt pilote, la Cour peut réserver la question de la satisfaction équitable en tout ou partie dans l'attente de l'adoption par la Partie contractante défenderesse des mesures tant individuelles que générales indiquées dans l'arrêt. 6. a) Le cas échéant, la Cour peut ajourner l'examen de toutes les requêtes procédant du même motif dans l'attente de l'adoption des mesures de redressement indiquées dans le dispositif de l'arrêt pilote. b) Les requérants concernés sont informés de la décision d'ajournement sous la forme qui convient. S'il y a lieu, tout élément nouveau intéressant leur affaire leur est notifié. c) La Cour peut à tout moment examiner une requête ajournée si l'intérêt d'une bonne administration de la justice l'exige. 7. Lorsque les parties à une affaire pilote parviennent à un règlement amiable, celui-ci doit comporter une déclaration de la Partie contractante défenderesse concernant la mise en œuvre des mesures générales indiquées dans l'arrêt et des mesures de redressement devant être accordées aux autres requérants, déclarés ou potentiels. 8. Si la Partie contractante concernée ne se conforme pas au dispositif de l'arrêt pilote, la Cour, sauf décision contraire, reprend l'examen des requêtes qui ont été ajournées en application du point 6 cidessus. 9. Le Comité des Ministres, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe et le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe sont systématiquement informés de l'adoption d'un arrêt pilote ou de tout autre arrêt où la Cour signale l'existence d'un problème structurel ou systémique au sein d'une Partie contractante. 10. La décision de traiter une requête suivant la procédure de l'arrêt pilote, l'adoption d'un arrêt pilote, son exécution et la clôture de la procédure donnent lieu à la publication d'informations sur le site Internet de la Cour ».

[1748] *Rumpf c. Allemagne*, n° 46344/06, 2 septembre 2010; *Dimitrov et Hamanov c. Bulgarie et Finger c. Bulgarie*, n° 48059/06 et 2708/09, 10 mai 2011; *Ümmühan Kaplan c. Turquie*, n° 24240/07, 20 mars 2012; *Michelioudakis c. Grèce*, n° 54447/10, 3 avril 2012; *Glykantzi c. Grèce*, n° 40150/09, 30 octobre 2012; *Rutkowski et autres c. Pologne*, n° 72287/10 et 2 autres, 7 juillet 2015; *Gazsó c. Hongrie*, n° 48322/12, 16 juillet 2015.

[1749] *Bourdov c. Russie (n° 2)*, n° 33509/04, CEDH 2009; *Olaru c. Moldova (satisfaction équitable)*, n° 476/07, 12 octobre 2010; *Yuriy Nikolayevich Ivanov c. Ukraine*, n° 40450/04, 15 octobre 2009; *Gerasimov et autres c. Russie*, n° 29920/05 et 10 autres, 1er juillet 2014.

[1750] *Ananyev et autres c. Russie*, n° 42525/07 et 60800/08, 10 janvier 2012; *Torreggiani et autres c. Italie*, n° 43517/09 et 6 autres, 8 janvier 2013; *Neshkov et autres c. Bulgarie*, n° 36925/10 et 5 autres, 27 janvier 2015; *Varga et autres c. Hongrie*, n° 14097/12 et 5 autres, 10 mars 2015; *W.D. c. Belgique*, n° 73548/13, 6 septembre 2016; *Rezmiveş et autres c. Roumanie*, n° 61467/12 et 3 autres, 25 avril 2017.

réunies[1751]. Ainsi, des développements futurs sont à attendre du nouveau mécanisme institué par ce Protocole. Ce dernier institue la faculté, pour les Cours constitutionnelles ou les plus hautes juridictions nationales des États membres, de demander à la Cour européenne « un avis consultatif sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou ses protocoles »[1752]. Le Préambule du Protocole souligne que « l'extension de la compétence de la Cour pour donner des avis consultatifs renforcera l'interaction entre la Cour et les autorités nationales, et consolidera ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité »[1753]. Ainsi, la Cour devra rendre des avis motivés, avec la possibilité d'y joindre l'exposé des opinions séparés des juges, mais les avis consultatifs ne seront pas contraignants[1754]. Bien que les avis consultatifs ne soient pas obligatoires à l'égard des juridictions suprêmes des États membres, constitutionnelles ou non, toujours est-il que si la juridiction nationale tient compte de l'interprétation donnée par la Cour, voire l'applique en l'état, il s'agira indirectement d'une application de la jurisprudence de la Cour EDH sur une problématique donnée ou d'un revirement de jurisprudence par rapport à une question donnée, selon ses propres indications dans le cadre du dialogue de juge à juge, sans qu'il y a ait recours direct de la part d'un requérant, ni la mise en œuvre d'une procédure d'arrêt pilote par exemple. Mais pourtant, serait-il possible pour la juridiction nationale suprême d'adopter une interprétation contraire à celle donnée par la Cour sans se heurter au principe de sécurité juridique et de la prééminence du droit, et sans que le non-respect de l'avis ne s'apparente à un acte de défiance à l'égard de la Cour européenne ?[1755] Se pose également la question des chevauchements avec la jurisprudence de la CJUE, surtout depuis l'avis négatif d'adhésion de l'UE à la Cour EDH[1756]. La CJUE étant la gardienne ultime des traités, les renvois préjudiciels sont obligatoires pour les juridictions suprêmes des États membres lorsqu'il est question de l'interprétation des traités ou de la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union[1757]. Ainsi,

[1751] Pour le moment, le Protocole est en vigueur à l'égard de l'Albanie, l'Arménie, l'Estonie, la Finlande, la France, la Géorgie, la Lituanie, Saint-Marin, la Slovénie et l'Ukraine. Puisqu'il ne s'agit pas d'un Protocole d'amendement, mais d'un Protocole additionnel, il ne sera appliqué que dans les États signataires.
[1752] Article, § 1 du Protocole n° 16.
[1753] Alinéa 3 du Préambule du Protocole n° 16.
[1754] Articles 4 et 5 du Protocole n° 16.
[1755] V. par ex., LARROUTUROU, T., Le Protocole n° 16 à la CEDH, nouveau terrain de rencontre des contrôlesde constitutionnalité et de conventionnalité, in *Revue du droit public*, n°2, 2018, pp. 475 et suiv.
[1756] V. CJUE, Ass. Plén., 18 décembre 2014, Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE – *Projet d'accord international – Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – Compatibilité dudit projet avec les traités UE et* FUE, avis 2/13.
[1757] Art. 267 du TFUE. V. sur les rapports entre la Cour européenne et les juridictions nationales, ainsi que sur les rapports entre la Cour européenne et la CJUE, SIMON, D., « Repenser le raisonnement interprétatif :

les juridictions nationales seront-elles tentées d'appliquer plutôt la jurisprudence de la Cour EDH lorsqu'il est question de droits fondamentaux, au détriment de celle de la CJUE à l'égard de la CDFUE, notamment dans le cadre de la mise en œuvre des obligations découlant du système Dublin ?

566. Au regard de l'incorporation de la Convention européenne dans les ordres juridiques des États parties, l'autorités des juridictions constitutionnelles est mise au défi puisque les dispositions des droits nationaux relatives aux droits fondamentaux et celles issues du texte conventionnel se superposent régulièrement. Plusieurs interrogations ont été soulevées. Si les juridictions ordinaires peuvent interpréter et appliquer les dispositions de la Convention européenne, en écartant toute loi nationale contraire au titre du contrôle de conventionnalité qui leur incombe, dans quelle mesure l'ordre juridique national a-t-il besoin d'une juridiction constitutionnelle ? Le refus de se conformer aux dispositions conventionnelles ou à la jurisprudence de la juridiction internationale soulève-t-il une question constitutionnelle nationale engendrant pour la juridiction constitutionnelle la nécessité de réduire les conflits entre l'ordre juridique interne et l'instrument international[1758]? Quoi qu'il en soit, dans ce contexte de pluralisme juridique, la coexistence entre des organes de protection agissant soit dans le cadre national, soit dans l'ordre international, s'articule en réseau ordonné à travers des interactions qui découlent d'une mission commune relative à la garantie des droits de la personne.

§ 2. L'organisation de l'ordre juridique international en réseau ordonné à travers l'exercice du pouvoir judiciaire

567. Repenser l'organisation d'un ordre juridique en réseau plutôt que dans la perspective rigide d'une structuration pyramidale, permet de soulever l'hypothèse de l'émergence d'un constitutionnalisme global à l'échelle universelle (A), tandis que la pratique du dialogue juridictionnel s'avère être un moyen d'autorégulation de pouvoirs judiciaires multiples (B).

autonomie ou circulation de principes, des méthodes et des techniques, dans les rapports de systèmes », in BONNET, B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 605-631.

[1758] STONE SWEET, A., Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'Homme : cinquante ans après son installation, la Cour européenne droits de l'Homme conçue comme une Cour constitutionnelle, préc., p. 940.

A. Une approche du constitutionnalisme global dans l'ordre juridique international

568. Il est nécessaire d'insister sur la comparaison entre les fonctions, compétences et techniques juridiques utilisées par les juridictions constitutionnelles nationales et les juridictions internationales en soulignant bien que le constitutionnalisme interne n'est pas le constitutionnalisme international. En effet, ces deux formes de constitutionnalisme ne sont pas au même stade de développement mais pourtant elles s'inscrivent toutes les deux dans un contexte de pluralisme juridique, d'une mise en interaction entre systèmes et ordres juridiques, entre des normes protégeant des libertés et les normes les restreignant[1759].

569. Si dans l'ordre juridique international, la Déclaration universelle et les Pactes internationaux constituent la Charte internationale des droits de l'Homme, des différences et des similitudes existent d'une part, entre ces trois textes de portée globale, mais ensuite entre les chartes nationales proclamant les droits de l'Homme dans les ordres juridiques internes. Peu importe le degré général d'analogie ou de contradictions entre le droit international et le droit constitutionnel, les textes nationaux et les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme ont les mêmes fonctions : opposer des limites à l'action des gouvernements à l'encontre des personnes relevant de leur juridiction[1760]. Loin de s'opposer, ils ont ainsi un même objectif qui est la protection des droits fondamentaux des individus. Étant donné que les droits reconnus par la Constitution sont pour la plupart opposables aux gouvernements, s'il est impossible pour les individus de les faire valoir devant les tribunaux

[1759] V. par ex. BROWN, G. W., The Constitutionalization of What, in *Global constitutionalism*, vol. 1, 2012, pp. 201-228, spéc. pp. 205-206: « So what is meant by constitutionalization? In terms of empirical description, the etymology of constitutionalization seemingly refers to explanatory notions of legal process, subjectification and objectification and makes reference to at least three corresponding empirical features. First, the most common understanding and use of constitutionalization is in relation to describing the formal legal and political processes involved in constituting a global legal order of some kind. The objectification of this legal order can be expressed through a singular hierarchical structure or it can be expressed through a network of interconnecting and iterative legal regimes that act as a procedural structure for some form of authoritative legal order. In this regard, to 'constitutionalize' something is to establish formal legal processes where legal rights and duties are codified and where the authoritative mechanisms for legal adjudication are clearly delineated. Second, the term constitutionalization also refers to the act of making an entity subject to the legal jurisdiction of an established constitutional order. In relation to the first definitional property, legal regimes or entities that were once independent of this constitutional process (or in an unclear legal relationship) are explicitly brought under the jurisdiction of this formal legal system, which in effect supercedes prior legal relationships and which ultimately secures a sense of mutual legal obligation.Third, the term constitutionalization can additionally refer to informal and extra-legal processes of norm solidification and normative convergence. This is where common norms emerge from various processes of legal and political interaction that act as extra-legal iterations toward a more procedurally authoritative and constitutionalized legal order. Although similar to the first definition, the difference is that under this understanding of constitutionalization, what matters is the continued building of norms and extra-legal commitments, which over time, provide the juridical material necessary for the establishment of a more objectified constitutive order ».

[1760] GARDBAUM, S., Human Rights as International Constitutional Rights, in *European Journal of International Law*, vol. 19, n° 4, 2008, pp. 749-768, spéc., p. 750. V. HELFER, L. R., Constitutional Analogies in the International Legal System, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 37, 2003, pp. 193-237.

de l'ordre juridique interne, l'échelon international est le dernier rempart, le dernier moyen de recours pour garantir le respect des droits protégés constitutionnellement à l'échelon national. La différence significative entre ces deux ordres de protection des droits fondamentaux réside dans les caractéristiques institutionnelles qui ne confèrent pas aux organes internationaux les mêmes méthodes pour imposer le respect de leurs décisions en n'ayant pas de moyens de contrainte [1761] . Hormis certaines exceptions relevant principalement du PIDESC, les instruments de DIDH sont très largement similaires à la plupart des Constitutions modernes proclamant la protection des droits fondamentaux. Les similitudes sont particulièrement frappantes en ce qui concerne les droits civils et politiques parmi lesquels se trouve unanimement affirmé le droit de ne pas subir des actes de torture ou autres formes de mauvais traitements[1762]. Par ailleurs, les systèmes nationaux et le système international, partagent une structure commune dans la protection des droits : une minorité d'entre eux constituent le socle commun identifié également comme le noyau dur des droits fondamentaux à laquelle aucune dérogation n'est permise quelles que soient les circonstances car ils ont un caractère impératif ; les autres droits peuvent faire l'objet de dérogations et de limites dans un objectif de sauvegarde de l'intérêt général ou de protection de l'ordre public à condition de respecter une principe de proportionnalité par rapport à l'objectif visé et la mesure restrictive adoptée. Sa fonction première étant d'imposer des limites légales à l'action des gouvernements, il y a un trait caractéristique constitutionnel dans la nature et l'objet du droit international des droits de l'Homme[1763].

570. La « Constitution internationale » matérielle doit être conçue comme « un instrument de structuration - […] de canalisation – du pouvoir »[1764]. En effet, plusieurs bases théoriques permettent d'affirmer l'existence d'une « Constitution internationale » :

> « – La Constitution est inhérente au concept de Droit ; il n'y a pas de Droit sans Constitution, parce que la Constitution est l'instrument qui canalise le pouvoir et permet de réaliser l'accord entre contrainte et liberté, caractéristique de la règle juridique.
> – Cette canalisation du pouvoir s'exprime, outre la protection des libertés, par la réalisation des fonctions constitutionnelles internationales que sont les fonctions législatives, exécutives et juridictionnelles
> – La Constitution peut non seulement être non écrite (invisible ou implicite), mais elle peut également se passer d'institutions qui lui soient propres, même si

[1761] GARDBAUM, S., Human Rights as International Constitutional Rights, préc., p. 751.
[1762] Ibid., p. 750.
[1763] Ibid., p. 752.
[1764] DE FROUVILLE, O., « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international (1) », in HENNETTE-VAUCHEZ, S., SOREL, J.-M. (dir.), *Les droits de l'Homme ont-ils constitutionnalisé le monde?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 197.

> l'évolution de tout ordre juridique tend à une institutionnalisation progressive, le monisme institutionnel rejoignant, à terme, le monisme normatif »[1765].

Par ailleurs, l' « ordre constitutionnel international » serait régi par deux principes cardinaux : d'une part, l'interdiction du recours à la force qui implique l'obligation de règlement pacifique des différends et la responsabilité principale du Conseil de sécurité dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales ; d'autre part, le principe de respect des droits de l'homme par lequel les États ont établi « les bases d'une constitution fédérale substantielle [qui constitue] […] un cadre normatif qui non seulement limite l'autonomie de l'État, mais est même susceptible de la conditionner »[1766].

571. Il n'existe pas un système international unique et centralisé de protection des droits de la personne, mais un système global dans le cadre des Nations Unies ainsi que plusieurs systèmes régionaux qui se superposent et interagissent de manière complexe notamment au regard de la multitude des sources du droit international des droits de l'Homme. Lorsqu'une minorité de droits de l'Homme ont atteint le statut de *jus cogens* imposant des obligations *erga omnes* à leurs destinataires, comme la prohibition de la torture, l'interdiction du génocide et de l'esclavage, ils appartiennent à toutes les catégories : traités, coutumes, principes généraux. Ils acquièrent ainsi un caractère transversal qui contribue à l'interaction entre les systèmes de protection en raison du fait qu'il s'agit des mêmes règles. Ainsi, la catégorie des normes impératives auxquelles sont attachées des obligations *erga omnes* transcendent la catégorisation des sources du droit, tandis que la pratique du dialogue et l'inspiration mutuelle entre les différents organes internationaux de protection contribue à définir un socle commun non seulement normatif au regard des sources qui proclament les droits, mais également au regard de leur sens, de leur contenu et de leur portée. D'une certaine manière, cette minorité de droits joue le rôle de la norme fondamentale au sens de Kelsen dans la mesure où ils irriguent l'ordre juridique international et témoignent de l'interaction croissante et incessante entre les multiples systèmes de protection, tant universel que régionaux. La circulation des décisions et des instruments de protection contribue à rendre floues les frontières entre les domaines distincts du droit international public général. Ce dernier irrigue tout le DIDH en s'adaptant aux spécificités tenant à des organes de protection des droits de l'Homme. Le DIDH irrigue de façon croissante le droit international

[1765] Ibid., pp. 200-201.

[1766] Ibid., pp. 204-205. Pour une opinion contraire, v. SOREL, J.-M., « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international (2) : le côté obscur de la force », in HENNETTE-VAUCHEZ, S., SOREL, J.-M. (dir.), *Les droits de l'Homme ont-ils constitutionnalisé le monde?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 217-238.

général dans la mesure où, dans plusieurs affaires jugées par la CIJ ou dans ses avis consultatifs, elle a eu à connaître des questions juridiques relatives aux droits de l'Homme et de leurs rapports avec le droit international humanitaire, domaine du droit international qui n'a pas de juridiction propre et qui est ainsi interprété et appliqué par les organes internationaux de manière incidente. Les tribunaux pénaux internationaux et la CPI s'inspirent continuellement de leurs jurisprudences respectives pour répondre à des questions relatives au domaine pénal *stricto sensu* mais n'hésitent pas à intégrer également le DIDH comme faisant partie intégrante du droit pénal international, ainsi que le droit international général pour montrer que ce droit répressif, nouveau et inédit qui touche à la compétence pénale de l'État traditionnellement exclusive et s'exerçant dans le cadre national au titre de la souveraineté, s'inscrit dans les principes généraux du droit international tout en démontrant une logique propre tenant à son objet et son but qui est celui de poursuivre et de punir les crimes internationaux les plus graves et qui nécessitent donc un affranchissement de la logique interétatique. Bien qu'il n'existe pas une hiérarchie générale des normes en droit international, les conflits entre les normes du droit international sont relativement rares en pratique, notamment entre les obligations des États en matière de droits de l'Homme et les autres obligations internationales ; pourtant en cas de conflit, le statut constitutionnel international d'une norme serait très utile[1767]. Dans ce contexte de conflits potentiels, quelle est la part qui doit être accordée à la liberté interprétative du juge et quel rôle doit être assigné à la possibilité de révision judiciaire ? La contradiction entre la prohibition de la torture et les immunités reconnues aux États et individus par le droit international coutumier est emblématique. La CIJ estime qu'il n'y a pas de conflit car les deux normes se rapportent à des questions différentes, l'une étant de nature procédurale l'autre de nature substantielle[1768] ; sauf que, le constat de l'absence de conflit et la primauté de l'immunité sur la prohibition de la torture vide cette dernière de tout son sens et sa portée. La prohibition absolue de la torture demeure une affirmation théorique, une norme intransgressible[1769], une interdiction absolue qui ne peut faire l'objet de sanctions, alors même que si l'interdiction de la torture implique un agent de l'État, ce dernier est omniprésent dans ce processus de violation exigeant une mise en œuvre de sa responsabilité internationale.

[1767] GARDBAUM, S., Human Rights as International Constitutional Rights, préc., p. 754.
[1768] V. Supra. *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99.
[1769] Pourtant, la CIJ avait elle-même fait usage de cet adjectif en affirmant que : « Ces règles fondamentales […] s'imposent d'ailleurs à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier », v. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, Recueil 1996, p. 257, § 79, nous soulignons.

572. Au fur et à mesure de sa juridictionnalisation, le système international de protection des droits de l'Homme remplit plusieurs lacunes présentes dans les textes constitutionnels nationaux. Tout d'abord, le système international peut avoir un rôle de substitution lorsqu'il n'existe pas de protection effective des droits constitutionnellement proclamés au niveau national. Ensuite, même lorsque des textes constitutionnels nationaux existent et qu'ils sont généralement appliqués, ils ne lient pas ou pas pleinement les gouvernements lorsqu'ils agissent en dehors de leurs terrritoires nationaux[1770]. Ainsi se pose la question du contrôle des opérations conduites en territoire étranger et l'aptitude du système international de protection des droits de l'Homme à se saisir de l'extraterritorialité des violations des droits[1771]. Enfin, en raison de leur vocation universelle, les textes internationaux de protection s'appliquent tant aux citoyens qu'aux étrangers situés sur le territoire national alors que les textes constitutionnels internes peuvent ne pas s'appliquer pleinement ou s'appliquer de façon inégale. Au-delà des limites imposées par le DIDH sur le comportement à adopter par les États à l'égard des personnes qui se trouvent sous leurs juridictions, fonction partagée avec les textes constitutionnels nationaux, il a également été souligné que le DIDH engendre une nouvelle étape dans le développement institutionnel du constitutionnalisme. Cette étape s'additionne au processus auto-imposé et auto-généralisé au niveau national à travers la dimension interne de la séparation des pouvoirs. Dans ces circonstances, le recours à la Cour européenne rajoute un niveau de juridiction, marqué par l'indépendance et l'impartialité dans la mesure où, en tant qu'organe supranational, elle renforce le constitutionnalisme, tandis que le droit international des droits de l'Homme contribue à globaliser ce phénomène[1772]. Le système international de protection des droits de l'homme apparaît comme complémentaire dans un processus de constitutionnalisation global qui déploie ses effets tant dans l'ordre juridique international que dans les ordres juridiques nationaux dans la mesure où, les recours devant les organes internationaux constituent des garanties supplémentaires pour accroître l'effectivité des droits de l'Homme. Traditionnellement, le constitutionnalisme est progressif et requière plusieurs étapes pour atteindre son plein développement : premièrement, l'étape de la souveraineté populaire ; ensuite celle du constitutionnalisme domestique ; enfin, l'étape du constitutionnalisme global. En effet,

[1770] GARDBAUM, S., Human Rights as International Constitutional Rights, préc., pp. 764 et suiv.
[1771] Ibid., p. 765 : l'auteur évoque la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis à l'égard du centre de détention de Guantanamo, situé à Cuba en dehors du territoire américain. Si la Cour considère que la Constitution américaine n'est pas applicable, en revanche, en raison du contrôle exercé par les autorités américaines sur les activités du centre de détention, la Convention contre la torture des NU et le PIDCP déploient pleinement leurs effets.
[1772] Ibid., pp. 766 et suiv.

« [T]he human rights system can be thought of as a further stage in the historical development of the idea of constitutionalism. In the pre-constitutionalist order, sovereignty was conceptualized as absolute and indivisible, and located in the person of the monarch […]. In the first stage of constitutionalist thought, sovereignty is still conceptualized as absolute and indivisible, but is now located in the people and delegated to their representatives (popular sovereignty). This in turn implies certain moral and/or political limits on the exercise of power, most famously enforced through Locke's right of rebellion. In the second stage of constitutionalism, limits on the exercise of power are legalized and also often both judicialized and constitutionalized, but all such limits and enforcement mechanisms are internally generated (domestic constitutionalism). In the new, third stage, legal limits are now imposed by international law and may also be interpreted and applied by – or in the shadow of – international rather than domestic state actors (global constitutionalism). Of course, some individual countries may have skipped the second stage (and possibly also the first), so that human rights supply the only layer of legal limits. But either way it represents a growth in constitutionalism. Moreover**,** this growth in global constitutionalism occurs whether or not the human rights system is properly understood as a form of international constitutional law. This is because, as is well known, constitutional law and constitutions are neither necessary nor sufficient for constitutionalism. Accordingly, global constitutionalism does not require global constitutional law »[1773].

573. En effet, le constitutionnalisme global n'implique pas nécessairement un droit constitutionnel global, uniforme à travers une Constitution matérielle et formelle qui s'imposerait à tous les ordres juridiques, tant nationaux qu'internationaux[1774]. Il implique plutôt un progrès global dans la protection des droits fondamentaux et dans l'encadrement du pouvoir par le droit qui peut se réaliser à travers un pluralisme constitutionnel constitué de plusieurs systèmes juridiques indépendants et non hiérarchisés, mais qui tendent vers une harmonisation progressive et constante grâce à leur perméabilité intrinsèque et aux échanges qui ont lieu entre les organes de protection, tant nationaux qu'internationaux. Il s'agit d'un glissement entre une fonction exclusivement contractuelle accordée au droit international par l'intermédiaire des seuls États, à une fonction constitutionnelle qui s'exerce dans l'ordre

[1773] Ibid., pp. 766-767.

[1774] V. par ex. KUYPER, J. W., The Democratic Potential of Systemic Pluralism, in *Global Constitutionalism*, vol. 3, 2014, p. 174, nous soulignons: « Global constitutionalism as an explanatory tool, global constitutionalism emphasizes the increased institutional density of world politics and the corresponding authority and legalization of those institutions. Although debates on global constitutionalism are relatively embryonic, at least three distinct strands of thought become apparent: legal process, subjectification, and objectification. First, legal processes have begun to constitute a unified global order. This is leading to a hierarchically-structured system of international law in which legal rights and rules have been formally ingrained, and the jurisdiction between subparts are being demarcated. Second, and related to this, different sources of authority are being subsumed within the global constitutional framework to eliminate inconsistencies and secure a sense of mutual obligation. Third, global constitutionalism is itself becoming a source of normative convergence between actors (through jus cogens and other widely recognized beliefs). Normatively, global constitutionalism 'carries the promise that there is some system in all the madness, some way in which the whole system hangs together and is not merely the aggregate of isolated and often contradictory movements' ».

international grâce à la protection des droits de l'Homme, qui accorde une place croissante à l'individu. Ces fonctions ne sont pas exclusives et ne s'excluent pas mutuellement puisqu'elles coexistent dans des rapports de complémentarité. Les droits de l'Homme, dans leur conception moderne, régissent la relation entre un État et les individus sous son autorité afin d'encadrer et de limiter son pouvoir, faisant ainsi partie du droit constitutionnel ayant pour objet la définition des rapports entre un gouvernement et ses citoyens. Pour que les droits de l'Homme soient une réalité juridique dans l'ordre juridique interne, trois conditions doivent être réunies : l'existence d'une société organisée sous la forme d'un État de droit ; à l'intérieur de l'État, les droits de l'Homme doivent s'exercer dans un cadre juridique préétabli, mais variable en fonction de la nature des droits et en fonction des circonstances ; enfin, l'exercice des droits de l'Homme par leurs titulaires doit être assorti de garanties juridiques précises et des recours doivent être prévus afin d'en obtenir le respect[1775]. Au regard de ces conditions qui se réfèrent à la réalité juridique des droits de l'Homme dans l'ordre juridique interne, par analogie, les droits de l'Homme incarnent une réalité juridique dans l'ordre international, régulée par des pouvoirs judiciaires multiples.

574. Le système des droits de l'Homme a été envisagé comme un régime constitutionnalisé du droit international (« the human rights system as a constitutionalized regime of international law »), s'inscrivant dans le cadre de deux processus parallèles : la légalisation et la judicialisation[1776]. Néanmoins, la constitutionnalisation n'est pas seulement la somme de ces deux processus. Il semblerait que la Cour EDH se trouve à un point semblable en incarnant la constitutionnalisation à travers le processus de fédéralisation, bien qu'il n'y ait pas d'effet direct pour la Convention européenne semblable à celui du droit de l'Union européenne ; seulement la reconnaissance d'un droit de recours direct offert aux individus lorsque leurs droits ont été violés par les autorités nationales. Il y aurait pourtant, d'une part un effet direct *de facto,* car la Convention européenne a été incorporée dans les droits nationaux des 47 États membres et fait partie intégrante de l'ordre juridique des États membres ; d'autre part, une suprématie *de facto* sur le droit national puisque l'article 46 de la Convention européenne exige la modification du droit national, des politiques publiques voire même de la Constitution afin de pouvoir incorporer la Convention européenne[1777]. Il est pertinent d'ajouter l'exemple de la Cour IADH qui a mis en place un véritable contrôle de

[1775] VASAK, K., « La réalité juridique des droits de l'Homme », in VASAK, K. (dir.), *Les dimensions internationales des droits de l'Homme*, Paris, UNESCO, 1978, pp. 1-9.
[1776] GARDBAUM, S., Human Rights as International Constitutional Rights, préc., p. 769.
[1777] Ibid., pp. 760-761: l'auteur affirme que la Convention européenne « operates within the member States' legal systems as an invocable and supreme law and, accordingly, can be understood as a federalized or constitutionalized regional human right system ».

conventionnalité, afin de vérifier que les tribunaux nationaux se conforment à ses décisions et appliquent la Convention telle qu'interprétée par la Cour dans ses décisions[1778]. La dimension temporelle semble importante dans le développement du droit supranational s'affirmant progressivement par un processus de stratification des acquis normatifs et jurisprudentiels. Par ailleurs, s'il faut distinguer entre processus de constitutionnalisation au niveau régional et processus de constitutionnalisation au niveau universel, ce processus implique toujours une collaboration et une coopération judiciaire en vue de déterminer des standards de protection des droits fondamentaux[1779].

B. La pratique du dialogue comme moyen d'autorégulation de pouvoirs judiciaires multiples

575. Il n'est pas pertinent d'envisager le processus de constitutionnalisation de l'ordre juridique international à travers la perspective de l'ordre juridique interne dont le fondement résulte de la consécration d'une Constitution au sens classique du terme, régie par une hiérarchie des normes avec un principe strict de séparation des pouvoirs. Il est évident que celui-ci n'existe pas en tant que tel et à l'image de celui connu en droit interne, parce que le droit international n'obéit pas à la même logique. Le droit international est le reflet d'une multitude de pouvoirs qui sont ceux d'États souverains et indépendants et qui manifestent leur consentement à être liés par des textes supranationaux. Ainsi, puisque les États sont à la fois auteurs et sujets du droit international, ils incarnent la fonction législative du droit international, soit conventionnel soit coutumier. Ils incarnent en même temps la fonction exécutive dans la mesure où ils sont les destinataires premiers des décisions contraignantes à exécuter lorsque leur responsabilité internationale est mise en cause à travers les recours directs émanant de particuliers et introduits devant les instances internationales. Les individus sont des sujets secondaires qui sont impliqués indirectement dans le processus de sanction des violations du droit international. La fonction judiciaire est celle créée initialement par les États afin de sanctionner les violations du droit international, mais en raison des critères d'exigence d'impartialité et d'indépendance, c'est aussi celle qui se détache le plus de la volonté des États en ayant une existence propre, s'inscrivant dans une dialectique entre volontarisme étatique et objectivisme jurisprudentiel à travers le prisme de

[1778] V. Plusieurs contributions intéressantes à l'égard du contrôle de conventionnalité opéré par la Cour IADH : *Symposium on the Constitutionalization of International Law in Latin America*, in *American Journal of International Law Unbound*, vol. 109, 2015, pp. 89-119.

[1779] PETERSMANN, E.-U., « 'Constitutional Justice' Requires Judicial Cooperation and 'Comity' in the Protection of 'Rule of Law », in FONTANELLI, F., MARTINICO, G., CARROZZA, P. (dir.), *Shaping Rule of Law Through Dialogue*, Groningen/Amsterdam, Europa Law Publishing, 2010, pp. 3-17.

l'internationalisation des droits de l'Homme qui sont devenus une composante du droit international[1780]. Ainsi, la nature supranationale des droits de l'Homme s'est affirmée à travers les instruments internationaux qui ont eu pour objet l'irrigation des systèmes juridiques nationaux, à travers les approches moniste ou dualiste d'incorporation des obligations internationales dans les ordres juridiques internes. Ce n'était plus seulement l'affaire de la Constitution de définir des droits de l'Homme contre l'arbitraire de l'État, mais plutôt d'intégrer l'acquis juridique international dans l'ordre national afin de rendre sa Constitution conforme à ces exigences.

576. La fragmentation et la constitutionnalisation, entendues comme des processus légaux, semblent être deux modes dans l'évolution du droit international. Tandis que le mot fragmentation a une connotation négative contrairement aux termes de diversité, de spécialisation ou de pluralisme qui font référence à la même réalité, la constitutionnalisation révèle une acception positive, envisagée par analogie par rapport à la notion de Constitution[1781]. Les partisans de la doctrine s'affrontent dans deux conceptions radicalement opposées ; d'une part, l'ordre juridique international perçu comme fragmenté ; d'autre part, la vision d'une Constitution mondiale en construction, à l'ère d'un constitutionnalisme global, caractérisé par le pluralisme juridique, qui vise à l'encadrement du pouvoir par le droit[1782]. À l'affirmation selon laquelle la fragmentation peut être vue comme la réponse à la globalisation dans la mesure où des problèmes globaux appellent une intensification de la régulation à l'échelle internationale, il est possible d'ajouter que cette fragmentation rend nécessaire la détermination de réponses communes, à travers le dialogue juridictionnel qui contribue à la construction de principes constitutionnels communs dans l'ordre international par la mise en interaction des systèmes.

577. La pratique du dialogue comme technique juridique interprétative témoigne du rapprochement entre les organes internationaux de protection des droits de la personne et les Cours suprêmes constitutionnelles connues en droit interne. Traditionnellement, la protection des droits fondamentaux a été confiée aux Cours constitutionnelles en vue de garantir le respect de la Constitution, norme suprême de l'ordre juridique national en charge d'organiser l'exercice et l'encadrement du pouvoir conformément aux exigences de l'État de droit. Néanmoins, la Constitution a été soumise à un mouvement d'internationalisation croissante de

[1780] CORDULA, DROEGE, Droits de l'Homme et droit humanitaire : des affinités électives?, préc., p. 2.
[1781] PETERS, A., « Fragmentation and constitutionalization », in ORFORD, A., HOFFMANN, F., CLARK, M. (dir.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 1011-1012.
[1782] JUST, G., *Interpréter les théories de l'interprétation*, Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 109-111 : pour une mise en perspective de la primauté du droit, du juridisme et de la démocratie constitutionnelle.

ses sources. Autant l'approche moniste que l'approche dualiste ont pour but de régir les rapports entre les ordres juridiques internes et l'ordre juridique international ainsi que de définir les règles de l'incorporation et de l'applicabilité de normes externes dans un ordre considéré, il est également légitime de s'interroger sur la manière dont ces normes externes sont retranscrites et appliquées, après leur interprétation dans l'ordre international, interprétation qui s'impose dans l'ordre national en raison de l'incorporation de l'obligation de respecter les instruments internationaux auxquels l'État est partie, en dépit de la suprématie de la Constitution, qui elle-même régit ces rapports. Malgré le principe de subsidiarité et l'identité constitutionnelle spécifique de chaque État, le mouvement d'internationalisation croissante des sources du droit de la Constitution aboutit à une globalisation de la protection des droits fondamentaux dans un ordre supranational. Les organes internationaux jouent ainsi le rôle d'ultimes remparts aux abus des États et actions qui s'avèrent insuffisantes de la part des juridictions nationales.

578. Le contrôle de conventionnalité approfondi dans le systéme interaméricain où la Cour IADH a un droit de regard sur la pratique des juridictions nationales et la mise en œuvre de ses décisions et des droits protégés par la Convention tels qu'interprétés par sa jurisprudence, contribuent à la mise en place d'un mécanisme de surveillance et de contrôle des autorités nationales. La procédure des arrêts pilotes développée par la Cour européenne et l'article 46 de la Convention qui se rapporte à la force obligatoire et à l'exécution des arrêts, lui accorde indirectement un pouvoir d'injonction[1783]. Parmi les systèmes les plus aboutis au niveau régional, il y a celui de l'Union européenne : primauté, effet direct, transfert de compétences, double niveau de juridiction, Charte de droits fondamentaux à portée juridiquement contraignante, traités qui organisent les pouvoirs et le rôle des différentes institutions européennes aux côtés des États, sont autant de caractéristiques qui distinguent le droit de l'Union par rapport au droit international général bien qu'il en utilise tous les mécanismes. La preuve que la Cour européenne et la CJUE se sentent comme des Cours suprêmes dans leurs

[1783] Article 46 de la Convention européenne : « 1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. 2. L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution. 3. Lorsque le Comité des Ministres estime que la surveillance de l'exécution d'un arrêt définitif est entravée par une difficulté d'interprétation de cet arrêt, il peut saisir la Cour afin qu'elle se prononce sur cette question d'interprétation. La décision de saisir la Cour est prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité. 4. Lorsque le Comité des Ministres estime qu'une Haute Partie contractante refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel elle est partie, il peut, après avoir mis en demeure cette partie et par décision prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité, saisir la Cour de la question du respect par cette Partie de son obligation au regard du paragraphe 1. 5. Si la Cour constate une violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres afin qu'il examine les mesures à prendre. Si la Cour constate qu'il n'y a pas eu violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres, qui décide de clore son examen ».

propres ordres juridiques s'illustre peut-être par la volonté du Conseil de l'Europe et de sa juridiction de contrôler les actes et la politique de l'UE qui devait adhérer à la Convention européenne, processus en suspens après des années de négociations suite à l'avis 2/13 dans lequel la CJUE conclut que l'adhésion de l'UE à la Convention porterait atteinte à la nature spécifique du droit de l'Union, témoignant ainsi des difficultés d'institutionnalisation des rapports entre juridictions internationales. Si dans le cadre universel, les communications individuelles des organes des traités n'ont pas une portée formellement obligatoire et peuvent se heurter au refus des États de tenir compte de leur jurisprudence ou d'une demande de mesures provisoires par exemple, la référence aux organes universels par les juridictions régionales contribue à un renouvellement de leur autorité, à une diffusion et à un renforcement des positions adoptées dans le cadre des Nations Unies.

579. L'appréciation des violations des instruments internationaux se réalise à l'aune d'un corpus normatif élargi que partagent plusieurs systèmes juridiques distincts de protection. Dès lors, ce corpus qui s'est construit grâce aux interprétations jurisprudentielles des notions autonomes, n'étant pas définies strictement et précisément dans les textes – comme la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants – semble avoir une sorte de valeur constitutionnelle implicite en devenant la norme de référence d'appréciation de respect des droits fondamentaux. Les obligations procédurales et substantielles constituent des standards de protection qui circulent entre les organes internationaux qui sont les organes de dernier recours dans l'ordre juridique international lorsque le requérant n'a pas obtenu gain de cause au niveau national. Même en l'absence d'un pouvoir de contrainte et d'une police centralisée chargée de l'exécution du droit, *in fine*, le dernier mot interprétatif revient à ces organes qui s'inspirent de plus en plus les uns des autres. Ce processus d'inspiration mutuelle est particulièrement approprié à l'égard de questions communes en contribuant à la construction d'un corpus normatif de référence par l'interprétation globale par contextualisation normative et systémique, facilitée à travers la prohibition de la torture qui est une interdiction transversale et particulièrement propice aux perméabilités interprétatives. La Constitution matérielle relative aux droits de l'Homme dans l'ordre juridique international est fragmentée à travers les différents systèmes juridiques indépendants. Néanmoins, leur indépendance formelle s'estompe à travers leurs points, soit de convergence soit de divergence, qui contribuent au phénomène d'interdépendance qui s'impose *de facto*. L'interdépendance surgit même en cas de divergence puisque pour ne pas adopter la décision de ses homologues et s'en distinguer en adoptant une solution spécifique à son système, on utilisera les éléments extra-systémiques pour s'en détacher après avoir contextualisé les autres

interprétations possibles d'une règle juridique donnée. Ainsi, comme la Cour européenne a pu qualifier la Convention d'instrument constitutionnel de l'ordre public européen ; par analogie, les autres instruments juridiques de protection émanant des autres systèmes comme peuvent être envisagés comme des instruments constitutionnels, garants chacun de manière distincte de la sauvegarde d'un ordre public local dans les systèmes juridiques qu'ils ont vocation à régir et en même temps contribuant à la sauvegarde d'un ordre public global, l'action au niveau local dans le cadre d'un système régional par exemple permettant de sauvegarder les droits humains proclamés au niveau universel à l'égard des personnes rentrant dans le champ de compétences de la juridiction internationale.

580. Loin de s'opposer, les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique international sont complémentaires. Par ailleurs, bien que cela dépasse la cadre de notre projet, les instances internationales prennent également en considération les juridictions nationales *a fortiori* pour les juridictions régionales – et à un tel point que cela demanderait une étude approfondie seulement des références opérées par les instances internationales à la jurisprudence des juridictions nationales ; de la même manière que des études se sont intéressées à l'usage de sources étrangères par les juridictions nationales et particulièrement celles suprêmes. La hiérarchie des normes ne régit pas strictement l'ordre juridique international. Pourtant, les instances internationales sont dans un processus constant d'autorégulation qui découle tout d'abord de leurs compétences respective *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione loci*, *ratione temporis*. Ainsi, si le *forum-shopping* n'est pas exclu, celui-ci s'applique davantage à un individu qui, légitimement, peut se prévaloir des moyens de recours devant plusieurs instances en raison de la reconnaissance par son État de nationalité de la compétence de plusieurs organes : comme cela pourrait être le cas avec le Comité des droits de l'Homme, le Comité contre la torture et une juridiction régionale. Néanmoins, il semblerait qu'en raison de la portée déclaratoire des communications rendues par les organes des traités, un individu aurait plutôt intérêt à se tourner vers une juridiction régionale comme la Cour EDH qui, à travers le Comité des Ministres, peut surveiller l'exécution de l'arrêt par l'État condamné. Quoi qu'il en soit, le chevauchement de compétences ne découle pas réellement de l'absence de hiérarchie entre les instances internationales, mais plutôt de la coexistence de plusieurs systèmes de protection qui visent à garantir les mêmes droits fondamentaux tels que ceux protégeant l'intégrité et la dignité de la personne humaine.

CONCLUSION DU DEUXIÈME CHAPITRE

581. La pratique croissante du dialogue juridictionnel questionne le statut des juridictions supranationales dans l'ordre juridique international. La juridictionnalisation du droit international des droits de l'Homme a incontestablement eu pour effet un remodelement des rapports entre ordres juridiques internes et ordre juridique international. En raison de l'internationalisation des droits fondamentaux, leur interprétation par les juridictions internationales ainsi que la nécessaire prise en considération de cette interprétation par les juridictions nationales afin de leur accorder une pleine effectivité, peut s'apparenter à une forme d'ingérence dans les droits internes. La sanction du comportement des autorités étatiques par les juridictions supranationales contribue à l'encadrement de l'État et de ses organes à partir du moment où il a volontairement accepté de se soumettre à la compétence de telles juridictions. Néanmoins, il est certain que la protection des droits de l'Homme exige d'abord et avant tout, un engagement plein et entier de la part des tribunaux nationaux d'appliquer les droits de l'Homme internationalement reconnus et incorporés en droit interne, en prenant en compte toutefois l'interprétation qui leur est donnée par les juridictions internationales. Ainsi, le dialogue juridictionnel multidimensionnel, tant au niveau horizontal respectivement entre juridictions internationales et entre juridictions nationales, tant au niveau vertical entre juridictions nationales et juridictions internationales, a un rôle central à jouer dans la coordination entre ordres juridiques distincts et l'harmonisation de la protection des droits fondamentaux à l'échelle locale et à l'échelle universelle. Par ailleurs, dans la mesure où la fonction principale du constitutionnalisme est l'encadrement du pouvoir par le droit, la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État devant les organes internationaux et l'injonction faite par l'autorité persuasive de telles décisions de modifier son droit interne ou d'y incorporer effectivement les normes internationales des droits de la personne, contribuent à une forme de constitutionnalisme global et transversal.

CONCLUSION DU TITRE II

582. L'unanimité quant à l'application extraterritoriale des traités internationaux de protection des droits de l'Homme a pour effet d'étendre le champ géographique des obligations internationales des États. L'extension du champ d'application de la prohibition de la torture a pour effet d'une part, un élargissement du principe de non-refoulement ; d'autre part, la sanction de la pratique des restitutions extraordinaires, comportant en elles-mêmes l'extraterritorialité. Les juridictions internationales ont ainsi un rôle à jouer dans la détermination de standards communs de protection dans le domaine des droits de la personne. À travers le dialogue juridictionnel et l'inspiration mutuelle entre ces organes internationaux qui découlent de la circulation des décisions de justice, des instruments internationaux de protection, mais aussi d'une forme d'influence implicite, une interprétation harmonisée à l'égard du contenu et de la portée des règles se dégage. Pourtant, afin que les droits de l'Homme soient effectivement protégés, il est nécessaire que les juridictions nationales tiennent compte de l'interprétation qui leur est donnée par les organes internationaux, en démontrant ainsi leur volonté de s'engager dans le dialogue des juges en remplissant un rôle actif dans la mise en œuvre des obligations internationales. En effet, les juridictions internationales, en raison du principe de subsidiarité, ont vocation à intervenir en dernier recours, après l'épuisement des voies de recours internes. Ainsi, a été soulevée la question de leur assimilation à des Cours suprêmes *de facto*, en représentant un niveau de juridiction supranational et en ayant vocation à statuer en dernier lieu, sans que leurs décisions soient susceptibles d'un recours, seulement qu'elles ne soient pas exécutées par des États récalcitrants remettant en cause l'autorité relative de la chose jugée, qu'ils se sont eux-mêmes engagés à respecter. Pourtant, il semblerait que par l'interprétation harmonisée à travers le dialogue juridictionnel et la minimisation des interprétations divergentes pouvant rentrer en conflit, non seulement une autorégulation s'opère entre les organes internationaux de protection, mais ces derniers semblent aussi contribuer à une uniformisation du sens, du contenu et de la portée de certains droits en adoptant des interprétations convergentes qui jouent le rôle de normes de référence, à incorporer dans les ordres juridiques internes, afin d'accorder une effectivité concrète aux obligations internationales qui s'imposent aux États dans la protection des droits de la personne.

CONCLUSION GÉNÉRALE

583. L'autorégulation de l'interprétation des normes internationales de protection des droits de la personne s'opère dans le cadre d'une dialectique entre autolimitation et autoélargissement du pouvoir de l'interprète, ce dernier incorporant les sources externes à son système juridique afin de réduire sa marge d'appréciation, d'une part ; la référence à ces mêmes sources permettant également une extension de la marge de manœuvre à travers l'adoption d'interprétations extensives ou évolutives, d'autre part. Le processus d'autorégulation judiciaire, notion étroitement liée à celle d'ordre public international, est un moyen de limiter non seulement l'arbitraire des États mais également celui des organes internationaux de protection. Ces derniers exercent une marge d'appréciation de manière spontanée dans la mesure où les juges s'inspirent les uns des autres, sans être soumis à des contraintes formelles, matérielles ou juridiques. En ayant recours à des éléments extra-systémiques de référence, non seulement il y un effet d'harmonisation des interprétations, mais également une portée limitative d'un pouvoir d'interprétation détaché du contexte général dans lequel il s'inscrit : la protection internationale des droits de l'Homme. Par ailleurs, si des craintes avaient été exprimées quant à la fragmentation du droit international en raison de la pluralité des systèmes juridiques de protection des droits de l'Homme conçus formellement indépendants, celles-ci ne semblent pas avérées. En effet, en dépit des jurisprudences divergentes possibles en la matière, les notions fondamentales et communes font l'objet d'une convergence normative, que celle-ci soit plutôt de nature restrictive ou plutôt en faveur de la personne humaine. *De facto,* le contexte dans lequel les organes internationaux s'inscrivent, les pousse à interpréter conformément leurs jurisprudences les unes par rapport aux autres sans se citer expressément, en tenant compte des principes généraux du droit, dans les intérêts d'une bonne administration de la justice et en vue du respect des principes de la sécurité juridique et de la prééminence du droit. La spécificité de la protection internationale des droits de la personne justifie la marge d'appréciation des organes de protection ainsi que l'adoption d'interprétations extensives en vue de la protection de la personne humaine qui est un impératif attaché à l'ordre public international.

584. Si l'interdiction absolue de la prohibition de la torture fait l'objet d'une position unanime dans la pratique des organes internationaux des droits de la personne, sa pleine effectivité demeure conditionnée par une vigilance constante. La particularité des violations de cette prohibition est d'être, tout d'abord, à la croisée du droit international des droits de l'Homme *stricto sensu,* du droit international humanitaire, du droit international des droits des

réfugiés, tout en étant appréhendées par le droit international pénal comme pouvant être rattachées à la catégorie des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Ainsi, le régime juridique applicable à cette disposition normative est fragmenté en raison de sa nature, accentué par la diversité des interprètes ayant compétence en la matière et par le nombre de situations que l'interdiction est amenée à régir. Par ailleurs, en raison de la dualité de la responsabilité pénale individuelle et de la responsabilité internationale de l'État qui entretiennent des rapports complémentaires, l'interdiction de la torture touche également au noyau essentiel du droit international public qui est la question de l'attribution d'un fait internationalement illicite à l'État. En effet, si en droit international pénal ou en droit international humanitaire, la torture peut être le fait d'acteurs non-étatiques, en droit international des droits de l'Homme, cette pratique implique nécessairement l'intervention directe ou indirecte d'un agent de l'État.

585. Ainsi, si l'État est lié par des instruments internationaux de protection des droits de l'Homme, tout en reconnaissant un droit de recours direct aux individus, le principe demeure celui de la juridiction territoriale, concept en vertu duquel ledit État doit garantir le respect des droits et libertés conventionnellement protégés à toute personne qui se trouve sur son territoire national. Toutefois, en cas d'exercice d'un contrôle effectif à l'égard d'un territoire ou d'une personne en dehors du territoire national, l'État pourra être tenu pour responsable des éventuelles violations de la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitement. Dès lors que les organes internationaux sont unanimes quant à l'extension de la juridiction des États au regard de la mise en œuvre de la notion de contrôle, la convergence normative à l'égard de l'application extraterritoriale des droits de l'Homme renforce des interactions déjà constantes entre les systèmes juridiques de protection des droits de la personne. Cela a pour effet d'élargir les espaces normatifs soumis à la juridiction d'au moins un organe international, permettant ainsi une éventuelle superposition des recours directs offerts aux individus lésés par la violation de la prohibition de la torture lorsque plusieurs organes internationaux pourraient être compétents. Il est particulièrement important de renforcer les garanties procédurales et les « *espaces juridiques* » protégés par des normes internationales pour pouvoir permettre, justement, une protection effective des individus, en n'offrant pas la possibilité d'un échappatoire juridique, synonyme d'impunité, particulièrement dans le contexte des conflits armés, des activités étatiques qui impliquent un élément d'extraterritorialité ou dans le cadre des agissements d'acteurs non-étatiques. Cependant, puisque les organes internationaux peuvent être amenés à interpréter les mêmes normes, il y a un risque de fragmentation en raison de la mise en place d'une protection

diffiérente en cas d'extraterritorialité qui ne serait pas associée à une interprétation harmonisée de ces normes qui peuvent être qualifiées de transnationales. L'usage du dialogue juridictionnel en la matière s'avère être un outil de coordination des régimes de protection, permettant en même temps d'aboutir à un processus d'autorégulation, par le recours spontané à cette pratique interprétative.

586. En même temps, le dialogue judiciaire implique une étroite et nécessaire collaboration entre les juridictions nationales et les organes internationaux pour incorporer l'acquis jurisprudentiel international dans les ordres juridiques internes. Si le degré d'ouverture aux éléments extra-systémiques varie selon les systèmes juridiques de protection, il semblerait que dans le contexte actuel, le droit étranger ne puisse plus être ignoré par le juge national, *a fortiori* par les juridictions et les quasi-juridictions internationales qui sont amenées à interpréter et à appliquer des normes analogues, qui font face à des problèmes juridiques communs, alors même que les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne humaine visent à assurer le respect de l'intégrité et la dignité de cette dernière. Ainsi, l'usage du dialogue juridictionnel permet de définir non seulement des standards minimums de protection, mais également des standards communs, particulièrement à l'égard de la protection du noyau dur des droits fondamentaux.

587. Étant donné que les dispositions conventionnelles relatives à la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements ne définissent pas expressément ce qu'il faut entendre par ce type d'actes, l'appréciation *in concreto* s'est imposée dans la pratique jurisprudentielle. Ainsi, il est important de souligner que l'interprétation des droits et garanties protégés par un traité international de protection des droits de la personne sont appréciés généralement au regard des dispositions normatives et de la jurisprudence constante de l'interprète rattaché à un système juridique donné. En effet, par exemple, la Cour EDH, dans l'interprétation de l'article 3 de la Convention européenne ne se réfère pas automatiquement à des éléments extra-systémiques dans la caractérisation des violations de la prohibition de la torture. La CIJ, le Comité contre la torture ou encore le Comité des droits de l'Homme n'ont recours aux sources externes que de manière ponctuelle et limitée. La Cour IADH, quant à elle, a toujours eu une approche méthodologique différente de l'interprétation des normes internationales de protection des droits de l'Homme en ayant recours de façon récurrente et quasi-systématique, aux sources externes en vue d'interpréter le *corpus juris* interaméricain des droits de l'Homme. La pratique des tribunaux pénaux internationaux est également proche de celle de la Cour interaméricaine, le recours aux sources du droit international des droits de l'Homme, par exemple, ayant permis de préciser et d'interpréter le

droit international humanitaire. Néanmoins, eu égard la jurisprudence internationale, il semblerait que la pratique du dialogue juridictionnel à travers le recours aux sources externes ait été justifiée par l'importance des affaires en cause. Il est possible de mentionner d'une part, la consécration du caractère impératif de la prohibition de la torture et le caractère obligatoire des mesures provisoires comme interprétations unanimes extensives, comme reflet de positions internationales communes mises en lumière par le dialogue ; d'autre part, l'impossibilité de faire primer la prohibition de la torture en tant que norme du *jus cogens* face à sa confrontation avec la règle de l'immunité civile de l'État, en raison du constat de l'absence de consensus, quant à un tel effet, découlant de la pratique du dialogue. Si la question de la valeur des précédents peut être discutée en droit international au regard de l'absence de la règle formelle du précédent obligatoire, tous les organes internationaux de protection ont recours tout d'abord à leur jurisprudence constante dans le cadre de l'argumentation et du raisonnement judiciaires en vue de justifier la solution juridique adoptée à l'égard d'un litige juridique donné. Par ailleurs, le recours aux emprunts normatifs semble corroborer l'existence de précédents dotés au moins d'une force de persuasion normative. En effet, il semblerait que le dialogue juridictionnel soit justifié précisément à l'occasion des affaires qui sont jugées difficiles et qui impliquent, dès lors, une confrontation avec les normes extérieures à un système juridique donné pour pouvoir adopter une solution jugée légitime et dotée d'une autorité persuasive.

588. La résurgence de la pratique de la torture dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, que les États ont tenté de justifier à travers des arguments sécuritaires et un détournement des arguments juridiques, a indubitablement contribué à amoindrir le standard de protection de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine face à un contexte d'exception. Ainsi, l'obstacle des immunités communément admises en droit international et les difficultés de mise en œuvre de chefs de compétence extraterritoriale comme la compétence universelle, sont certainement des défis à relever en vue de renforcer les garanties de protection des droits de l'Homme dans les ordres juridiques nationaux. En effet, les violations graves des droits de l'Homme commises dans le cadre d'un conflit armé ou impliquant un lien d'extraterritorialité, soulèvent des questions fondamentales quant à la lutte contre l'impunité à travers la reconnaissance d'un droit d'accès au juge conçu *lato sensu.* Si des récentes poursuites sur le fondement de la compétence universelle, ont été engagées en Allemagne à l'encontre de responsables du régime syriens, notamment pour des actes de torture ou pour leur implication dans la pratique systématique de violences sexuelles, la pratique de telles poursuites est juridiquement conditionnée et difficile même dans le cadre national. Au regard de

l'extraterritorialité des droits de l'Homme, il est possible de se demander comment les juridictions régionales de protection des droits de l'Homme ou les organes des traités des droits de l'Homme vont s'emparer sur le long terme de l'applicabilité de ces traités aux situations d'occupation militaire, aux conflits armés internationaux et non-internationaux, alors même que la responsabilité première de sa saisir de telles problématiques incombe aux juridictions nationales.

589. Ainsi, la problématique centrale au renforcement de la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements demeure le droit d'accès au juge reconnu aux victimes. Si ce dernier est reconnu comme un droit impératif dans le cadre du système interaméricain, il ne fait pas l'objet d'une telle interprétation dans les autres systèmes juridiques de protection. Pourtant, la reconnaissance d'un droit d'accès au juge est la condition préalable afin de garantir les autres droits qui découlent d'un instrument conventionnel. Ce droit s'avère avoir un caractère d'autant plus fondamental à l'égard des personnes les plus vulnérables dans le contexte des migrations forcées résultant des conflits armés par exemple ou lorsque les violations du droit international impliquent une forme d'extraterritorialité. Ces personnes peuvent ne relever objectivement de la juridiction d'aucun État, être dans l'impossibilité d'exercer un droit de recours devant leurs juridictions nationales qui seraient défaillantes, ou encore être dans l'impossibilité de saisir un organe international si leur État de nationalité n'est pas Partie à l'instrument constitutif de cet organe ou n'a pas reconnu sa compétence pour reconnaître des violations des droits protégés. Ainsi, une protection pleine et entière de la prohibition de la torture et autres violations graves des droits de l'Homme et plus largement la sanction efficace des crimes internationaux, nécessiteraient la mise en place de compétences extraterritoriales élargies pour les autres États ayant un intérêt à agir en vertu de l'impératif de protection de valeurs fondamentales qui intéressent la communauté internationale dans son ensemble. En effet, affirmer des droits du point de vue normatif sans les assortir du droit à une protection juridictionnelle effective qui implique d'avoir recours au juge, aboutit à la consécration de droits réels et absolus en théorie, illusoires et dérogeables en pratique en l'absence de moyens de sanction. Le défi est celui de l'incorporation de l'acquis jurisprudentiel des organes internationaux de protection dans les ordres juridiques internes et du renforcement de l'État de droit au niveau national à travers la mise en place de mécanismes efficaces pour prévenir, poursuivre et réprimer les atteintes graves aux droits de l'Homme. L'éventuel recours à un organe international en cas de violations graves et systèmatiques des droits fondamentaux et de l'incapacité des juridictions nationales de

garantir le droit à réparation et le droit à un procès équitable aux victimes, jouerait ainsi le rôle d'un recours subsidiaire.

590. Le concept de l'interprétation globale par contextualisation normative et systèmique prône le décloisonnement entre les systèmes juridiques de protection des droits de l'Homme à travers le renforcement de leur indépendance matérielle, au détriment de leur indépendance formelle. La contextualisation de l'opération d'interprétation d'une règle juridique donnée par rapport à des normes analogues, d'une part ; par rapport aux systèmes juridiques qui sont confrontés à des problèmes communs d'autre part, contribue à l'émergence jurisprudentielle d'une convergence normative à travers le rapprochement des traditions et cultures juridiques résultant de l'adoption de méthodes communes d'interprétation. La pratique du dialogue renforce tout autant qu'elle limite le pouvoir juridictionnel dans un constant processus d'autorégulation, délimité par un pôle d'autolimitation et un pôle d'autoélargissement. Le dialogue juridictionnel, reflet de cette interprétation contextualisée par rapport aux normes et aux systèmes pris dans leur globalité, revêt ainsi une fonction d'universalisation des droits de l'Homme. Il aurait ainsi cette fonction en raison de la contribution de la jurisprudence internationale à la définition de standards communs. Ces derniers ne sont plus seulement des standards minimums de protection, mais plutôt des standards jurisprudentiels de référence fondés sur des positions internationales communes. Cependant, l'interprétation globale par contextualisation normative et systémique n'engendre pas nécessairement et n'a pas vocation à engendrer seulement des interprétations extensives favorables à la personne humaine, comme les jurisprudences convergentes à l'égard des implications extraterriroriales du principe de non-refoulement, ou encore le refus unanime des lois d'amnistie en cas de crimes internationaux graves. Elle consacre le droit international positif, tel qu'il est en vigueur à l'égard d'une question donnée, commune à plusieurs systèmes juridiques, permettant ainsi de mettre en lumière les domaines où des progrès et des évolutions seraient nécessaires en vue de renforcer la protection internationale des droits de l'Homme.

591. En effet, un flou juridique persiste à l'égard des effets des normes impératives à l'égard des obstacles procéduraux pour engager des poursuites ou donner lieu à un droit à réparation pour les victimes. Si la compétence universelle est très largement admise en matière pénale bien que les législations nationales restent toujours perfectibles et qu'il y ait des obstacles pratiques et politiques de mise en œuvre, la reconnaissance d'une compétence universelle en matière civile ne fait pas l'unanimité. Cela explique l'actuel refus catégorique de la part des organes internationaux d'admettre une exception à la règle de l'immunité civile des États étrangers en cas d'allégations d'actes de torture devant les tribunaux d'un autre État.

Ainsi, des évolutions sont nécessairement attendues pour répondre à la problématique de l'impunité qui persiste dans le cas d'une telle hypothèse d'extraterritorialité qui viserait à la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État. Si la victime a un lien de rattachement suffisant avec les juridictions de l'État devant lesquelles elle intente un recours pour des actes de torture commis à l'étranger, par un État étranger, ce lien de rattachement ne devrait pas être apprécié strictement mais plutôt au regard d'un faisceau d'indices, comme le lien de nationalité et le lieu de résidence de la victime ainsi que la difficulté, voire l'impossibilité de saisine des tribunaux étrangers qui seraient compétents. Également, des évolutions seraient bienvenues à l'égard de la mise en œuvre de la responsabilité pénale individuelle en cas d'exercice de la compétence universelle à l'égard d'une personne agissant à titre officiel comme représentant de l'État ou dans le cas où il y aurait une possibilité de poursuites sur le fondement du droit international pénal à l'égard d'un chef d'État en exercice. Il serait ainsi possible d'admettre des hypothèses d'exception limitées, justifiées par des circonstances extraordinaires et la lutte contre l'impunité des violations graves du droit international. Il ne s'agirait pas de consacrer une primauté illimitée à l'égard du *jus cogens* mais d'accorder une primauté conditionnée, strictement interprétée au regard des faits, des enjeux juridiques et des implications à l'égard des droits de victimes, afin de ne pas vider les garanties de l'intégrité et de la dignité de la personne humaine de leur substance même. Si le droit international ne reconnaît pas l'existence d'un *actio popularis* même lorsque sont en cause des violations de normes impératives, imposant à la charge des États des obligations *erga omnes*, un droit de recours fondé sur une extension de la compétence universelle dans les hypothèses d'extraterritorialité pourrait répondre aux lacunes du droit positif.

592. Cependant, les limites du droit face à la volonté politique et des rapports de force restent des paramètres particulièrement déterminants de l'ordre juridique international. Il semble ainsi essentiel de renforcer l'idée d'un ordre juridique tout à fait particulier, qui serait l'ordre juridique international de protection des droits de la personne, inclus dans l'ordre juridique international en raison de l'usage de principes généraux communs et en même temps indépendants à travers l'interdépendance matérielle des systèmes juridiques de protection, renforcée par la pratique constante et croissante du dialogue. Si ce dernier remplit une fonction d'interprétation constitutionnelle en raison de la nécessaire conciliation entre la protection des droits et libertés avec les exigences relatives à la souveraineté des États, le développement de la jurisprudence internationale, faisant usage des éléments extra-systémiques, permet de réaffirmer l'unité du droit à travers l'harmonisation de l'interprétation des droits de l'Homme et le rapprochement entre les ordres juridiques internes et l'ordre

juridique international. Par ailleurs, le dialogue juridictionnel consolide la complémentarité institutionnelle horizontale d'une part, entre juridictions nationales et d'autre part entre juridictions internationales ; et la complémentarité institutionnelle verticale entre juridictions nationales et juridictions internationales. Il consacre également la complémentarité normative entre droit international des droits de l'Homme, droit international humanitaire et droit international pénal en contribuant à leurs interactions constantes à travers l'exercice du pouvoir d'interprétation des organes de protection. L'objectivisme jurisprudentiel qui découle de l'interprétation des droits de la personne vise implicitement à constituer un rempart contre le volontarisme étatique par le pouvoir de convaincre et de persuader les homologues agissant en la matière, de l'interprétation conforme du sens, de la portée et du contenu d'un droit au regard de ses traits caractéristiques qui témoignent d'une continuité dans les opinions internationales interprétatives.

593. Le dialogue des juges se définit par son caractère multiforme et insaisissable, en raison des difficultés à déterminer son ampleur et ses implications concrètes dans tous les domaines du droit international. Néanmoins, il est possible de postuler qu'en raison de la juridictionnalisation à laquelle a été exposé l'ordre juridique international, particulièrement en matière de protection des droits de la personne, le dialogue judiciaire n'en est qu'à ses prémices. En effet, la récente adoption de la Déclaration de San José porte à croire à un renforcement du dialogue jurisprudentiel et institutionnel entre les trois systèmes régionaux de protection des droits de la personne. Ce phénomène spontané sera probablement accentué dans les prochaines années à l'égard des droits de l'Homme pris dans leur globalité en vue d'une coopération renforcée, notamment en termes de techniques interprétatives communes faisant usage des emprunts normatifs, entre les organes internationaux de protection.

BIBLIOGRAPHIE

I. Éléments bibliographiques sélectifs

A. Ouvrages, monographies et thèses

ALEXY, Robert, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford, Oxford University Press, 1989, 352 p.

ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine, *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005, 94 p.

ALLARD, Julie, HAARSCHER, G., HENNEBEL, L., LEWKOWICZ, G., *Juger les droits de l'homme - Europe et États-Unis face à face*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 248 p.

ALOUPI, Niki, KLEINER, Caroline (dir.), *Le précédent en droit international*, Colloque de Strasbourg, Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 2016, 494 p.

ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, BURGORGUE-LARSEN, Laurence, TOUZÉ, Sébastien (dir.), *La protection des droits de l'homme par les Cours supranationales*, Paris, Pedone, 2016, 270 p.

ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel, PELLET, Alain (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, 2ème éd., 1280 p.

AUBY, Jean-Bernard, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2010, 2ème éd, 272 p.

BARNES, Jamal, *A Genealogy of the Torture Taboo*, London, Routledge, 2017, 203 p.

BECK, Ulrich, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme?*, Paris, Flammarion, 2006, 345 p.

BEN ACHOUR, Rafâa, LAGHMANI, Slim (dir.), *Harmonie et contradictions en droit international*, Paris, Pedone, 1996, 346 p.

BIGOUMA, Nicolas F., *La reconnaissance conventionnelle de la compétence universelle des tribunaux internes à l'égard de certains crimes et délits*, thèse de doctorat non publiée, soutenue à l'Université Paris II, 1998.

BREYER, Stephen, *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, Paris, Editions Odile Jacob, 2015, 284 p.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, UBEDA DE TORRES, Amaya, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 995 p.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Évolution du droit international au droit des gens, l'accès des individus à la justice internationale, le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, 188 p.

CASSESE, Antonio, *Inhuman States - Imprisonment, Detention and Torture in Europe Today*, Cambridge, Polity Press, 1996, 141 p.
CASSESE, Antonio, DELMAS-MARTY, Mireille, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, 267 p.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, p. 28, p 272 et p. 279.

CHENWI, Lilian, BULTO, Takele Soboka, *Extraterritorial human rights obligations from an African perspective*, Cambridge, Intersentia, 1ère éd., 2018, 308 p.

COHEN-JONATHAN, Gérard, FLAUSS, Jean-François (dir.), *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 152 p.

COHEN-JONATHAN, Gérard, FLAUSS, Jean-François (dir.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2005, 256 p.

COHEN-JONATHAN, Gérard, FLAUSS, Jean-François (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, Droit et justice n°64, 2005, 276 p.

CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Traité de droit comparé. Tome II. La méthode comparative*, Paris LGDJ, 1974, 412 p.

CORTEN, Olivier, *Le discours du droit international : pour un positivisme critique*, Paris, Pedone, 2009, 350 p.

CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8ème éd., 2007.

COSTA, Jean-Paul, *La Cour européenne des droits de l'homme : des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2017, 2ème éd., 282 p.

CÔTÉ, René, CRÉPEAU, François, DELAS, Olivier (dir.), *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 184 p.

CURRAT, Philippe, *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale*, Genève, Schulthess, 2006, 806 p.

DAILLIER, Patrick, FORTEAU, Mathias, PELLET, Alain, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, 8ème éd., 1710 p.

DECAUX, Emmanuel (éd.), *Les grands textes internationaux des droits de l'homme*, Paris, La documentation française, 2016, 826 p.

DECAUX, Emmanuel (dir.), *Le pacte international relatif aux droits civils et politiques : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2010, 996 p.

DECAUX, Emmanuel (dir.), *Les Nations Unies et les droits de l'homme. Enjeux et défis d'une réforme*, Paris, Pedone, 2006, 348 p.

DECAUX, Emmanuel, DE FROUVILLE, Olivier (dir.), *La dynamique du système des traités de l'ONU en matière de droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2015, 210 p.

DECAUX, Emmanuel, DE FROUVILLE, Olivier (dir.), *La convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 236 p.

DECAUX, Emmanuel, GILIBERT, Patrice, MOTOC, Iulia (dir.), *Justice et droits de l'homme : mélanges en hommage à Christine Chanet*, Paris, Pedone, 2019, 186 p.

DECAUX, Emmanuel, PETTITI, Christophe (dir.), *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme et en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 176 p.

DECAUX, Emmanuel, TOUZÉ, Sébastien (dir.), *La prévention des violations des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2015, 230 p.

DE FROUVILLE, Olivier (dir.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015, 458 p.

DE FROUVILLE, Olivier, FERNANDEZ, Julian (dir.), *Les mutations de la justice pénale internationale?*, Paris, Pedone, 2018, 192 p.

DELAPLACE, Édouard, *La prohibition internationale de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, thèse de doctorat non publiée, droit public, Université de Paris X-Nanterre, 20 décembre 2002, sous la direction d'Emmanuel Decaux.

DELAS, Olivier, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme. De la consécration à la contestation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 460 p.

DELMAS-MARTY, Mireille, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, 320 p.
DERO-BUGNY, Delphine, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 232 p.

DE VISSCHER, Charles, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, 118 p.

DUBOS, Olivier, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, 1015 p.

DUBOUCHET, Paul, *Philosophie et doctrine du droit chez Kant, Fichte et Hegel*, Paris, L'Harmattan, 2005, 164 p.

DURANT, Alan, LEUNG, Janny H. C., *Language and Law*, New York, Routledge, 2016, 258 p.

DUXBURY, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2008, 206 p.

DWORKIN, Ronald, *Une question de principe*, Paris, PUF, 1996, 512 p.

FARRELL, Michelle, *The Prohibition of Torture in Exceptional Circumstances*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 291 p.

FEINSTEIN, Dianne, *La CIA et la torture: Le rapport de la commission sénatoriale américaine sur les méthodes de détention et d'interrogatoire de la CIA*, Paris, Éditions Les Arènes, 2015, 582 p.

FOURTEAU, Henri, *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des États membres*, Paris, LGDJ, Collection : Thèses, 1996, 376 p.

GERVIER, Pauline, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, L.G.D.J-Lextenso., 2014, 540 p.

GOLTZBERG, Stefan, *Chaïm Perelman. L'argumentation juridique*, Paris, Dalloz, 2013, 123 p.

GONDEK, Michal, *The reach of human rights in a globalising world: extraterritorial application of human rights treaties*, Cambridge, Intersentia, 2009, 1ère ed., 442 p.

GOY, Raymond, *La Cour internationale de justice et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 222 p.

GROSBON, S. (dir.), *Résistance et résilience des pactes internationaux des droits de l'Homme à l'épreuve d'une société internationale post-moderne*, Paris, Pedone, 2018, 294 p.

GROPPI, Tania, PONTHOREAU, Marie-Claire (dir.), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, Portland, Hart Publishing, 2013, 431 p.

HABERMAS, Jürgen, *La paix perpétuelle. Le bicentenaire d'une idée kantienne*, Paris, Editions du Cerf, 1996, 121 p.

HANSBURY, Elise, Le juge interaméricain et le *jus cogens*, Genève, Graduate Institute Publications, Collection eCahiers de l'Institut, 2011.

HAYIM, Delphine, *Le concept d'indérogéabilité en droit international : une analyse fonctionelle*, Thèse présentée à l'Institut de Hautes Etudes Internationales et du Développement pour l'obtention du grade de Docteur, Genève, 2012, 733 p.

HENCKAERTS, Jean-Marie, DOSWALD-BECK, Louise, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I : Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 878 p.

HENNEBEL, Ludovic, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 584 p.

HENNEBEL, Ludovic, TIGROUDJA, Hélène, *Traité de droit international des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2016, 1706 p.

JUST, Gustavo, *Interpréter les théories de l'interprétation*, Paris, L'Harmattan, 2005, 276 p.

KELLER, Helen, STONE SWEET, Alec, *A Europe of Rights: The Impact of the ECtHR on National Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 300 p.

KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1988, 2ème édition, 296 p.

LE FLOCH, Guillaume, *L'urgence devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008, 517 p.

LICHERE, François, POTIVIN-SOLIS, Laurence, RAYNOUARD, Arnaud (dir.), *Le dialogue entre les juges européens ou nationaux : incantation ou réalité?*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2004, 242 p.

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre., *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2016, 7ème éd., 212 p.

MARTENS, Paul, HENNEBEL, Ludovic, ALLARD, Julie, DELMAS-MARTY, Mireille (dir.), *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 166 p.

MARTINEAU, Anne-Charlotte, *Le débat sur la fragmentation du droit international. Une analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 612 p.

MATRINGE, Jean, *Tradition et modernité dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Etude du contenu normatif de la Charte et son apport à la théorie du droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 137 p.

MONJAL, Pierre-Yves et al. (dir.), *La concurrence des juges en Europe. Le dialogue des juges en question(s)*, Paris, Éditions Clément Juglar, 2018, 524 p.

OST, François, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 206 p.

OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2010, 598 p.

OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, 334 p.
OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1ère édition, 1988, 254 p.

OUGERGOUZ, Fatsah, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité,* Paris, PUF, 1993, 477 p.

PANOUSSIS, Ioannis Konstantinos, *La combinaison normative : recherches sur une méthode d'interprétation au service des droits de l'homme*, thèse de doctorat non publiée, Université Lille II, 2006.

PASQUALUCCI, Jo M., *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 536 p.

PERELMAN, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1978, 184 p.

PELIN RADUCU, Ioana, *Dialogue déférent des juges et protection des droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2014, 570 p.

PESCATORE, Pierre, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, 523 p.

PORTELLI, Serge, *La torture*, Paris, Dalloz, 2017, 255 p.

RASPAIL, Hélène, *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'État*, thèse de doctorat en droit, soutenue le 1er décembre 2011, Université Paris II – Assas, 650 p.

RODLEY, Nigel, POLLARD, Matt, *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 3rd ed., 697 p.

ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, Traduction française de la 2ème édition de « L'ordinamento giuridico » par FRANÇOIS Lucien, GOTHOT, Pierre, Paris, Dalloz, 1975, 174 p.

RUMNEY, Philip N. S., *Torturing Terrorists. Exploring the limits of law, human rights and academic freedom*, London, Routledge, 2014, 1st ed., 224 p.

SALMON, Jean (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1051 p.

SCHABAS, William, A., *The Death Penalty as Cruel Treatment and Torture. Capital Punishment Challenged in the World's Courts*, Boston, Northeastern University Press, 1996, 320 p.

SLAUGHTER, Anne-Marie, *A New World Order*, Oxford, Princeton University Press, 2004, 368 p.

STANLEY, Elizabeth, *Human Rights and Incarceration: Critical Explorations*, Cham, Springer International Publishing, 2018, 311 p.

SUDRE, Frédéric, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2010, 10ème éd., 925 p.

SUDRE, Frédéric, (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 354 p.

SUR, Serge, *L'interprétation en droit international public*, Paris, LGDJ, 1974, 437 p.

TOURARD, Hélène, *L'internationalisation des Constitutions nationales*, Paris, LGDJ, 2000, 724 p.

TOURNEPICHE, Anne-Marie, *La coopération : enjeu essentiel du droit des réfugiés*, Paris, Pedone, 2015, 106 p.

TROPER, Michel, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, 334 p.

TURGIS, Sandrine, *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Paris, Pedone, 2012, 640 p.

VILLEY, Michel, *Les droits de l'homme*, Paris, PUF, 2014, 2ème édition, 176 p.

VIRALLY, Michel, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 209.

WATTHÉE, Sandrine, *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'Homme. La protection préventive des droits conventionnels en puissance?*, Bruxelles, Anthemis, 2014, 512 p.

WOUTERS, Kees C., *International Legal Standards for the Protection from Refoulment*, Cambridge, Intersentia, 2009, 638 p.

ZUPANCIC, Bostjan M., *Sur la Cour européenne des droits de l'homme. Rétrospective d'un initié (1998-2016)*, Paris, Éditions L'Harmattan, 2018, 452 p.

B. Articles de périodiques et contributions à un ouvrage collectif

ABI-SAAB, Georges, « La métamorphose de la fonction juridictionnelle internationale », in ALLAND, Denis, CHETAIL, Vincent, DE FROUVILLE, Olivier, VINUALES, Jorge E. (dir.), *Unité et diversité du droit international. Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie DUPUY*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2014, pp. 265-287.

ACEVEDO, Pérez-Léon Juan Pablo, The Close Relationship Between Serious Human Rights Violations and Crimes Against Humanity: International Criminalization of Serious Abuses, In *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVII, 2017, pp. 145-186.

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, La humanización del derecho internacional por la jurisprudencia interamericana, *in Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, n° 7, 2010, pp. 87-104.

AKANDE, Dapo, The Legal Nature of the Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, pp. 333-352.

ALLAIN, Jean, The *jus cogens* nature of non-refoulement, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 13, 2002, pp. 533-558.

ALLARD, Julie, La cosmopolitisation de la justice : entre mondialisation et cosmopolitisme, in *Revue de philosophie politique de l'ULg*, déc. 2008, pp. 61-83.

ALLARD, Julie, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, p. 77-91.

ALLARD, Julie, VAN DEN EYNDE, Laura, « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit : arguments entre idéalisation et scepticisme », in HACHEZ, I. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 3, Bruxelles, Anthemis, 2013, pp. 285-315.

ALLARD, Julie, VAN WAEYENBERGE, Arnaud, *De la bouche à l'oreille? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2008/2, vol. 61, Bruxelles, p. 109.

ALTWICKER, Tilmann, Transnationalizing rights: international human rights law in cross-border contexts, in *European Journal of International Law*, vol. 29, 2018, pp. 581-606.

AMAYA VILLAREA, Francisco, El principio pro homine: Interpretaciòn extensiva vs. El consentimiento del Estado, in *Revista Colombiana de derecho internacional*, 2005, pp. 337-380.

AMSELEK, Paul, La teneur indécise du droit, in *Revue du Droit public*, 1991, pp. 1199-1216.

AMSELEK, Paul, Kelsen et les contradictions du positivisme juridique, in *Revue internationale de philosophie*, vol. 35, n°138 (4), *Kelsen et le positivisme juridique* (1981), pp. 460-473.

ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, Les bienfaits de la « juridictionnalisation » de la protection supranationale des droits de l'Homme, in *Revue française de droit administratif*, n°2, 2009, p. 294.

ARCARI, Maurizio, « En guise de… complément. Dialogue, dialectique ou conflit de juridictions ? », in ARCARI, Maurizio, BALMOND, Louis (dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, Naples, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 319-333.

AGNELLO, Francesco, « The dialogue between the International Court of Justice and specialized judicial and quasi-judicial bodies in matters relating to the protection of human rights », in ARCARI, Maurizio, BALMOND, Louis (dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, Naples, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 29-60.

ASCENSIO, Hervé, La responsabilité selon la CIJ dans l'affaire du génocide bosniaque, in *Revue générale du droit international public*, 2007, pp. 285-304.

ATANGANA AMOUGOU, Jean-Louis., Avancées et limites au système africain de protection des droits de l'homme : la naissance de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, in *Revue Droits fondamentaux*, n°3, janvier-décembre 2003, pp. 175-178.

AZOULAI, Loïc, « Intégration juridique et légitimité », in FONTAINE, L. (dir.), *Droit et légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 327 et suiv.

BASTID-BURDEAU, Geneviève, Le pouvoir créateur de la jurisprudence internationale à l'épreuve de la dispersion des juridictions, in *Archives de philosophie du droit*, 2007, vol. 50, pp. 282-304.

BEN JAMMADI, Yousri, La question du caractère obligatoire des mesures conservatoires devant la Cour internationale de justice. L'arrêt Lagrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001, in *Revue québécoise de droit international*, vol. 14-2, 2001, pp. 53-81.

BENYEKHLEF, Karim, « Vers un droit postnational? Un court essai sur le droit cosmopolitique comme modèle de gouvernance globale », NOREAU, P., ROLLAND, L. (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, pp. 907-976.

BENZIMRA-HAZAN, Jérôme, En marge de l'arrêt Timurtas contre la Turquie: vers l'homogénéisation des approches du phénomène des disparitions forcées de personnes, in *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, pp. 983-997.

BERKES, Antal, The Nagorno-Karabakh conflict before the European Court of Human Rights: pending cases and certain forecasts on jurisdiction and State responsibility, in *Military Law & Law of War Review*, vol. 52, 2013, pp. 379-438.

BIANCHI, Andrea, Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*, in *European Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, 2008, pp. 491-508.

BIANCHI, Andrea, « The act of State: The State of the act. Judicial interpretation and human rights enforcement », in G. KOHEN, M. (dir.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'Homme et du règlement des conflits par le droit international - Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2007, pp. 129-150.

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, in *Revue générale du droit international public*, n° 1, 2004, pp. 63-101.

BOSSUYT, Marc, « Des limites à la juridiction de la Cour de Strasbourg », in *L'Homme et le droit. En l'honneur de Jean-François Flauss*, Paris, Pedone, 2014, pp. 117-127.

BOSSUYT, Marc, LINS, Olivier, « La prise en considération de la jurisprudence de Strasbourg par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », in COHEN-JONATHAN, Gérard, FLAUSS, Jean-François (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 88-95.

BRUNET, François, « Pour une doctrine des controverses jurisprudentielles », in MONJAL, Pierre-Yves. et al. (dir.), *La concurrence des juges en Europe – Le dialogue des juges en question(s)*, Paris, Éditions Clément Juglar, 2018, pp. 53-61.

BROWN, Garrett Wallace, The Constitutionalization of What, in *Global constitutionalism*, vol. 1, 2012, pp. 201-228.

BRUNET, Pierre, Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative, in *Revue générale de droit international public*, n°2, 2011, pp. 309-327.

BUERGENTHAL, Thomas, « Interim measures in the Inter-American Court of Human Rights », in BERNHARDT, Rudolf (dir.), *Interim measures indicated by International Courts*, Berlin, Springer VG, 1994, pp. 83 et suiv.

BULTO, Takele Soboka, « Public duties for private wrongs: States' extraterritorial duties pertaining to the regulation of multinationals under the African Charter on Human and People's Rights », in GIBNEY, Mark, VANDENHOLE, Wouter (dir.), *Litigating transnational human rights obligations – alternative judgements*, Londres, Routledge, 2014, pp. 239-249.

BULTO, Takele Soboka, Patching the 'legal black hole': the extraterritorial reach of States' human rights duties in the African human rights system, in *South African Journal on Human Rights*, vol. 27, 2011, pp. 249-278.

BURCHARD, Christoph, « Judicial Dialogue in Light of Comparative Criminal Law and Justice », in LOBBA, Paolo, MARINIELLO, Triestino (dir.), *Judicial Dialogue on Human Rights. The Practice of International Criminal Tribunals*, Leiden, Brill, 2017, pp. 56-70.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *« Decompartmentalization »: The key technique for interpreting regional human rights treaties*, in International Journal of Constitutional Law, vol. 16, issue 1, January 2018, pp. 187-213.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, « L'ère du décloisonnement », in BURGORGUE-LARSEN, L., *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'Homme – De l'ouverture du dialogue*, Paris, Pedone, 2017, p. 21.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, Le droit international des droits de l'Homme existe-t-il ?, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, n° 08, p. 6.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, « La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional », in VON BOGDANDY, A. (dir.), *Ius Constitututionale Commune En América Latina*, Max Planck Institute, 2014, pp. 421-457.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, « Nothing is Perfect. Libres propos sur la méthodologie interprétative de la Cour européenne », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Flauss*, Paris, Pedone, 2014, pp. 101-115.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, Les méthodes d'interprétation de la Cour interaméricaine des droits de l'homme – Justice in context, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 97/2014, p. 34.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *Le bannissement de l'impunité : décryptage de la politique jurisprudentielle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2012, pp. 3-42.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, « Le destin strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 168.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, « De l'internationalisation du dialogue des juges - Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », in *Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 95-130.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, in *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones y Internacionales de Vitoria Gasteiz (2008)*, Bilbao, Universidad del Pais Vasco, 2009, p. 151.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *Les équivalents de l'article 3 de la Convention européenne dans le système interaméricain des droits de l'homme*, in CHASSIN, C.-A. (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 23.

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 *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant 2004, pp. 335-353.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, UBEDA DE TORRES, Amaya, War in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, in *Human Rights Quaterly.*, 2011, pp. 148-174.

CAFLISCH, Lucius, CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, Les Conventions américaines et européenne des droits de l'homme et le droit international général, in *Revue générale du droit international public*, 2004, n°1, p. 5.

CALLEJON, Claire, « Article 21 – Droit applicable », in FERNANDEZ, Julian, PACREAU, Xavier (dir.), *Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, pp. 763-778.

CALLEWAERT, Johan, « L'article 3 de la Convention européenne : une norme relativement absolue ou absolument relative? », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1995, p. 13.

CANÇADO-TRINDADE, Antonio Augusto, « Une ère d'avancées jurisprudentielles et institutionnelles : souvenirs de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », in HENNEBEL, Ludovic, TIGROUDJA, Hélène (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, p. 8.

CANÇADO, TRINDADE, Antonio Augusto, Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, in *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 16, 2004, p. 177.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, The Merits of Coordination of International Courts on Human Rights, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004, p. 309-312.

CANÇADO, TRINDADE, Antonio Augusto, Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, in *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, vol. 4, 2003, pp. 13-25.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, Le système interaméricain de protection des droits de l'homme : état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXIème siècle, in *Annuaire français de droit international*, vol. 46, 2000, pp. 549-550.

CANIVET, Guy, Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la bénévolance des juges, in *Revue de Sciences Criminelles*, 2005, p. 799.

CARLIER, Jean-Yves, CRÉPEAU, François, Le droit européen des migrations : exemple d'un droit en mouvement?, in *Annuaire français de droit international*, vol. 57, 2011, pp. 641-674.

CASSESE, Antonio, « A Plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights », in CASSESE, Antonio (dir.), *Realizing Utopia – The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 139-140.

CASSIN, René, Droits de l'homme et méthode comparative, *Revue internationale de droit comparé*, 1968, n°20, pp. 449-492.

CASSIN, René, « L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle », in *La technique et les principes du droit public - Études en l'honneur de George Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, tome 1, pp. 67-91.

CASSIN, René, L'État-Léviathan contre l'Homme et la communauté humaine, in *Les nouveaux cahiers*, avril 1940, pp. 13-16.

CAZALA, Jérôme, « Le rôle de l'interprétation des traités à la lumière de toute autre « règle pertinente de droit international applicable entre les parties » en tant que « passerelle » jetée entre systèmes juridiques différents », in RUIZ-FABRI, H., GRADONI, L. (dir.), *La circulation des concepts en droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Ed. Société de législation comparée, 2009, pp. 107 et suiv.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, « L'influence réciproque de la convention européenne des droits de l'Homme et de l'ordre juridique de l'Union européenne », in BENLOLO-CARABOT, M., CANDAS, U., CUJO, E., *Union européenne et droit international. Mélanges en l'honneur de Patrick Dailler*, Paris, Pedone, 2014, p. 747.

CAROZZA, Paolo, « Human dignity », in SHELTON, Dinah (dir.), *The Oxford Handbook on International Human Rights Law*, Oxford, New York, 2013, pp. 346 et suiv.

CHEMILLER-GENDREAU, Monique, « Le droit international entre volontarisme et contrainte », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 93.

CHAUMETTE, Anne-Laure, Le droit international pénal face aux droits de l'Homme, illustration d'un dialogue des juges, in *Annuaire brésilien de droit international*, vol. 16, 2014, pp. 1-32.

COHEN, Harlan Grant., « Theorizing Precedent in International Law », in BIANCHI, Andrea, PEAT, Daniel, WINDSOR, Matthew (dir.), *Interpretation in International Law*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2015, pp. 268 et suiv.

COHEN, Harlan Grant, « International Precedent and the Practice of International Law » in HELFAND, Michael (ed.), *Negotiating State and Non-State Law: The Challenge of Global and Local Legal Pluralism*, Cambridge-UK, Cambridge University Press, 2015, pp. 172-194.

COHEN-JONATHAN, Gérard, Sur la force obligatoire des mesures provisoires: l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne du 4 février 2005, in *Revue générale du droit international public*, 2005, t. 109, n°2, pp. 421-434.

COHEN-JONATHAN, Gérard, « Rapport introductif général », in COHEN-JONATHAN, Gérard, FLAUSS, Jean-François, *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 12 et suiv.

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 de la Cour de Strasbourg Cruz Varas du 20 mars 1991, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, pp. 205-230.

COHEN-JONATHAN, Gérard, FLAUSS, Jean-François, Cour européenne des droits de l'homme et droit international général, in *Annuaire français de droit international*, 2006, p. 662.

COMBACAU, Jean, Le droit international : bric-à-brac ou système?, in *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1987, p. 104.

CONDÉ, Pierre-Yves, Causes de la justice internationale, causes judiciaires internationales. Note de recherche sur la remise en question de la Cour internationale de justice, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2008/4 (n°174), pp. 24-33.

CONFORTI, Bernardo, « L'interaction des normes internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg de la SFDI, Paris, Pedone, 1998, pp. 121-126.

CONFORTI, Bernardo, Unité et fragmentation du droit international : 'glissez, mortels, n'appuyez pas !, in *Revue générale de droit international public*, 2007, pp. 5-18.

CORTEN, Olivier, Les techniques reproduites aux articles 31 à 33 des Conventions de Vienne : approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprétation?, in *Revue générale de droit international public*, 2011-2, pp. 351-366.

COSTA, Jean-Paul, « La normativité des arrêts rendus par la Cour EDH », in THIBIERGE, C. et *al.* (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, LGDJ, 2009, pp. 29-32.
COSTA, J.-P., Présentation de la position de la Cour européenne des droits de l'homme, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 60, n°2, 2008. pp. 247-255.

COSTA, Jean-Paul, « La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges », LICHERE, François, POTVIN-SOLIS, Laurence, RAYNOUARD, Arnaud (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 153-166.

COSTA, Jean-Paul, Concepts juridiques dans la jurisprudence la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, p. 101.

CRÉPEAU, François, Le fédéralisme, outil de gestion de la complexité canadienne, in *Revue québécoise de droit international*, 2007, hors-série, n° thématique : Hommage à Katia Boustany, pp. 269-279.

CRÉPEAU, François, État de droit entre polyarchie multicentrée et anarchie globalisée [note critique], in *Revue québécoise de droit international*, vol. 10, 1997, pp. 215-225.

CRÉPEAU, François, L'impératif renouvellement du Droit international des réfugiés, in *Revue québécoise de droit international*, vol. 8-1, 1993, pp. 59-73.

CRÉPEAU, François, CLARK, Tom, Mainstreaming Refugee Rights. The 1951 Refugee Convention and International Human Rights Law, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 17/4, 1999, pp. 389-410.

CRÉPEAU, François, NAKACHE, Delphine, ATAK, Idil, International Migration: Security Concerns and Human Rights Standards, in *Transcultural psychiatry*, vol. 44(3), 2007, pp. 311-337.

CUMYN, Michelle, SAMSON, Mélanie, La méthodologie juridique en quête d'identité, in *Revue internationale d'études juridiques*, vol. 71, 2013, pp. 1-42.

CURRAT, Philippe, L'interprétation du Statut de Rome, in *Revue québécoise de droit international*, vol. 20-1, 2007, pp. 137-163.

DECAUX, Emmanuel, Brève histoire juridique de la Déclaration universelle des droits de l'homme, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 116/2018, pp. 838-853.

DECAUX, Emmanuel, « 'Ne tirez pas sur le pianiste', droit international public et progrès des droits de l'homme », in AKANDJI-KOMBÉ Jean-François et al (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en l'honneur du professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 615-634.

DECAUX, Emmanuel, « Article 60 », in KAMTO, M. (dir.), *La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1106.

DECAUX, Emmanuel, De l'imprévisibilité de la jurisprudence européenne en matière de droit humanitaire : Cour européenne des droits de l'Homme (Gde Ch.), Kononov c. Lettonie, 17 mai 2010, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2011, pp. 343-357.

DECAUX, Emmanuel, The Place of Human Rights Courts and International Criminal Courts in the International System, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, issue 3, 2011, pp. 597-608.

DECAUX, Emmanuel, Le régime du droit international en droit interne, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 62, n° 2, 2010, pp. 467-505.

DECAUX, Emmanuel, « Que manque-t-il aux quasi-juridictions internationales pour dire le droit », in *Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 511.

DECAUX Emmanuel, The definition of traditional sanctions: their scope and characteristics, in *International Review of the Red Cross*, vol. 90, issue 870, 2008, pp. 249-257.

DECAUX, Emmanuel, « Le développement de la production normative : vers un 'ordre juridique international'? », in BADIE, Bertrand, DEVIN, Guillaume (dir.), *Le multilatéralisme. Nouvelles formes de l'action internationale*, Paris, Éditions La Découverte, 2007, pp. 113-128.

DECAUX, Emmanuel, Déclarations et conventions en droit international, in *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 21, 2007, pp. 88-93.

DECAUX, Emmanuel, La crise du Darfour. Chronique d'un génocide annoncé, in *Annuaire français de droit international*, vol. 50, 2004, pp. 731-754.

DECAUX, Emmanuel, Conclusions générales de la journée d'étude « En finir avec la torture », in *Revue Droits fondamentaux*, vol. n° 6, janvier-décembre 2006, 10 p.

DECAUX, Emmanuel, Les dialogues sur les droits de l'homme. Types, conditions, objectifs et évaluation, in *Revue Droits fondamentaux*, vol. n° 2, janvier-décembre 2002, pp. 101-108.

DECAUX, Emmanuel, Enjeux et perspectives, in *Revue québécoise de droit international*, vol. 13-1, 2000, n° thématique : *Cinquantenaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, pp. 109-130.

DECAUX, Emmanuel, Les droits fondamentaux en droit international, in *L'Actualité juridique. Droit administratif*, n° hors-série, 1998, pp. 66-74.

DE FROUVILLE, Olivier, « Justifier le droit international, défendre le cosmopolitisme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux. Réciprocité et universalité – Sources et régimes du droit international des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2017, pp. 1159-1178.

DE FROUVILLE, Olivier, « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international (1) », in HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie, SOREL, Jean-Marc (dir.), *Les droits de l'Homme ont-ils constitutionnalisé le monde?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 193-215.

DE FROUVILLE, Olivier, « Les juridictions pénales internationales hybrides », RUIZ-FABRI, Hélène, SOREL, Jean-Marc, (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, Pedone, 2010, pp. 157-191.

DELAS, Olivier, « L'Union européenne et la crise des migrants : crise des migrants ou crise de la politique d'immigration de l'Union européenne? », in *Réciprocité et universalité : Sources et régimes du droit international des droits de l'Homme. Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux*, Paris, Pedone, 2017, pp. 811-840.

DELAS, Olivier, NTAGANDA, Eugène, La création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : mécanisme efficace de protection des droits de l'homme ? », in *Revue québécoise de droit international* vol. 12.2, 1999, pp. 99-124.

DELAPLACE, Édouard, « La torture », in ASCENSIO, Hervé, DECAUX, Emmanuel, PELLET, Alain (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, 2ème éd., pp. 217-232.

DISTEFANO, Giovanni, L'interprétation évolutive de la norme internationale, in *Revue générale de droit international public*, 2011-2, pp. 373-396.

DELMAS-MARTY, Mireille, « Les droits de l'homme. Processus d'humanisation réciproque », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa. La conscience des droits*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 209-217.

DELMAS-MARTY, Mireille, « Mondialisation et montée en puissance des juges », in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 95-114.

DELMAS-MARTY, Mireille, « Chapitre 4. La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités) », in CASSESE, Antonio, DELMAS-MARTY, Mireille (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, pp. 613-652.

DEPREZ, Christophe, « Article 21(3) of the ICC Statute and 'Internationally Recognized Human Rights' as a Source of Mandatory Judicial Dialogue », in LOBBA, Paolo, MARINIELLO, Triestino (dir.), *Judicial Dialogue on Human Rights – The Practice of International Criminal Tribunals*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2017, pp. 90-108.

DE VISSCHER, Paul, Observations sur la contribution de Hans Kelsen au droit international positif, in *Revue internationale de philosophie*, vol. 35, n°138 (4), *Kelsen et le positivisme juridique (1981)*, pp. 530-538.

DE WET, Erika, The prohibition of torture as an international norm of *jus cogens* and its implications for national and customary law, in *European Journal of International Law*, 2004, vol. 15, n°1, pp. 97-121.

DOMINICÉ, Christian, « À la recherche des droits *erga omnes* », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 357-371.

DOTHAN, S., « Three Interpretive Constraints on the European Court of Human Rights », in KANETAKE, M., NOLLKAEMPER, A., *The Rule of Law at the National and International Levels. Contestations and Deference*, Oxford, Hart Publishing, 2016.

DREYFUS, Françoise, « La torture devant les Cours », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa. La conscience des droits*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 233-242.

DROEGE, Cordula, Droits de l'Homme et droit humanitaire: des affinités électives?, in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, N° 871, septembre 2008, p. 1.

DUBOUT, Édouard, TOUZÉ, Sébastien, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in DUBOUT, Édouard, TOUZÉ, Sébastien (dir.), *Les droits fondamentaux ; charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 12.

DUCOULOMBIER, Peggy, « Conflit et hiérarchie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 319 et suiv.

DUFFY, P. J., Article 3 of the European Convention on Human Rights, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1983, Vol. 32(2), pp. 316-346.

DUPUY, Pierre-Marie, Actualité du cosmopolitisme juridique : revenir à Kant pour mieux le dépasser?, in *Revue québécoise de droit international*, hors-série, juin 2015, *Mélanges en l'honneur de Jacques-Yvan Morin*, p. 320.

DUPUY, Pierre-Marie, « Le *jus cogens*, les mots et les choses. Où en est le droit impératif devant la CIJ près d'un demi-siècle après sa proclamation? », in CANNIZZARO, E. (dir.), *The present and the future of jus cogens*, Rome, Sapienza Università Editrice, 2015, pp. 99-130.

DUPUY, Pierre-Marie, « La communauté internationale. Une fiction? », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 396 et suiv.

DUPUY, Pierre-Marie, Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États : un bilan, in *Revue générale de droit international public*, vol. 107, 2003, pp. 305-348.

DUPUY, Pierre-Marie, Action publique et crime international de l'État — A propos de l'article 19 du projet de la Commission du Droit International sur la responsabilité des États, in *Annuaire Français de Droit International*, vol. 25, 1979, pp. 539-554.

DUPUY, René-Jean, La Commission européenne des droits de l'homme, in *Annuaire français de droit international*, vol. 3, 1957, pp. 449-477.

DULITZKY, Ariel E., The Latin-American Flavor of Enforced Disappearances, in *Chicago Journal of International Law*, vol. 19, issue 2, 2019, pp. 423-489.

DULITZKY, Ariel E., An Alternative Approach to the Conventionality Control Doctrine, in *American Journal of International Law Unbound*, Symposium: *The Constitutionalization of International law in Latin America*, vol. 109, 2015, p. 101.

DWORKIN, Ronald, La chaîne du droit, in *Revue Droit et société*, 1985, vol. 1, n°1, pp. 51-79.

DWORKIN, Ronald, La théorie du droit comme interprétation, in *Revue Droit et société*, 1985, vol. 1, n°1, pp. 81-92.

EISEMANN, Pierre Michel, L'arrêt de la CIJ dans l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis), fond, arrêt du 27 juin 1986, in *Annuaire français de droit international,* vol. 32, 1986. pp. 153-191.

EL BOUDOUHI, Saïda, L'arrêt Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo). La CIJ est-elle devenue une juridiction de protection des droits de l'homme?, in *Annuaire français de droit international*, vol. 56, 2010. pp. 277-299.

FAHLBUSCH, Markus, « Le rôle du dialogue des juges dans la formation de standards de protection des droits de l'Homme », in DISANT, Mathieu, LEWKOWICZ, Gregory, TÜRK, Pauline (dir.), *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 299-320.

FARMER, Alice, Non-Refoulement and *Jus Cogens*: Limiting Anti-Terror Measures that Threaten Refugee Protection, in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 23-1, 2008, pp. 1-38.

FAVOREU, Louis, Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, pp. 71-89.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Conventionality Control. The New doctrine of the Inter-American Court of Human Rights, in *American Journal of International Law Unbound*, Symposium: *The Constitutionalization of International law in Latin America*, vol. 109, 2015, pp. 93 et suiv.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, « Le développement du corpus juris interaméricain à travers l'action prétorienne de la Cour interaméricaine des droits l'Homme », in BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'Homme – De l'ouverture du dialogue*, Paris, Pedone, 2017, pp. 182 et suiv.

FLAUSS, Jean-François, « Notule sur les mesures provisoires devant la Commission aficaine des droits de l'homme et des peuples », in COHEN-JONATHAN, Gérard, FLAUSS, Jean-François (dir.), *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 234 et suiv.

FLAUSS, Jean-François, « Le droit international humanitaire devant les instances de contrôle des conventions européenne et interaméricaine de droits de l'Homme », FLAUSS, Jean-François (dir.), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire. Actes du colloque du 12 avril 2002 organisé par l'Institut d'études de droit international de l'Université de Lausanne*, Némésis/Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 124 et suiv.

FIFE, Rolf Einar, Les techniques interprétatives non juridictionnelles de la norme internationale, in *Revue générale de droit international public*, 2011-2, pp. 367-372.

FITZMAURICE, Malgosia, « Interpretation of Human Rights Treaties », in SHELTON, Dinah (dir.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, New York, 2013, pp. 739-771.

FORTEAU, Mathias, Les techniques interprétatives de la Cour internationale de justice, in *Revue générale du droit international public*, 2011-2, pp. 399-416.

FORTEAU, Mathias, « La Cour internationale de Justice et les systèmes régionaux – Plaidoyer pour un pluralisme désordonné », in DUBOUT, É., TOUZÉ, S. (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 43-44.

FRENCH, Duncan, Treaty interpretation and the incorporation of extraneous legal rules, in *International and Comparative Law Quaterly*, avril 2006, vol. 55, pp. 281-314.

FRUMER, Philippe, Un arrêt définitif sur les mesures provisoires : la Cour européenne des droits de l'homme persiste et signe. Commentaire de l'arrêt Mamatkoulov et Askarov c. Turquie du 4 février 2005, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 64/2005, pp. 799-826.

FRUMER, Philippe, Entre tradition et créativité juridiques : la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, in *Revue belge de droit international*, 1995/2, pp. 514-539.

FRYDMAN, Benoît, « Conclusion : le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 147-166.

GAETA, Paola, Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, pp. 315-332.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, De la légitimité des mesures provisoires prises par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1992, pp. 251-268.

GARDBAUM, Stephen, Human Rights as International Constitutional Rights, in *European Journal of International Law*, vol. 19, n° 4, 2008, pp. 749-768.

GATTINI, Andrea, The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law?, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, 2011, pp. 173-200.

GENTILI, Gianluca, European Court of Human Rights: An absolute ban on deportation of foreign citizens to countries where torture or ill-treatment is a genuine risk, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, issue 2, April 2010, pp. 311-322.

GERVASONI, S., CJUE et Cours suprêmes : repenser les termes du dialogue des juges, in *L'Actualité juridique. Droit administratif*, 2019, pp. 150 et suiv.

GINGRAS, François-Pierre, CÔTÉ, Catherine, « La sociologie de la connaissance », in GAUTHIER, Benoît (éd.), *Recherche sociale: de la problématique à la collecte des données*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, 5e éd., p. 19-50.

GLENN, H. Patrick, Persuasive Authority, in *McGill Law Journal*, vol. 32, n 2, 1987, pp. 262-298.

GREWE, Constance, « La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 505-517.

GROSBON, Sophie, « Splendeur et misère de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes », in ROMAN, Diane (dir.), *La Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris, Pedone, 2014, pp. 19-47.

GROSBON, Sophie, « La justiciabilité problématique du droit de résistance à l'oppression : antilogie juridique et oxymore politique », in CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, LOCHAK, Danièle (dir.), *À la recherche de l'effectivité des Droits de l'Homme*, in Paris, Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, pp. 139-163.

GROSBON, Sophie, « Chapitre 1. Les ruptures du droit international », in ROMAN, Diane (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Centre de Recherches sur les droits fondamentaux, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, novembre 2010, pp. 58-82.

GUILMAIN, Antoine, Du droit cosmopolitique au droit global : pour une rupture épistémologique dans l'approche juridique, in *Revue québécoise de droit international*, vol. 26.2, 2013, pp. 219-236.

HALL, Christopher Keith, The Duty of States Parties to the Convention against Torture to Provide Procedures Permitting Victims to Recover Reparations for Torture Committed Abroad, in *European Journal of International Law*, Vol. 18, n° 5, 2007, pp. 921-937.

HAWKINS, Katherine R., The Promises of Torturers: Diplomatic Assurances and the Legality of 'Rendition', in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 20, n°2, 2006, pp. 213-268.

HELD., David, « Le cosmopolitisme dans un monde multipolaire et saturé », in DE FROUVILLE, O. (dir.), *Le cosmopolitisme juridique*, Paris, Pedone, 2015, pp. 190 et suiv.

HELFER, Laurence R., Constitutional Analogies in the International Legal System, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 37, 2003, pp. 193-237.

HENDERSON, Beth, From Justice to Torture: The Dramatic Evolution of U.S. Sponsored Renditions, in *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 20, n° 1, 2006, pp. 189-218.

HENNEBEL, Ludovic, « Les droits de l'Homme dans les théories du droit global », in CHEROT, Jean-Yves, FRYDMAN, Benoît (dir.), *La science du droit et la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 140-165.

HENNEBEL, Ludovic, « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 31-76.

HENNEBEL, Ludovic, L'humanisation du droit international des droits de l'homme. Commentaire sur l'avis consultatif n°18 de la Cour interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 59/2004, p. 752.

HENNEBEL, Ludovic, TIGROUDJA, Hélène, La Convention américaine des droits de l'homme et la protection universelle des droits de l'homme : une filiation retrouvée, in *L'Observateur des Nations Unies*, 2008-2, vol. 25, pp. 1-28.

HERVIEU, Nicolas, « Les références aux énoncés extra-systémiques dans le discours juridictionnel, instrument de pédagogie au service des droits de l'homme ? », in CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Pédagogie et droits de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2014, pp. 195-208.

HERVIEU, Nicolas, *La jurisprudence européenne sur les opérations militaires à l'épreuve du feu*, in *La Revue des droits de l'Homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 20 octobre 2014, consulté le 27 décembre 2018.

HEYNS, Christof C., KILLANDER, Magnus, « Universality and the Growth of Regional Systems », SHELTON, Dinah (dir.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, New York, Oxford, 2013, pp. 670-697.

HOOGAERT, Corinne, Perelman et Toulmin. Pour une rhétorique néo-dialectique, in *Revue Hermès*, 1995/1, n°15, pp. 155-169.

JACQUÉ, Jean-Paul, Pride and/or prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la cour de justice, in *Cahiers de droit européen*, vol. 51, n° 1, 2015, pp. 19-45.

JACQUÉ, Jean-Paul, Union européenne et Conseil de l'Europe- A propos des droits de l'homme », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 2, 2013, pp.195-200.

JAQUEMET, Stephane, The cross-fertilization of international humanitarian law and international refugee law, in *Revue international de la Croix Rouge*, 2001, pp. 651-673.

JIMENEZ SOLARES, Elba, Las normas internacionales convencionales de derechos humanos y su contribución al orden público internacional, in *Revista de Derecho UNED*, n° 14, 2014, pp. 325-347.

JONES, Annika, Judicial Cross-Referencing and the Identity of the International Criminal Court, in *North Carolina Journal of International Law*, vol. 43, issue 1, 2018, pp. 72-129.

JORDA, Claude, « Contrepoint : Les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, nouveaux modèles de justice pour la Cour pénale internationale », in MIGNARD, Jean-Pierre et al. (dir.), *Justice pour tous*, Paris, Éditions La Découverte, 2001, pp. 26-33.

KAMCHIBEKOVA, Damira, State responsibility for extraterritorial human rights violations, in *Buffalo Human Rights Law Review*, vol. 13, 2007, pp. 87-49.

KIM, Jane C., Non-Refoulement under the Convention against Torture: How U.S. Allowances for Diplomatic Assurances Contravene Treaty Obligations and Federal Law, in *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, n° 3, 2007, pp. 1227-1261.

KOLB, Robert, Note on New International Case-law Concerning the Binding Character of Provisional Measures, in *Nordic Journal of International Law*, 2005, n° 74, p. 129.

KOVÁCS, Péter, « Références à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme dans la pratique de la Cour pénale internationale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux. Réciprocité et universalité – Sources et régimes du droit international des droits de l'Homme,* Paris, Pedone, 2017, pp. 245 et suiv.

KOWOUVIH, Sitsofé, La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : une rectification institutionnelle du concept de « spécificité africaine » en matière de droits de l'homme, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 59/2004, pp. 757-790.

KRENC, Frédéric, « De Schenk à Gäfgen: la preuve inconventionnelle à l'épreuve de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme », in AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François et al. (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en l'honneur du professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 781 et suiv.

KRISCH, Nico, Constitutionalism and Pluralism: A Reply to Alec Stone Sweet, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, pp. 501-505.

KUYPER, Jonathan W., The Democratic Potential of Systemic Pluralism, in *Global Constitutionalism*, vol. 3, (2014), pp. 170-199.

LAFONTAINE, Fannie, *La compétence universelle en Afrique : ingérence ou complémentarité?*, in Revue Études Internationales, Volume 45, Numéro 1, Mars, 2014, p. 129–151.

LAFONTAINE, Fannie, The unbearable lightness of international obligations: when and how to exercise jurisdiction under Canada's crimes against humanity and war crimes Act, in *Revue Québécoise de droit international*, vol. 23.2, 2010, pp. 1-50.

LAGERWALL, Anne, WEYERS, Laurent, Le droit d'accès à un juge contre les immunités des États et des organisations internationales : une argumentation aux effets inexorablement limités?, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 113/2018, pp. 51-80.

LARROUTUROU, Thibaut, Le Protocole n° 16 à la CEDH, nouveau terrain de rencontre des contrôlesde constitutionnalité et de conventionnalité, in *Revue du droit public*, n°2, 2018, pp. 475 et suiv.

LECIS COCCO URTU, Anna-Maria, Les référents jurisprudentiels extrasystémiques dans la jurisprudence de la CEDH et de la CIDH : le recours aux « précédents » d'autres organes

internationaux au service d'un *corpus juris* des droits de l'homme?, in *Revue du droit public*, vol. n° 2, pp. 299 et suiv.

LEVINET, Michel, La Convention européenne des droits de l'homme, socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen, in *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 86, 2011/2, pp. 227-263.

LEUPRECHT, Peter, « Résurgence de la bête immonde – retour et banalisation de la torture », in *Les droits de l'homme en évolution - Mélanges en l'honneur du Professeur Petros J. Pararas*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 349-362.

MACULAN, Elena, « Judicial Dialogue and the Definition of Torture: The importation of ICTs from European Jurisprudence, in LOBBA, Paolo, MARINIELLO, Triestino (dir.), *Judicial Dialogue on Human Rights. The Practice of International Criminal Tribunals*, Leiden, Brill, 2017, pp. 184-202.

MACULAN, Elena, Judicial definition of torture as a paradigm of cross-fertilisation. Combining harmonisation and expansion, in *Nordic Journal of International Law*, vol. 84, n. 3, 2015, pp. 456-481.

MAIA, Catherine, « De l'exclusion des normes protégeant des intérêts purement étatiques du concept de *jus cogens* », in *Mélanges offerts en l'honneur du professeur Rafâa Ben Achour*, Tunis, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015, pp. 499-523.

MALINVERNI, Giorgio, « La pratique des comités conventionnels des Nations Unies en matière de mesures conservatoires », in COHEN-JONATHAN, Gérard, FLAUSS, Jean-François (dir.), *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 311 p. ; pp. 63-75.

MANOUVEL, Mita, Métamorphose de l'article 41 du Statut de la CIJ, in *Revue générale du droit international public*, 2002, pp. 103-136.

MARIE, Jean-Bernard, « Les traditions culturelles : enjeux pour les droits de l'homme », in ALEN, Andre, JOOSTEN, Veronique et al. (dir.), *Liber amicorum Marc Bossuyt*, Mortsel, Intersentia, 2013, pp. 379-386.

MARMIN, Sébastien, Les organes de contrôle du droit international des droits de l'Homme et le droit international humanitaire, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2012, pp. 818-819.

MARTENS, Paul, « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelle », in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 9.

MARTIN, Fanny, Application du droit international humanitaire par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, in *Revue Internationale de la Croix Rouge*, décembre 2001, vol. 83, n° 844, pp. 1037-1066.

MASTOR, Wanda, La prison de Guantanamo : réflexions juridiques sur une zone de « non-droit », in *Annuaire français de droit international*, vol. 54, 2008. pp. 23-44.

MATRINGE, Jean, L'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire Lagrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001, in *Annuaire français de droit international*, vol. 48, 2002, pp. 215-256.

MAUSS, Didier, Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2009, pp. 675-696.

MC LACHLAN, Campbell, The principle of systemic integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention », in *International and Comparative Law Quaterly*, avril 2005, vol. 54, pp. 279-320.

MEDINA QUIROGA, Cecilia, « The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretation? », in SHELTON, Dinah (dir.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, New York, 2013, pp. 649-697.

MÉGRET, Frédéric, « Le renouveau de la notion de crime d'État devant la Cour interaméricaine : San José reprend le flambeau abandonné à Genève et négligé à La Haye » in HENNEBEL, Ludovic, TIGROUDJA, Hélène (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 313-345.

MELKEVIK, Bjarne, Le droit cosmopolitique. La reformulation habermasienne, in *Universitas Iuris*, 1, 1992-21, p. 16.

MERON, Theodor, On a hierarchy of International Human Rights, in *American Journal of International Law*, vol. 80, 1986, pp. 1-23.

MILANO, Laure, Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2008, pp. 1059-1093.

MILANOVIĆ, Marko, PAPIĆ, Tatjana, The applicability of the ECHR in contested territories, in *International and Comparative Law Quaterly*, vol. 67, 2018, pp. 779-800.

MOULIER, Isabelle, « La Cour européenne des droits de l'Homme face à la répression pénale nationale des crimes de droit international », in AKANDJI-KOMBÉ Jean-François et al. (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en l'honneur du professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 1365-1396.

MOULIER, Isabelle, Les Restitutions Extraordinaires et la Convention Internationale Contre la Torture, *Annuaire brésilien de droit international*, vol. 2, n°9, 2010, pp. 38 et suiv.

MUBIALA, Mutoy, Vers la création d'une Cour mondiale des droits de l'homme?, in *Revue Trimestrielle Des Droits De L'homme*, 96/2013, pp. 795-810.

NICAISE, Antoine, La justice pénale internationale, entre modèle westphalien et prétention universaliste, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2012/3, pp. 303-337.

NEVE, Alex, Extraordinary Rendition, the Canadian Edition: National Security and Challenges to the Global Ban on Torture, in *Societies Without Borders*, 2007, Vol.2(1), pp.117-130.

NOLL, Gregor, Diplomatic Assurances and the Silence of Human Rights, in *Melbourne Journal of International Law*, vol. 7, 2006, pp. 104-126.

NKENKEU-KECK, Sontia, L'arrêt Naït-Liman c. Suisse ou l'occasion manquée par la Cour européenne des droits de l'Homme de renforcer l'effectivité du droit des victimes d'obtenir réparation de violations graves des droits de l'Homme (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, Naït-Liman c. Suisse, 15 mars 2018), in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 116/2018, pp. 985-1004.

OLINGA, Alain Didier, Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples aux systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'Homme, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 62/2005, pp. 499-537.

ORAKHELASHVILI, Alexander, The Classification of International Legal Rules: A Reply to Stefan Talmon, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, pp. 89–103.

ORAKHELASHVILI, Alexander, State Immunity and Hierarchy of Norm: Why the House of Lords Got It Wrong, in *European Journal of International Law*, vol. 18, n° 5, 2007), pp. 955-970, spec. p. 961.

ORAKHELASHVILI, Alexander, *State Immunity and International Public Order*, in German Yearbook of International Law, vol. 45, 2002, p. 257.

OUGUERGOUZ, Fatsah, « Les articles 60 et 61 de la Charte africaine des droits et devoirs de l'Homme et des peuples », in BURGORGUE-LARSEN, L., *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'Homme – De l'ouverture du dialogue*, Paris, Pedone, 2017, pp. 135 et suiv.

OUMBA, Parfait, Juridictions internationales et procédures d'urgence en matière des droits de l'homme, in *Cahier africain des droits de l'homme*, 2011, pp. 341-366.

PARARAS, Petros J., L'impossible universalité des droits de l'Homme, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 85/2011, pp. 3-22.

PARRY, John T., The Shape of Modern Torture: Extraordinary Rendition and Ghost Detainees, in *Melbourne Journal of International Law*, vol. 6, n° 2, 2005, pp. 516-533.

PARLETT, Kate, Universal Civil Jurisdiction for Torture, in *European Human Rights Law Review*, vol. 4, 2007, pp. 385-403.

PASTRE-BELDA, Béatrice, La protection à géométrie variable de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 107/2016, pp. 591-616.

PELLET, Alain, « Les traités des droits de l'Homme : entre banalité et spécificité », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux. Réciprocité et universalité – Sources et régimes du droit international des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2017, pp. 59 et suiv.

PELLET, Alain, « Nouveau regard sur les sources du droit applicable par la Cour pénale internationale », *in* ACCONCI, Pia et al. (dir.), *International Law and the Protection of Humanity – Essays in Honor of Flavia Lattanzi*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoof, 2017, pp. 453-487.

PELLET, Alain, « Repenser les rapports entre ordres juridiques? Oui, mais pas trop… », in BONNET, Baptiste (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 1781-1789.

PELLET, Alain, Remarques sur une révolution inachevée, le projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États, in *Annuaire français de droit international*, vol. 42, 1996, pp. 7-32.

PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1992, 5ème éd., 740 p.

PETERS, Anne, The refinement of international law: from fragmentation to regime interaction and politicization, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, issue n° 3, 30 October 2017, p. 678.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich, « 'Constitutional Justice' Requires Judicial Cooperation and 'Comity' in the Protection of 'Rule of Law », in FONTANELLI, Filippo, MARTINICO, Giuseppe, CARROZZA, Paolo (dir.), *Shaping Rule of Law Through Dialogue*, Groningen/Amsterdam, Europa Law Publishing, 2010, pp. 1-19.

PILLEPICH, Alain, « Article 94 », in COT, Jean-Pierre, PELLET, Alain, FORTEAU, Mathias (éds.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article, vol. II*, Paris, Economica, 2005, 3ème ed., pp. 1987 et suiv.

PIMENTEL, Carlos-Miguel, « De l'obéissance à la reconnaissance : l'empreinte de la légitimité dans le droit », in FONTAINE, Lauréline (dir.), *Droit et légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 3.

PINA-DELGADO, José, « The African Court on Human and Peoples' Rights and Its Position in the International and African Judicial Architectures », in MOURA VICENTE, Dario (dir.), *Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2016, p. 98-113.

PINTO, Mónica, « El principio pro homine. Criterios de la hermenéutica y pautas para la regulaciòn de los derechos humanos », in *La aplicaciòn de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 1997, pp. 163-171.

QUIRICO, Ottavio, « Droit 'flou', droit 'doux' ou droit 'mou' ? Brèves réflexions sur la 'texture' des mesures conservatoires et des constatations dans les procédures individuelles devant le Comité des droits de l'homme », in ALLAND, Denis, CHETAIL, Vincent, DE FROUVILLE, Olivier, VINUALES, Jorge E. (dir.), *Unité et diversité du droit international. Ecrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie DUPUY*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2014, pp. 884 et suiv.

REMY, Benjamin, *Techniques interprétatives et systèmes de droit*, in *Revue générale du droit international public*, 2011-2, pp. 329-347.

RODLEY, Nigel, POLLARD, Matt, Criminalisation of Torture: State Obligations Under the United Nations Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment, in *European Human Rights Law Review*, vol. 115, 2006, pp. 132 et suiv.

ROMANO, Cesare, Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue, in *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 41, n° 4, 2009, pp. 755-787.

SALMON, Elizabeth, Institutional approach between IHL and IHRL: Current Trends in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, in *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 2014, pp. 152-185.

SALMON, Jean, « L'autorité des prononcés de la Cour internationale de La Haye », in VASSART, Patrick (dir), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 21 et suiv.

SANTULLI, Carlo, Rapport général – Les techniques interprétatives de la norme internationale, in *Revue générale du droit international public*, 2011-2, pp. 297-308.

SANTULLI, Carlo, Pour une administration internationale de la justice nationale ? A propos des affaires Breard et Lagrand, in *Annuaire français de droit international*, 1999, vol. 45, n°1, pp. 101-131.

SERMET, Laurent, *Le développement des méthodes d'interprétation et des méthodes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme par les juridictions supranationales*, in ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, BURGORGUE-LARSEN, Laurence, TOUZÉ, Sébastien (dir.), *La protection des droits de l'homme par les Cours supranationales*, Paris, Pedone, 2016, pp. 55-85.

SICILIANOS, Linos-Alexandre, *L'articulation des droits de l'Homme et du droit international humanitaire dans la jurisprudence de la Cour EDH*, propos dans le cadre d'une Rencontre avec une délégation de la Cour internationale de justice, Strasbourg, 25-26 juin 2015.

SICILIANOS, Linos-Alexandre, « Classification des obligations et dimension multilatérale de la responsabilité internationale » in DUPUY, P.-M. (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale*, I.U.E., colloque de Florence des 7 et 8 décembre 2001, Paris, Pedone, 2003, pp.61-62.

SIMMA, Bruno, PULKOWSKI, Dirk, Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law, in *European Journal of International Law*, vol. 17, n°3, 2006, pp. 483-529.

SIMON, Denys, « Repenser le raisonnement interprétatif : autonomie ou circulation de principes, des méthodes et des techniques, dans les rapports de systèmes », in in BONNET, B. (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 605-631.

SIMON, Denys, Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus »?, in *Revue Pouvoirs*, 2001/1, n°96, pp. 31-49.

SIMON, Denys, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulois*, Paris, Dalloz, 1991, p. 492.

SHAGHAJ, Danial Rezai, Les crimes de *jus cogens*, le refus de l'immunité des hauts représentants des États étrangers et l'exercice de la compétence universelle, in *Revue québécoise de droit international*, vol. 28.2, 2015, pp. 143-171.

SLAUGHTER, Anne-Marie, A Global Community of Courts, in *Harvard International Law Journal*, 191, 2003.

SLAUGHTER, Anne-Marie, Building Global Democracy, in *Chicago Journal Of International Law*, 223, 2000.

SLAUGHTER, Anne-Marie, Judicial Globalization, in *Virginia Journal Of International Law*, 1103, 2000.

SLAUGHTER, Anne-Marie, A Typology of Transjudicial Communication, in *University of Richmond Law Review*, 99, 1994.

SOREL, Jean-Marc, Les tribunaux pénaux internationaux. Ombre et lumière d'une récente grande ambition, in *Revue Tiers Monde*, vol. 205, n° 1, 2011, pp. 29-46.

SOREL, Jean-Marc, « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international (2) : le côté obscur de la force », in HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie, SOREL, Jean-Marc (dir.), *Les droits de l'Homme ont-ils constitutionnalisé le monde?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 217-238.

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 RUIZ-FABRI, Hélène, SOREL, Jean-Marc (dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, Paris, Pedone, 2001, pp. 45-53.

STAES, Dorothea, « The importation of ''external sources'' by the European Court of Human Rights. Opportunities and challenges in light of legal certainty », in ARCARI, Maurizio, BALMOND, Louis (dir.), *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international. Entre pluralisme et sécurité juridique*, Naples, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 61-89.

STERN, Brigitte, « Vers une limitation de « irresponsabilité souveraine » des États et des chefs d'État en cas de crime de droit international ? », in G. KOHEN, Marcelo (dir.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'Homme et du règlement des conflits par le droit international - Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2007, pp. 511-548.

STROHAL, Christian, « La prévention : orpheline du système international ? L'exemple des droits de l'homme », in DECAUX, Emmanuel, TOUZÉ, Sébastien (dir.), *La prévention des*

violations des droits de l'homme, Actes du colloque des 13 et 14 juin 2013, Paris, Pedone, 2015, pp. 221-228.

STONE SWEET, Alec, Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'Homme : cinquante ans après son installation, la Cour européenne droits de l'Homme conçue comme une Cour constitutionnelle, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 80/2009, p. 940.

STURMA, Pavel, « Rapports entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme », in AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1429-1446.

SUDRE, Frédéric, « La réécriture de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa. La conscience des droits*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 597 et suiv.

SUDRE, Frédéric, « Constitutions et protection internationale des droits de l'homme », in *Constitution et Droit international*, *Recueil des cours de l'Académie internationale de droit constitutionnel*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2000, p. 198.

TIGROUDJA, Hélène, « Droit international des droits de l'Homme, droit international humanitaire, droit international pénal, vers une confusion des branches ? », in AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François (dir.), *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1465-1487.

TIGROUDJA, Hélène, « L'(in)efficacité des mesures provisoires internationales en matière de prévention des violations des droits de l'homme », in DECAUX, Emmanuel, TOUZÉ, Sébastien (dir.), *La prévention des violations des droits de l'homme*, Actes du colloque des 14 et 14 juin 2013, Paris, Pedone, 2015, pp. 141-157.

TIGROUDJA, Hélène, « Le forum shopping dans le cadre du système interaméricain de protection des droits de l'homme », in FLAUSS, Jean-François, TOUZÉ, Sébastien (dir.), *Contentieux international des droits de l'homme et choix du forum : les instances internationales de contrôle face au forum shopping*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 71-91.

TIGROUDJA, Hélène, L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : en marge d'arrêts et d'avis consultatifs récents, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, n°49, p. 71.

TLADI, Dire, The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities and Article 98, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, p. 199.

TOURME-JOUANNET, Emmanuelle, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales. La consolidation d'un tiers pouvoir international? », in RUIZ-FABRI, Hélène, SOREL, J.-M. (dir.), Indépendance *et impartialité des juges internationaux*, Paris, Pedone, 2010, pp. 278-303.

TOURME-JOUANNET, Emmanuelle, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », in RUIZ-FABRI, H., SOREL, J.-M., *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008, pp. 251-285.

THOUVENIN, Jean-Marc, Les techniques interprétatives du juge de l'Union européenne, in *Revue générale de droit international public*, 2011-2, pp. 489-502.

TOUZÉ, Sébastien, Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'Homme, in *Revue générale de droit international public*, 2011-2, pp. 517-532.

TROPER, Michel, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in BEAL, C. (dir.), *Philosophie du droit. Norme, validité et interprétation*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2015, pp. 360-361.

TROPER, Michel, Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin, in *Revue Droit et Société*, n°2, 1986, p. 43.

TULKENS, Françoise, CALLEWAERT, Johan, « La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux », in BRIBOSIA, Emmanuelle, DONY, Marianne (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2002, pp. 177 et suiv.

TZANAKOPOULOS, Antonios, Provisional measures indicated by international courts: emergence of a general principle of international law, in *Revue hellénique de droit international*, 2004, n° 57 (1), pp. 53-84.

UBEDA-SAILLARD, Muriel, Les techniques interprétatives des tribunaux pénaux internationaux, in *Revue générale de droit international public*, 2011-2, pp. 421-434.

ULFSTEIN, Geir, « Towards an International Human Rights Judiciary? », in EBBESSON, Jonas, JACOBSSON, Marie, KLAMBERG, Mark Adam, LANGLET, David, WRANGE, Pal (dir.), *International Law and Changing Perceptions of Security – Liber Amicorum Said Mahmoudi*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2014, pp. 301 et suiv.

VACHET, Marie-Sophie, Proposition de refonte du règlement « Dublin » : quelle efficacité pour quels enjeux?, in *La Revue des Droits de l'Homme* [en ligne], 13 | 2018, mis en ligne le 05 janvier 2018, consulté le 09 novembre 2018, pp. 1-17.

VAN ALEBEEK, Rosanne, « The judicial dialogue between the ICJ and International Criminal Courts on the Question of Immunity », in VAN DEN HERIK, Larissa, STAHN, Carsten (dir.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, The Netherlands, Koninklijke Brill, 2012, pp. 93-116.

VAN DE KERCHOVE, Michel, Jurisprudence et rationalité juridique, in *Archives de philosophie du droit*, t. 30, 1985, pp. 207 et suiv.

VAN WIJK, Boyd, Human rights in war: on the entangled foundations of the 1949 Geneva Conventions, in *American Journal of International Law*, vol. 112, 2018, pp. 553-582.

VON BOGDANDY, Armin, Ius Constitutionale Commune en America Latina: Observations on Transformative Constitutionalism, in *American Journal of International Law Unbound*, Symposium: *The Constitutionalization of International law in Latin America*, vol. 109, 2015, pp. 109-114.

VASAK, Karel, « L'universalité des droits de l'homme à la lumière du droit international positif des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Jorge Campinos*, Paris, PUF, 1996, pp. 417-424.

VASAK, Karel, « La réalité juridique des droits de l'Homme », in VASAK, K. (dir.), *Les dimensions internationales des droits de l'Homme*, Paris, UNESCO, 1978, pp. 1-9.

VERHOEVEN, Joe, « À propos de la fonction de juger en droit international public », in GERARD, Philippe, OST, François, VAN DE KERCHOVE, Michel (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, pp. 447-458.

VILLEY, Michel, « Préface », in *Archives de philosophie du droit*, tome 29 - *Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, 1984, Paris, Sirey, p. 3.

VIRALLY, Michel, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, pp. 488-505.

VON BERNSTORFF, Jochen, « Hans Kelsen and the Return of Universalism », in ORFORD, Anne, HOFFMANN, Florian, CLARK, Martin (dir.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 192-211.

WACHSMANN, Patrick, « Réflexions sur l'interprétation globalisante de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa. La conscience des droits*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 667 et suiv.

WACHSMANN, Patrick, « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de la Société française pour le droit international, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 1998, pp. 158-170.

WALLACE, Stuart, MALLORY, Conall, Applying the European Convention on Human Rights to the Conflict in Ukraine, in *Russian Law Journal*, vol. 6, 2018, pp. 8-78.

WEBBER, Grégoire, « Proportionality and Absolute Rights », in JACKSON, Vicki, TUSHNET, Mark (dir.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 75-99.

WEIL, Prosper, Vers une normativité relative en droit international?, in *Revue générale du droit international public*, 1982, pp. 5-47.

WILDE, Ralph G., « The extraterritorial application of international human rights law on civil and political rights », in SHEERAN, Scott, RODLEY, Sir Nigel (dir.), *The Routledge Handbook of International Human Rights Law*, Abingdon, Routledge, 2013, pp. 635-661.

WILDHABER, Luzius, « 'Constitutionnalisation' et 'juridiction constitutionnelle' – Le point de vue de Strasbourg », in HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie, SOREL, Jean-Marc (dir.), *Les droits de l'Homme ont-ils constitutionnalisé le monde?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 93-103.

WYLER, Éric, « Du 'crime d'État' à la responsabilité pour 'violations graves d'obligations découlant de normes impératives', in DUPUY, Pierre-Marie (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Paris, Pedone, 2003, pp. 105-120.

YERIMA, Timothy Fwa, African Regional Human Rights Courts: Features and Comparative Critique with the European and the Inter-American Court of Human Rights, in *Indian Journal of International Law*, vol. 50, 2010, pp. 592-616.

ZAKR, Nasser, La responsabilité du supérieur hiérarchique devant les tribunaux pénaux internationaux, in *Revue internationale de droit pénal*, vol. 73, 2002/1, pp. 59-80.

ZAMMIT BORDA, Aldo, The Notion of 'Persuasive Value' of External Precedent in International Criminal Law, in *Nordic Journal of International Law*, 84 (2015), pp. 29-58.

ZARBIYEV, Fuad, Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle de l'État étranger par la Cour européenne des droits de l'Homme, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2004, p. 634.

ZIMMERMANN, Nesa, *« Dublin » et les deux Cours supranationales européennes : échange constructif ou dialogue de sourds?*, in Geneva Jean Monnet Working Papers, 04/2016, 29 p.

C. Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye

ABI-SAAB, Georges, Cours général de droit international public, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 207, 1987, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 9-463.

ALLAND, Denis, L'interprétation en droit international public, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, vol. 362, 2013, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, p. 41-394.

BUCHER, Andreas, La compétence universelle civile, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 372, 2014, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 9-127.

CANÇADO, TRINDADE, Antonio Augusto, Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice : développements, état actuel et perspectives, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Brill | Nijhoff, Leiden | Boston, vol. 391, 2018, pp. 9-101.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part II, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 317, 2005, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 9-283.

CONDORELLI, Luigi, L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 189, 1984, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 9-167.

DECAUX, Emmanuel, Les formes contemporaines de l'esclavage, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 336, 2009, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 9-197.

DUPUY, Pierre-Marie, Cours général de droit international public. L'unité de l'ordre juridique international, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 297, 2000, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 9-496.

GROS ESPIELL, Hector, La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme – Analyse comparative, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, vol. 218, 1989, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 167-412.

IOVANE, Massimo, Influence de la multiplication des juridictions internationales sur l'application du droit international, in *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, vol. 233, 2016, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 233-450.

KAMTO, Maurice, La volonté de l'État en droit international, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 310, 2004, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 9-432.

KELSEN, Hans, Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 14, 1926, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 227-332.

KLEIN, Pierre, Le droit international à l'épreuve du terrorisme, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 321, 2006, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 203-496.

MALENOVSKY, Jiri, L'indépendance des juges internationaux, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 349, 2010, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 9-276.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., The prohibition of torture in public international law, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 391, 2018, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, p. 103-186.

MIGLIAZZA, Alessandro, L'évolution du droit de la guerre par rapport au mouvement pour les droits de l'homme, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 137, 1972, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 141-242.

SCELLE, Georges, Règles générales du droit de la paix, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 46, 1933-IV, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 327-703.

SICILIANOS, Linos-Alexandre, Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 403, 2008, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 9-436.

SIMMA, Bruno, From Bilateralism to Community Interest in International Law, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 250, 1994, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 217-384.

SUR, Serge, La créativité du droit international. Cours général de droit international public, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 363, 2013, Brill - Nijhoff, Leiden - Boston, pp. 9-331.

TOMUSCHAT, Christian, *Obligations rising for States Without or Against their Will*, in Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 241, 1993, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 195-374.

TRIEPEL, Heinrich, Les rapports entre le droit interne et le droit international, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 1, 1923, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 73-122.

VASAK, Karel, Le droit international des droits l'homme, In *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 141, 1974, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, p. 343.

WALZ, Gustaf-Adolf, Les rapports du droit international et du droit interne, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 61, 1937, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, pp. 375-456.

II. LISTE DES TEXTES OFFICIELS

Classement par ordre chronologique

A. Traités internationaux

- 26 juin 1945 – Charte de l'Organisation des Nations Unies.

- 9 décembre 1948 – Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

-1948 - Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme.

- 12 août 1949 – Convention (I) pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Convention (II) pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, Convention (III) relative au traitement des prisonniers de guerre et Convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

- 4 novembre 1950 - Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

- 28 juillet 1951 – Convention de Genève relative au statut des réfugiés.

- 16 décembre 1966 – Pacte international relatif aux droits civils et politiques.
- 16 décembre 1966 – Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturel.

-23 mai 1969 – Convention de Vienne sur le droit des traités.

-22 novembre 1969 – Convention américaine des droits de l'homme.

-9 décembre 1975 - Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

-8 juin 1977 - Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux.
-8 Juin 1977 - Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux.

-27 juin 1981 – Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

-10 décembre 1984 – Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

-9 décembre 1985 - Convention interaméricaine de prévention et de répression de la torture.

-20 novembre 1989 – Convention internationale des droits de l'enfant.

-17 Juillet 1998 – Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

-18 décembre 2000 – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

-20 décembre 2006 – Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées

-26 octobre 2012 – Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée).
-26 octobre 2012 – Traité sur l'Union européenne (version consolidée).

B. Déclarations, résolutions et autres documents officiels

-10 décembre 1948 – Déclaration universelle des droits de l'homme.

-22 novembre 1984 – Déclaration de Carthagène sur les réfugiés.

-19 février 1986 - Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, M. P. Kooijmans, en application de résolution 1985/33 de la Commission des droits de l'Homme, E/CN.4/1986/15.

-25 mai 1993 - Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.
-25 mai 1993- Conseil de sécurité des Nations Unies, résolution 827 (1993), S/RES/827 (1993).

-12 Juillet 1993 – Déclaration de Vienne adoptée par la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, 14-25 Juin 1993, Vienne, Autriche, A/CONF.157/23.

-8 novembre 1994 - Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda.
-8 novembre 1994 - Conseil de sécurité des Nations Unies, résolution n° 955 (1994), S/RES/955 (1994).

-12 Janvier 1995 - Rapport du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, M. Nigel S. Rodley, en application de la résolution 1992/32 de la Commission des droits de l'Homme, E/CN.4/1995/34.

-2001 - Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

-20 juin 2001 - HCR, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement (Opinion)*

-23 octobre 2002 – Résolution sur les Lignes Directrices et Mesures d'interdiction et de Prévention de la Torture et des Peines ou Traitements Cruels, Inhumains ou Dégradants en Afrique, adoptée par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.

-11 juillet 2002 - Conseil de l'Europe, *Lignes directrices sur les droits de l'Homme et la lutte contre le terrorisme.*

-Novembre 2003 - L'Institut International de Droit Humanitaire, San Remo, Italie, en coopération avec le Comité international de la Croix-Rouge, *XXVIIème table ronde sur les*

problèmes actuels du droit international humanitaire: « Droit international humanitaire et autres régimes juridiques: interaction dans les situations de violence », Genève, Suisse.

-13 avril 2006 - Rapport du Groupe d'étude de la CDI sur la fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international (A/CN.4/.L.682).

-7 Juin 2006 - Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Allégations de détentions secrètes et de transferts illégaux de détenus concernant des États membres du Conseil de l'Europe*, Rapporteur : M. Dick Marty, AS/JUR(2006) 16 Partie II, 67 p.

-26 janvier 2007 - HCR, *Avis consultatif sur l'application extra-territoriale des obligations de non-refoulement en vertu de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et de son Protocole de 1967.*

-13 septembre 2009 - Institut de droit international, *La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures de l'État*, Session de Saint-Jacques de Compostelle.

-5 février 2010 - *Rapport du rapporteur spécial sur la torture et les autres traitements et peines cruels, inhumains et dégradants,* M. Nowak, A/HRC/13/39/Add.5

-9 Juin 2011 – *Le CICR face à la torture et aux traitements cruels, inhumains ou dégradants infligés aux personnes privées de liberté*, doctrine adoptée par le Conseil de l'Assemblée du CICR.

-30 août 2015 - Institut de droit international, *La compétence universelle civile en matière de réparation pour crimes internationaux.*

-16 mars 2017 - CDI, *Deuxième rapport sur les normes impératives du droit international général (jus cogens*), présenté par Monsieur Dire Tladi, rapporteur spécial, 69ème session, A/CN.4/706.

-12 février 2018 - CDI, *Troisième rapport sur les normes impératives du droit international général (jus cogens)*, présenté par Monsieur Dire Tladi, rapporteur spécial, 70ème session, A/CN.4/714*.

-2017 - Rapport du Secrétaire général des Nations Unies soumis à l'Assemblée générale, *Portée et application du principe de compétence universelle.*

-2018 - Rapport du Secrétaire général des Nations Unies soumis à l'Assemblée générale, 2017, *Portée et application du principe de compétence universelle.*

-18 Juillet 2018 – Déclaration de San José.

III. JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS ET DES QUASI-JURIDICTIONS INTERNATIONALES DE PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE

Classement par ordre chronologique et par ensemble géographique selon les juridictions ou les quasi-juridictions étudiées

A. LE CONSEIL DE L'EUROPE

1. Commission européenne des droits de l'homme

CommEDH, *Affaire grecque*, affaires n°3321/67, 3322/67, 3323/67 et 3344/67, *Affaire grecque*, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, vol. 12, 1969, rapport n° 5.11.69, p. 504.

2. Cour européenne des droits de l'homme

Wemhoff c. Allemagne, 27 juin 1968, série A, n° 7.

Golder c. Royaume-Uni, 21 février 1975, série A n° 18.

Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, série A n° 25.

Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, série A n° 26.

Klass et autres c. Allemagne, 6 septembre 1978, série A n° 28.

Artico, 13 mai 1980, série A n° 37.

Leander c. Suède, 26 mars 1987, série A, n° 116.

Belilos c. Suisse, 29 avril 1988, série A, n° 132.

Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A, n° 161.

Cruz Varas et autres c. Suède, 20 mars 1991, série A, n° 201.

Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni, 30 octobre 1991, série A, n° 215.

Drozd et Janousek c. France et Espagne, 26 juin 1992, série A, n° 240.

Tomasi c. France, 27 août 1992, série A n° 241-A.

Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A, n° 310.

Ribitsch c. Autriche, 4 décembre 1995, série A, n° 336.

McCann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, série A, n° 324.
Chahal c. Royaume-Uni, 15 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V.

Aksoy c. Turquie, 18 décembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI.

Loizidou c. Turquie (fond), 18 décembre 1996, § 56, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI

Aydin c. Turquie, 25 septembre 1997, req. n° 23178/94, Recueil des arrêts et décisions 1997-VI.

Kurt c. Turquie, 25 mai 1998, Recueil 1998-III.

Tekin c. Turquie, 9 juin 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-IV.

A. c. Royaume-Uni, 23 septembre 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI.

Assenov et autres c. Bulgarie, 28 octobre 1998, *Recueil* 1998-VIII.

García Ruiz c. Espagne [GC], n° 30544/96, CEDH 1999-I.

Selmouni c. France [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V.

Waite et Kennedy c. Allemagne [GC], n° 26083/94, CEDH 1999-I.

Dikme c. Turquie, n° 20869/92, CEDH 2000-VIII.

Labita c. Italie [GC], n° 26772/95, CEDH 2000-I.

Rotaru c. Roumanie [GC], n° 28341/95, CEDH 2000-V.

Timurtaş c. Turquie, n° 23531/94, CEDH 2000-VI.

Chypre c. Turquie [GC], no 25781/94, CEDH 2001-IV.

Al-Adsani c. Royaume-Uni [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI.

Banković et autres c. Belgique et autres (déc.) [GC], n° 52207/99, CEDH 2001-XII.

Fogarty c. Royaume-Uni [GC], n° 37112/97, CEDH 2001-XI (extraits)

McElhinney c. Irlande [GC], n° 31253/96, CEDH 2001-XI (extraits).

Indelicato c. Italie, n° 31143/96, 18 octobre 2001.

Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC], n° 28957/95, CEDH 2002-VI.

Affaire Mamatkoulov et Abdurasulovic c. Turquie, n° 46827/99 et 46951/99, 6 février 2003.

Assanidzé c. Géorgie, [GC], n° 71503/01, CEDH 2004-II.

Broniowski c. Pologne [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V.

Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie [GC], n° 48787/99, CEDH 2004-VII.

Abdülsamet Yaman c. Turquie, n° 32446/96, 2 novembre 2004.

Issa et autres c. Turquie, n° 31821/96, 16 Novembre 2004.

Mamatkoulov et Askarov c. Turquie [GC], nos 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I.

Öcalan c. Turquie [GC], no 46221/99, CEDH 2005-IV.

Storck c. Allemagne, n° 61603/00, § 98, CEDH 2005-V.

Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande [GC], n° 45036/98, CEDH 2005-VI.

Jorgic c. Allemagne, n° 74613/01, CEDH 2007-III.

Demir et Baykara c. Turquie [GC], n° 34503/97, CEDH 2008.

Korbely c. Hongrie [GC], n° 9174/02, CEDH 2008.

Saadi c. Royaume-Uni [GC], n° 13229/03, CEDH 2008.

Ould Dah c. France (déc.), n° 13113/03, CEDH 2009.

Varnava et autres c. Turquie [GC], n° 16064/90 et 8 autres, CEDH 2009.

Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni, n° 61498/08, CEDH 2010.

Kononov c. Lettonie [GC], n° 36376/04, CEDH 2010.

Neulinger et Shuruk c. Suisse [GC], n° 41615/07, CEDH 2010.

Al-Jedda c. Royaume-Uni [GC], n° 27021/08, CEDH 2011.

Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 55721/07, CEDH 2011.

Kanagaratnam c. Belgique, n° 15297/09, 13 décembre 2011.

M.S.S. c. Belgique et Grèce [GC], n° 30696/09, CEDH 2011.

Harkins et Edwards c. Royaume-Uni, n° 9146/07 et 32650/07, 17 janvier 2012.

Popov c. France, n° 39472/07 et 39474/07, 19 janvier 2012.

Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni, n° 24027/07 et 4 autres, 10 avril 2012.

Bajsultanov c. Autriche, n° 54131/10, 12 juin 2012.

B.S. c. Espagne, n° 47159/08, 24 juillet 2012.

Catan et autres c. République de Moldova et Russie [GC], n° 43370/04, 8252/05 et 18454/06, CEDH 2012.

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

Hirsi Jamaa et autres c. Italie [GC], n° 27765/09, CEDH 2012.

Nada c. Suisse [GC], n° 10593/08, CEDH 2012.

Janowiec et autres c. Russie [GC], n° 55508/07 et 29520/09, § 151, CEDH 2013.

Abdu c. Bulgarie, n° 26827/08, § 39, 11 mars 2014.

Al Nashiri c. Pologne, n° 28761/11, 24 juillet 2014;

Hassan c. Royaume-Uni [GC], n° 29750/09, CEDH 2014.

Mocanu et autres c. Roumanie [GC], n° 10865/09 et 2 autres, CEDH 2014 (extraits).

Jones et autres c. Royaume-Uni, n° 34356/06 et 40528/06, CEDH 2014.

Marguš c. Croatie [GC], n° 4455/10, CEDH 2014 (extraits).

Sharifi et autres c. Italie et Grèce, n° 16643/09, 21 octobre 2014.

Tarakhel c. Suisse [GC], n° 29217/12, CEDH 2014 (extraits).

Sargsyan c. Azerbaïdjan [GC], n° 40167/06, CEDH 2015.

Mozer c. République de Moldova et Russie [GC], n°11138/10, §§ 97-98, 23 février 2016.

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

Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse [GC], n° 5809/08, § 145, 21 juin 2016.

Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie [GC], n° 18030/11, 8 novembre 2016.

Paposhvili c. Belgique [GC], n° 41738/10, 13 décembre 2016.

Naït-Liman c. Suisse [GC], n° 51357/07, 15 mars 2018.

Abu Zubaydah c. Lituanie, n° 46454/11, 31 mai 2018.

Al Nashiri c. Roumanie, n° 33234/12, 31 mai 2018.

Mangîr et autres c. République de Moldova et Russie, n° 50157/06, § 25, 17 juillet 2018.

3. Opinions individuelles

Opinion Dissidente Commune À Mm. Les Juges Cremona, Thór Vilhjálmsson, Walsh, Macdonald, Bernhardt, De Meyer, Martens, Foighel Et Morenilla, sous *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, série A n° 201.

Opinion séparée de M. Le Juge De Meyer sous *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, série A n° 201.

Opinion dissidente de M. Le Juge Ferrari Bravo, sous *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI.

Opinion dissidente de M. Le Juge Loucaides, sous *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI.

Opinion dissidente commune à MM. Les Juges Rozakis et Caflisch, à laquelle déclarent se rallier M. Wildhaber, M. Costa, M. Cabral Barreto et Mme Vajic, sous *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI.

Opinion Concordante Commune Aux Juges Tulkens, Spielmann, Sicilianos Et Keller, *El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], no 39630/09, CEDH 2012.

Opinion partiellement dissidente du Juge Wojtyczek, sous *Mocanu et autres c. Roumanie* [GC], n° 10865/09 et 2 autres, CEDH 2014 (extraits).

Opinion concordante du Juge Pinto De Albuquerque, à laquelle se rallient les Juges Hajiyev, Pejchal et Dedov, 21 juin 2016, sous *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], n° 5809/08, 21 juin 2016.

Opinion dissidente du Juge Dedov, *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, 15 mars 2018.
Opinion dissidente du Juge Serghides, sous *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, 15 mars 2018

Opinion partiellement dissidente du Juge Wojtyczek, *Naït-Liman c. Suisse* [GC], n° 51357/07, 15 mars 2018

B. L'ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS

1. Commission interaméricaine des droits de l'homme

CommIADH, 1er mars 1996, *Martí de Mejía c. Pérou*, affaire n°10970, rapport n°5/96.

CommIADH, 16 octobre 1996, *Case of the Victims of the Tugboat "13 de Marzo" v. Cuba*, Case 11.436, Report n° 47/96.

CommIADH, 13 mars 1997, *Centre haïtien des droits de l'homme et al c. États-Unis*, affaire n°10675, rapport n°51/96.

CommIADH, 27 mars 1997, *Case Roach and Pinkerton v. United States of America*, Case 96-47, Report n° 3/87.

CommIADH, 30 septembre 1997, *Arturo Ribón Ávila*, Colombie, affaire n° 11.142, rapport n° 26/97.

CommIADH, 18 novembre 1997, *Juan Carlos Abella*, Argentine, affaire n° 11.137, rapport n° 55/97.

CommIADH, 16 octobre 1997, *Hugo Bustíos Saavedra*, Pérou, affaire n° 11.137, rapport n° 38/97.

CommIADH, 26 février 1999, *Troisième rapport sur la situation des droits de l'Homme en Colombie*, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1.

CommIADH, 11 mars 1999, *Victor Saldaño c. Argentine*, rapport n° 38/99.

CommIADH, September 29, 1999, *Armando Alejandre JR., Carlos Costa Mario de la Peña and Pablo Morales v. Cuba*, aff. n° 11.589, rapport n° 86/99.

CommIADH, 29 septembre 1999, *Coard et al. c. États-Unis*, aff. n° 10/951, rapport n° 109/99.

CommIADH, 28 février 2000, *Report on the Situation of Human Rights of Asylumseekers within the Canadian Refugee Determination System.*

CommIADH, March 12, 2002, *Decision on Request for Precautionary Measures regarding the situation of Detainees at Guantamo Bay, in Cuba.*

CommIADH, 22 octobre 2002, *Michael Domingues v. États-Unis*, Case 12.285, Report n° 62/02.

CommIADH, 11 mars 2004, fond, *Fondo Jailton Neri Da Fonseca c. Brésil*, pétition n°11.634, rapport n°33/04.

CommIADH, 21 octobre 2010, *Franklin Guillermo Aisalla Molina (Equateur) c. Colombie*, pétition interétatique PI-02, rapport sur l'admissibilité, n° 112/10.

2. Cour interaméricaine des droits de l'homme

a. Avis consultatifs

Cour IADH, avis consultatif, 24 septembre 1982, *« Other treaties » subject to the advisory jurisdiction of the Court (Article 64 of the American Convention on Human Rights)*, série A, n° 1.

Cour IADH, avis consultatif, *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention on Human Rights*, September 24, 1982, OC-2/82, séries A, n° 2.

Cour IADH, avis consultatif, *Restricciones a la Pena de Muerte* (art. 4.2 et 4.4 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme), 8 septembre 1983, OC-3/83, série A, n° 3.

Cour IADH, avis consultatif, *La Colegiacion Obligatoria des Periodistas* (Articles 13 et 29 de la Convention américaine des droits de l'homme), 13 novembre 1985, OC-5/85.

Cour IADH, avis consultatif, *Habes Corpus in emergency situations* (Arts. 27.2, 25.1 et 7.6 American Convention on Human Rights), January 30,1987, OC-8/87, Series A, n° 8, § 19.

Cour IADH, avis consultatif, 14 juillet 1989, *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights*, série A, n°10.

CIADH, avis consultatif, *Ciertas Atribuciones de la Comisiòn Interamericana de Derechos Humanos (art. 41, 42, 44, 46, 47, 50 et 51 de la Convention américaine),* 16 juillet 1993, OC-13/93, série A, n°13, § 50.

Cour IADH, avis consultatif, *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, OC-16/99, October 1, 1999, Series A, n° 16.

Cour IADH, avis consultatif, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants, requested by the United Mexican States*, September 17, 2003, OC-18/03, Series A, n° 18, § 47.

Cour IADH, *The Environment and Human Rights (State Obligations in Relation to the Environment in the Context of the Protection and Guarantee of the Rights to Life and to Personal Integrity – Interpretation and Scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights)*, November 15, 2017, Advisory Opinion OC-23/18, series A, n°. 23.

b. Affaires contentieuses

Cour IADH, arrêt, *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras* (reparations and costs), July 21, 1989, Series C, n° 07.

Cour IADH, arrêt, *Case of Velásquez-Rodriguez v. Honduras* (merits), July 29, 1988, Series C, n° 04.

Cour IADH, arrêt, *Case of Aloeboetoe et al. Case v. Suriname* (reparations and costs), September 10, 1993, Series C, n° 15.

Cour IADH, arrêt, *Affaire Blake c. Guatemala* (fond), 24 janvier 1998, série C, n° 36.

Cour IADH, arrêt, *Ivcher Bronstein v. Peru* (compétence) September 24, 1999, Series C, n° 54.

Cour IADH, arrêt, *Affaire Baena Ricardo et autres* (exceptions préliminaires), 18 novembre 1999, série C, n°61.

Cour IADH, arrêt, *Case of the "Street Children" (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala* (merits), November 19, 1999, Series C, n° 63.

Cour IADH, arrêt, *Case of Las Palmeras v. Colombia* (preliminary exceptions), February 4, 2000, Serie C, n° 67.

Cour IADH, arrêt, *Case of Bámaca Velásquez c. Guatemala* (merits), November 25, 2000, Series C, n° 70.

Cour IADH, arrêt, *Affaire Baena Ricardo et autres* (fond), 2 février 2001, série C, n° 72.

Cour IADH, arrêt, *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad et Tobago* (preliminary exceptions), September 1, 2001, Series C, n° 81.

Cour IADH, arrêt, *Case of Las Palmeras v. Colombia* (merits), December 6, 2001, Series C, n° 90.

Cour IADH, arrêt, *Case of the Constitutional Court v. Peru* (merits, reparations and costs), January 31, 2001, Series C, n° 71.

Cour IAHD, arrêt, *Case of Baena Ricardo et al. v. Panama* (merits, reparations and costs), February 2, 2001, Series C, n° 72.

Cour IADH, arrêt, *Case of Barrios Altos v. Peru* (merits), March 14, 2001. Series C, n° 75.

Cour IADH, arrêt, *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* (merits, reparations and costs), August 31, 2001. Series C, n° 79.

Cour IADH, arrêt, *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad et Tobago* (preliminary exceptions), September 1, 2001, Series C, n° 80.

Cour IADH, arrêt, *Case of Las Palmeras v. Colombia* (reparations and costs), November 26, 2002, Series C, n° 96.

Cour IADH, Myrna Mack-Chang c. Guatemala (merits, reparations and costs), 25 novembre 2003, série C, n° 101.

Cour IADH, *Case of Juan Humberto Sánchez v. Honduras* (interpretation of the judgment on preliminary objections, merits and reparations) (Art. 67 American Convention on Human Rights), November 26, 2003, Series C, n° 102.

Cour IADH, arrêt, *Case of Maritzia Urrutia v. Guatemala* (merits, reparations and costs), November 27, 2003, Series C, n° 103.

Cour IADH, arrêt, *Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala*, (merits), 29 avril 2004, série C, n° 105.

Cour IADH, arrêt, *Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica* (preliminary objections, merits, reparations and costs), July 2, 2004, Series C, n° 107.

Cour IADH, arrêt, *Case of the Gómez Paquiyauri Brothers v. Peru* (merits, reparations and costs), July 8, 2004, Series C, n° 110.

Cour IADH, arrêt, *Case of Ricardo Canese v. Paraguay* (merits, reparations and costs), August 31, 2004, Series C, n° 111.

Cour IADH, arrêt, *Affaire Tibi c. Équateur* (exception préliminaire, fond, réparations et dépens), 7 septembre 2004, série C, n° 114.

Cour IADH, arrêt, *Case of Goiburú et al. v. Paraguay* (merits, reparations and costs), September 22, 2004, Series C, n° 153.

Cour IADH, arrêt, *Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala* (reparations), 19 novembre 2004, série C, n° 116.

Cour IADH, arrêt, *Case of the Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador* (preliminary exceptions), November 23, 2004, Series C, n° 118.

Cour IADH, arrêt, *Case of Caesar v. Trinidad and Tobago* (merits, reparations and costs), March 11, 2005, Series C, n° 123.

Cour IADH, arrêt, *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay* (merits, reparations and costs), June 17, 2005, Series C, n° 125.

Cour IADH, arrêt, *Case of the "Mapiripán Massacre" c. Colombie* (merits, reparations and costs), September 15, 2005, Series C, n° 134.

Cour IADH, arrêt, *Affaire García-Asto et Ramírez-Rojas* (exception préliminaire, fond, réparations et dépens), 25 novembre 2005, série C, n° 137.

Cour IADH, arrêt, *Affaire de la Prison Miguel Castro-Castro* c. Pérou (fond, réparations et dépens), 25 novembre 2006, série C, n°160.

Affaire Baldeón-García c. Pérou (fond, réparations et dépens), 6 avril 2006, série C, n° 147.

Cour IADH, arrêt, *Case of Ituango Massacres v. Colombia* (preliminary objection, merits, reparations and costs), July 1, 2006, Series C, n° 148.

Cour IADH, arrêt, Affaire Almonacid Arellano et autres c. Chili (exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens), 26 septembre 2006, série C, n° 154.

Cour IADH, *Centre Pénitentiaire Miguel Castro Castro c. Pérou* (fond et réparations), 25 novembre 2006, Série C, n° 160.

Cour IADH, arrêt, *Case of La Cantuta v. Peru* (merits, reparations and costs), November 29, 2006, Series C, n° 162.

Cour IADH, arrêt, *Affaire Bueno Alves c. Argentine* (fond, réparations et dépens), 11 mai 2007, série C, n° 164.

Cour IADH, arrêt, *Case of La Rochela Massacre c. Colombia* (merits, reparations and costs), May 11, 2007, Series C, n° 163.

Cour IADH, arrêt, *Case of Kimel v. Argentina* (merits, reparations and costs), 2 May, 2008, Series C, n° 177.

Cour IADH, arrêt, *Affaire Yvon Neptune c. Haïti* (fond, réparations et dépens), 6 mai 2008, série C, n° 180.

Cour IADH, arrêt, *Case of Apitz Barbera et al. c. Venezuela* (preliminary objection, merits, reparations and costs), 5 août 2008, série C, n° 182.

Cour IADH, *Case of Tiu-Tojin v. Guatemala* (merits, reparations and costs), November 26, 2008, Series C, n° 190.

Cour IADH, arrêt, *Ticona Estrada and others v. Bolivia* (merits, reparations and costs), 27 November, 2008, Series C, n° 199.

Cour IADH, arrêt, *Case of Perozo et al. c. Venezuela*, (preliminary objections, merits, reparations and costs), January 28, 2009, Serie C, n° 195.

Cour IADH, arrêt, *Case of Kawas Fernández v. Honduras* (merits, reparations and costs), 3 April, 2009, Series C, n° 196.

Cour IADH, arrêt, *Case of Anzualdo Castro v. Peru* (preliminary objections, merits, reparations and costs), September 22, 2009, Series C, n° 202.

Cour IADH, arrêt, *Case of González and others v. Mexico* (preliminary exceptions, merits, reparations and costs), 16 November, 2009, Series C, n° 205.

Cour IADH, arrêt, *Case of the « Las Dos Erres » Massacre v.. Guatemala* (preliminary objection, merits, reparations and costs), November 24, 2009, Series C, n° 211.

Cour IADH, arrêt, *Case of Gomes Lund et al. (Guerrilha do Araguaia) v. Brazil* (merits, reparations and costs), November 24, 2010, Series C, n° 249.

Cour IADH, arrêt, *Affaire Chitay Nech et autres c. Guatemala* (exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens), 25 mai 2010, série C, n° 212.

Cour IADH, arrêt, *Affaire Vèlez Loor c. Panama* (exceptions préliminaires, fond et, réparations et dépens), 23 novembre 2010, série C, n° 218.

Cour IADH, arrêt, *Affaire Gelman c. Uruguay* (fond et réparations), 24 février 2011, série C, n°221.

Cour IADH, arrêt, *Case of Contreras et al. v. El Salvador* (merits, reparations and costs), August 31, 2011, Series C, n° 232.

Cour IADH, arrêt, *Case of the Massacres of El Mozote and nearby places v. El Salvador* (merits, reparations and costs), October 25, 2012, Series C, n° 252.

Cour IADH, arrêt, Case of *Gudiel Álvarez et al. (Diario Militar) v. Guatemala* (merits, reparations and costs), November 20, 2012, Series C, n° 253.

Cour IADH, arrêt, *Case of Santo Domingo Massacre v. Colombia* (preliminary objections, merits and reparations), November 30, 2012, Series C, n° 259.

Cour IADH, arrêt, *Affaire Pacheco Tineo c. Bolivie* (exception préliminaire, fond, réparations et dépens), 25 novembre 2013, série C, n° 272.

Cour IADH, arrêt, *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 26 de Noviembre de 2013, Serie C, n° 274.

Cour IADH, arrêt, *Case of Rodríguez Vera et autres (The Disappeared from the Palace of Justice) et al. v. Colombia* (preliminary objections, merits, reparations and costs), November 14, 2014, Series C, n° 287.

Cour IADH, arrêt, Case of *Espinoza Gonzáles v. Peru* (preliminary objections, merits, reparations and costs), November 20, 2014, Series C, n° 289.

Cour IADH, arrêt, *Case of the Serrano Cruz Sisters v. El Salvador* (merits, reparations and costs), March 03, 2015, Series C, n° 120.

Cour IADH, arrêt, *Caso Trabajadores De La Hacienda Brasil Verde c. Brasil* (preliminary objections, merits, reparations and costs), October 20, 2016, Series C, n° 318.

C. L'UNION AFRICAINE

1. Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

CommADHP, 15-24 avril 1997, *Modise c. Botswana*, communication n° 97/93.

CommADHP, 31 octobre 1998, *International PEN, Constitutional Rights, Interights au nom de Ken Saro Wiwa Jr. et Civil Liberties Organization c. Nigeria*, communications n° 37/94, 139/94, 154/96, 161/97.

CommADHP, 15 novembre 1999, *Rights international v. Nigeria*, communication n° 215/98.

CommADHP, 11 mai 2000, *Malawi Africa Association, Amnesty International, Ms Sarr Diop, Union interafricaine des droits de l'Homme et RADDHO, Collectif des veuves et ayants-Droit, Association mauritanienne des droits de l'Homme c. Mauritanie*, comm. n° 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 et 210/98.

CommADHP, 23 octobre – 6 novembre 2000, *Forum conscience v. Sierra Leone*, communication n°223/98.
CommADHP, 6 novembre 2000, *Huri-Laws c. Nigeria*, communication n° 225/98.

CommADHP, 6 novembre 2000, *John K. Modise c. Botswana*, communication n° 97/93.

CommADHP, 23 avril-7 mai 2001, *Legal Resources Foundation v. Zambia*, communication n°211/98.

CommADHP, 7 Mai 2001, *Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project / Nigeria*, communication n°218/98

CommADHP, 13-27 octobre 2001, *Social and economic rights action, Centre for economic and social rights c. Nigeria*, 155/96.

CommADHP, 29 mai 2003, *Law office of Ghazi Suleiman v. Soudan*, communication n° 228/99.

CommADHP, communication 227/1999, *République démocratique du Congo c. Burundi, Rwanda and Ouganda*, 20ème rapport annuel (2006).

CommADHP, 11 mai 2000, *Malawi Africa Association, Amnesty International, Ms Sarr Diop, Union interafricaine des droits de l'Homme et RADDHO, Collectif des veuves et ayants-Droit, Association mauritanienne des droits de l'Homme c. Mauritanie*, comm. n° 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 et 210/98.
CommADHP, 26 mai 2006, *Zimbabwe Human Rights NGO Forum c. Zimbabwe*, comm. n° 245/02.

CommADHP, décision des 20-24 juillet 2011, *Groupe de travail sur les dossiers judiciaires stratégiques c. République démocratique du Congo*, pétition n°259/2002.

2. Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

Cour ADHP, Ord., 15 mars 2013, *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. République du Kenya*

Cour ADHP, 14 juin 2013, *Affaire Tanganyika Law Society and The Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher Mtikila v. The United Republic of Tanzania*, 009/2011 - 011/2011.

D. UNION EUROPÉENNE

1. Avis de la Cour de justice de l'Union Européenne

CJCE, 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, avis 2/94.

CJUE, Ass. Plén., 18 décembre 2014, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, avis 2/13.

2. Arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, affaire n° 26-62.

CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. Enel*, affaire n° 6-64.

CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, affaire n° 11-70.

CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, affaire n° 4-73.

CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, affaire n° 41-74.

CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili v Ministre de l'intérieur*, affaire 36-75.

CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, aff. 106/77.

CJCE, Gde. Ch., 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P.

CJUE, Gde. Ch., 21 décembre 2011, *N.S. Secretary of State for the Home Department et M.E. et autres c. Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, affaires C-411/10 et C-493/10.

CJUE, 4ème Ch., 17 décembre 2015, *Abdoulaye Amadou Tall c. Centre public d'action de Huy, en présence de : Agence fédérale pour l'accueil des demandeurs d'asile (Fedasil)*, affaire C-239/14.

CJUE, Gde. Ch., 6 septembre 2016, *Aleksei Petruhhin*, affaire C-182/15.

CJUE, 5ème Ch., 4 octobre 2018, *Commission européenne c. République française*, C-416/17.

E. SYSTÈME DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES

1. Cour internationale de justice

a. Avis consultatifs

Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 23.

Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif, 21 juin 1971, C.I.J. Recueil 1971, p. 16.

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226.

Conséquences juridiques de 1'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.1.J. Recueil 2004, p. 136.

b. Affaires contentieuses

Affaire du Sud ouest africain (Ethiopie contre Afrique du Sud ; Libéria contre Afrique du Sud), arrêt, 18 juillet 1966, Rec., 1966, p. 34.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, CIJ, Recueil 1970, p. 32.

Activités militaires et parumilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14.

Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide, exceptions préliminaires, Recueil C.I.J 1996 p. 595.

Lagrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt, fond, C.I.J., Recueil 2001, p. 466

Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, CIJ, Recueil 2002, p. 3.

Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats- Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 161.

Avena et autres ressortissants mexicains, arrêt, 31 mars 2004, Rec. 2004.

Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 168.

Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 6.

Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, CIJ, Recueil 2007, p. 43.

Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639.

Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant), arrêt, 3 février 2012, C.I.J., Recueil 2012, p. 100.

Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422.

c. Opinions individuelles

Opinion individuelle de M. Le Juge Tanaka, *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, pp. 250-324.

Opinion individuelle de M. Le Juge Tanaka, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3.

Opinion individuelle de M. Lauterpacht, juge *ad hoc, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, C.I.J. Recueil 1993, p. 325.

Opinion individuelle commune de Mme Higgins, MM. Kooijmans et Buergenthal, juges, les opinions dissidentes de MM. Oda et Al-Khasawneh, juges, et de Mme van den Wyngaert, juge ad hoc, dans l'affaire *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, C.I.J. Recueil 2002, p. 3.

Opinion dissidente du Juge Burguenthal, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats- Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 161.

Opinion dissidente du Juge Higgins, *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats- Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 161.

Opinion Individuelle De M. Le Juge Cançado Trindade, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422.

2. Comité des droits de l'homme

a. Observations générales

CDH, *Observation générale n° 15* - Situation des étrangers au regard du Pacte, (1986).

CDH, *Observation générale n°20 - Article 7 (Interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)*, Quarante-quatrième session, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) (1992).

CDH, *Observation générale n° 24*, Observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte, 2 novembre 1994.

CDH, *Observation générale n°29*, États d'urgence (art. 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001.

CDH, *Observation générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Quatre-vingtième session, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004).

CDH, *Observation générale n°33* - Obligations des États en vertu du Protocole optionnel au PIDCP, CCPR/C/GC/33, (2009).

b. Examen de rapports étatiques

CDH, *Observations finales*, Paraguay, 1995, CCPR/C/79/Add.48.

CDH, *Observations finales, Yémen*, 1995, CCPR/C/79/Add.51.

CDH, *Observations finales,* Pérou, 1996, CCPR/C/79/Add.67.

CDH, *Observations finales (Israël)*, 18 août 1998, CCPR/C/79/Add.93.

CDH, *Observations finales (Israël)*, 21 août 2003, CCPR/CO/78/ISR.

CDH, 20 avril 2006, *Observations finales (Canada)*, CCPR/C/CAN/CO/5, § 15.

CDH, *Observations finales (États-Unis)*, 18 décembre 2006, CCPR/C/USA/CO/3.

CCT, *Observations finales, Bénin,* 2008, CAT/C/BEN/CO/2.

CCT, *Observations finales, Ex-République Yougoslave de Macédoine*, 2008, CAT/C/MKD/CO/2.

c. Affaires contentieuses

CDH, *Maroufidou c. Suède*, communication n°58/1979, 9 avril 1981.

CDH, *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay*, communication n° 56/79, 29 juillet 1981.

CDH, *López Burgos c. Uruguay*, communication n° 52/79, 29 juillet 1981.

CDH, *Montero c. Uruguay*, communication n° 106/181, 29 août 1981.

CDH, *Pereira Montero c. Uruguay*, communication n° 106/1981, 31 mars 1983.

CDH, *Chitat Ng v. Canada*, communication n° 469/1991, 7 janvier 1994.

CDH, *Hugo Rodríguez v. Uruguay*, communication n° 322/1988, 9 août 1994.

CDH, *Freemantle c. Jamaïque*, communication 625/1995, 24 mars 2000, A/55/40.

CDH, *Piandiong et al. v. The Philippines*, communication n° 869/1999, 19 octobre 2000.

CDH, *Norma Yurich c. Chili*, communication n° 1078/2002, 2 novembre 2005.

CDH, *Larranaga c. Philippines*, communication n° 1421/2005, 24 juillet 2006.

CDH, *Abdilafir Abubakar Ali et Mayul Ali Mohamad c. Danemark*, communication n° 2409/2014, 16 juin 2016.

CDH, *Ms Obah Hussein Ahmed c. Danemark*, communication n° 2379/2014, 22 septembre 2016.

CDH, *Ch.H.O. v. Canada*, communication n° 2195/2012, 3 novembre 2016.

3. Comité contre la torture

a. Observations générales

CCT, 21 novembre 1997, Observation générale n° 1, *Application de l'article 3 dans le contexte de l'article 22 de la Convention contre la torture*, A/53/44, annexe IX.

CCT, *Observation générale n° 2*, 1981, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.6.

CCT, *Observation générale n° 2, Application de l'article 2 par les États Parties*, CAT/C/GC/2, 24 janvier 2008.

b. Examen de rapports étatiques

CCT, *Rapport sur les observations finales à l'égard d'Israël,* 1998, CAT/C/33/Add.2/Rev.1.

CCT, *Rapport sur les observations finales à l'égard des États-Unis*, CAT/C/USA/CO/2.

CCT, *Rapport sur les observations finales à l'égard de* la *Fédération de Russie*, 2002, CAT/C/, CR/28/4.

CCT, *Rapport sur les observations finales à l'égard de l'Égypte*, 2002, CAT/C/CR/29/4 A/57/54.

CCT, *Rapport sur les observations finales à l'égard de l'Espagne*, 2002, CAT/C/SR.530, A/58/44.

CCT, *Observations finales*, *Népal*, 2005, CAT/C/NPL/CO/2.

CCT, 25 juillet 2006, *Conclusions et recommandations (États-Unis)*, Doc. UN CAT/C/USA/CO/2.

CCT, *Observations finales*, *Espagne*, 2009, CAT/C/ESP/CO/5.

CCT, *Observations finales*, *France,* 2010, CAT/C/FRA/CO/4-6.

c. Affaires contentieuses

CCT, *Gorki Ernesto Tapia Paez c. Suède*, communication n° 39/1996, 28 avril 1997.

CCT, *T.P.S. v. Canada*, communication n° 99/1997, 16 mai 2000.

CCT, *Rosenmann c. Espagne*, communication n° 176/2000, 20 avril 2002.

CCT, *S.S. c. Pays-Bas*, communication n° 191/2001, 5 mai 2003.

CCT, *G. K. c. Suisse*, communication n° 219/2002, 7 mai 2003.

CCT, *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza c. Suède*, communication nº 233/2003, 24 mai 2005.
CCT, *Agiza c. Suède*, communication n° 233/2003, 30 mai 2005.

CCT, communication n° 181/2001, *Guengueng et al. c. Sénégal*, 19 mai 2006.

CCT, Tebourski c. France, communication n° 300/2006, 1er mai 2007.

CCT, *Affaire Sonko c. Espagne*, communication n° 368/2008, 20 février 2012.

CCT, Abdussamatov et al. c. Kazakhstan, communication n° 444/2010, 1er juin 2012.

CCT, *S. J. Dewage c. Australie*, communication n° 387/2009, 14 novembre 2013.

CCT, *Z. c. Australie*, communication n° 511/2012, 26 novembre 2014.

F. JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES

1. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

TPIY, acte d'accusation, 19 mars 1996, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (alias PAVO), Hazim Delic Esad Landzo (alias Zenga)*, chefs d'accusation 15 à 32.

TPIY, Ch. de 1ère instance, 7 mai 1997, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, IT-94-1-T.

TPIY, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de Première Instance II rendue le 18 juillet 1997, 29 octobre 1997, *Le Procureur c. Blaskic*, IT-95-14-A.

TPIY, Ch. de 1ère inst., 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Delalic et autres* (*Affaire Celebici*), IT-96-21-T.

TPIY, Ch. de 1ère instance, 10 décembre 1998, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T.

TPIY, Ch. d'appel, arrêt, 15 juillet 1999, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, IT-94-1-A.

TPIY, Ch. de 1ère inst., 14 décembre 1999, *Le Procureur v. Goran Jelisić*, IT-95-10.

TPIY, Ch. de 1ère inst., 14 janvier 2000, *Le Procureur v. Zoran Kupreskic et al*., IT-95-16.

TPIY, Ch. de 1ère inst., 2 août 2001, *Le Procureur v. Radislav Krstic*, IT-98-33.

TPIY, Ch. d'App., 20 février 2001, *Le Procureur v. Delalic, Mucic, Delic et Landzo*, IT-96-21.

TPIY, Ch. de 1ère inst., 22 février 2001, *Le Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, IT-96-23-T et IT-96-23/1-T.

TPIY, Ch. de 1ère inst., décision relative aux exceptions préjudicielles, 8 novembre 2001, *Le Procureur c. Milosevic*, IT-99-37-PT.

TPIY, Ch. d'App., 8 avril 2003, *Le Procureur c. Zdravko Mucic, Hazim Delic et Esad Landžocij*, IT-96-21-Abis.

TPIY, Ch. d'App., arrêt relatif à la demande d'injonctions, 1er juillet 2003, *Le Procureur c. Krstic*, IT-98-33-A.

TPIY, Ch. de 1ère instance, 5 décembre 2003, *Le Procureur c. Stanislas Galić*, IT-98-29.

2. Tribunal pénal international pour le Rwanda

TPIR, Chambre I, 2 septembre 1998, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T.

TPIR, Ch. I, jugement portant condamnation, 4 septembre 1998, *Le Procureur c. Kambanda*, ICTR-97-23-S.

TPIR, Ch. d'App., 1er juin 2001, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-A.

3. Cour pénale internationale

CPI, Ch. Prélim. I, 31 mars 2006, décision relative à la requête du Procureur sollicitant l'autorisation d'interjeter appel de la décision de la Chambre du 17 janvier 2006 sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5, VPRS 6, Situation en République démocratique du Congo, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC—01/04-01/06.

CPI, Ch. d'App., 14 décembre 2006, arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision du 3 octobre 2006 relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense en vertu de l'article 19-2-a du Statut, Situation en République démocratique du Congo, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC—01/04-01/06.

CPI, 18 janvier 2007, Ch. de 1ère inst., décision relative à la participation des victimes, Situation en République démocratique du Congo, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06.

CPI, Ch. Prélim. I, 29 janvier 2007, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Décision sur la confirmation des charges*, ICC-01/04-01/06.

CPI, Ch. Prélim. I, 5 mars 2009, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, ICC-02/05-01/09-1-tFRA, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Situation au Darfour, Soudan.

CPI, Ch. Prélim. I., 10 juillet 2010, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, ICC-02/05-01/09-95-tFRA, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Situation au Darfour, Soudan).

CPI, Ch. prélim. I, 13 décembre 2011, Rectificatif à la Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome relativement au manquement par la République du Malawi à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Situation au Darfour, Soudan).

CPI, Ch. prélim. I, 13 décembre 2011, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome relativement au manquement par la République du Tchad à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l'arrestation et

de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Situation au Darfour, Soudan).

CPI, Ch. de 1ère instance I, jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06-2842-tFRA.

CPI, Ch. de 1ère instance, 14 mars 2012, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06.

CPI, Ch. prélim. II, 9 avril 2014, Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour, ICC-02/05-01/09, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Situation au Darfour, Soudan).

CPI, Ch. prélim. II, 6 juillet 2017, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant la non-exécution par l'Afrique du Sud de la demande que lui a adressée la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Situation au Darfour, Soudan).

CPI, Ch. d'app., 29 mars 2018, Ordonnance invitant à une manifestation d'intérêt pour une intervention en qualité d'*amici curiae* dans le cadre d'une procédure judiciaire (conformément à la règle 103 du Règlement de procédure et de preuve), ICC-02/05-01/09 OA2, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (Situation au Darfour, Soudan).

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Affaire *Akayesu* · V. §§ 113-114
Affaire *Al-Adsani* · V. §§ 175-183
Affaire *Cruz Varas* · V. §§ 83-91
Affaire *Delalic* · V. §§ 115-116
Affaire *Furundzija* · V. §§ 117-126
Affaire *Mamatkoulov* · V. §§ 92-96
Affaire *Naït-Liman* · V. §§ 508-517
Appréciation *in concreto* · V. §§ 313-318
Argument d'autorité · *V. §§ 392-400*
Assurances diplomatiques · *V. §§ 430, 486-487*
Attribution d'un fait internationalement illicite · *V. §§ 146-148*
Autoélargissement · *V. §§ 347-350, 357*
Autolimitation · V. §§ 359, 362-366, 367-369
Autorégulation · V. §§ 347, 355, 357, 363, 409, 442
Autorité persuasive · *V. §§ 391, 397 et suiv., 405, 422*

C

Cherry-picking · V. §§ 429-431, 441
Communauté judiciaire internationale · *V. §§ 419-424*
Compétence universelle
  En matière civile · *V. §§ 508 et suiv.*
  En matière pénale · *V. §§ 495 et suiv.*
Consolidation du pouvoir judiciaire · *V. §§ 406-408*
Constitutionnalisation du droit international · *V. §§ 539, 568-574*
Contrôle de conventionnalité · *V. §§ 554-559*
Contrôle effectif · V. §§ 149-154, 163-170
Contrôle global · *V. §§ 156-162*
Convergence normative · V. §§ 347 et suiv., 387, 440 et suiv.
Corpus juris international des droits de l'Homme · *V. §§ 547 et suiv.*
Cosmopolitisme juridique · *V. §§ 127-129, 134*
Cosmopolitisme normatif · *V. § 545*
Cour constitutionnelle européenne · *V. §§ 560-563*

D

Déclaration de San José · *V. §§ 267 et suiv.*
Décloisonnement interprétatif · *V. §§ 139-140, 354, 547*
Dialogue à géométrie variable · *V. §§ 276-281, 447-455*
Disparitions forcées · V. §§ 238, 247, 248-250, 292-293, 385, 435, 437, 481, 483-484, 490
Droit cosmopolitique · *V. §§ 129-133*
Droit d'accès au juge · *V. §§ 523 et suiv.*
Droits de l'homme et droit international humanitaire
  Complémentarité · *V. §§ 242-243, 245*
  Dans la jurisprudence de la Cour EDH · *V. §§ 248-257*
  Dans la jurisprudence de la Cour IADH · *V. §§ 246-247*

E

Effet utile · V. §§ 76-77, 81, 93, 350, 543, 546
Extraterritorialité
  Convention européenne · *V. §§ 462-468*
  Traités internationaux de protection des droits de l'Homme · *V. §§ 469 et suiv.*

F

Fonction d'interprétation constitutionnelle · *V. §§ 530-539*
Fragmentation du droit international · *V. §§ 363-364, 368-369*

H

Harmonisation systémique · *V. §§ 322-323*

I

Immunité civile des États · *V. §§ 174-183, 198, 386, 591*
Immunité pénale individuelle · *V. §§ 201 et suiv.*
Incorporation des normes internationales en droit interne · *V. §§ 418, 537-540*
Interdiction des lois d'amnistie · *V. §§ 500 et suiv.*
Interprétation
  Évolutive · *V. §§ 95, 240, 246, 302, 316-317, 409, 544, 352, 560*
  Extensive · *V. §§ 92, 96, 348, 386, 419, 429, 546*
  Globale par contextualisation normative et systémique · *V. §§ 136-140, 547, 549, 579*
  Restrictive · *V. §§ 91, 198, 201 et suiv., 377, 386,*

J

Jus cogens
  Effets · *V. §§ 295 et suiv.*
  En droit international · *V. §§ 286 et suiv.*
  Prohibition de la torture · *V. §§ 117 et suiv.*

L

Légitimation du pouvoir judiciaire · *V. §§ 415-418*

N

Normes de référence transversales · *V. §§ 542-547*

O

Objectivisme jurisprudentiel · V. §§ 132, 233, 235, 334, 336, 500, 575
Ordre juridique international des droits de la personne · *V. §§ 137, 409-413, 547*
Ordre public
  Européen · *V. §§ 228, 321 et suiv., 465, 562*
  Interaméricain · *V. §§ 327 et suiv.*
  International · *V. §§ 334 et suiv.*

P

Précédent en droit international
  Nature · *V. §§ 374 et suiv.*
  Valeur · *V. §§ 383 et suiv.*
Principe d'intégration systémique · *V. §§ 363-364, 367*
Principe de non-refoulement · *V. §§ 479-481*
Principe interprétatif *pro homine, pro persona* · *V. §§ 327, 447, 547, 551*

R

Raisonnement judiciaire · *V. §§ 353 et suiv., 371, 405*
Rapports
  Entre Cour EDH et CJUE · *V. §§ 276-281*
  Entre ordres juridiques internes et ordre juridique international · *V. §§ 537-540*
Régimes spéciaux (*self-contained regimes*) · *V. §§ 360, 365-366, 379, 546, 562*
Responsabilité aggravée de l'État · *V. §§ 435-440*
Restitutions extraordinaires · *V. §§ 462, 482-492*
Retenue judiciaire · *V. §§ 194, 367 et suiv.*

S

Standards de protection · V. §§ 233-240, 273-274, 276, 278, 299-300, 338, 349, 351, 356-357, 367 et suiv., 418, 538, 540, 546, 552, 574, 579
Stare decisis · V. §§ 372 et suiv., 442, 444
Subjectivisation de l'individu · *V. § 235*

T

Torture
  Acte de viol et violences sexuelles · *V. §§ 103-109*
  Convention contre la torture · *V. §§ 101-102, 438 et suiv.*
  Déclaration contre la torture · *V. §§ 100-101*
  En droit international humanitaire · *V. § 243*
  En droit international pénal · *V. §§ 258-264*

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements v
Liste des abréviations et sigles utilisés vii
Sommaire ix
Introduction 1
§ 1. Objet de la recherche 6
A. La notion de dialogue juridictionnel 6
B. La prohibition de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants 14
C. Les acteurs du dialogue juridictionnel 21
§ 2. Intérêt de la recherche 34
A. Intérêt scientifique 34
B. Intérêt social 35
§ 3. Construction de la recherche 38
A. Approche méthodologique de l'objet de recherche 38
B. La problématique de l'étude 40

PARTIE I. LA CONTRIBUTION DU DIALOGUE JURIDICTIONNEL À LA RÉALISATION DE LA CONVERGENCE NORMATIVE DANS LE DOMAINE DE LA PROTECTION DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE LA PERSONNE 45

TITRE I. LES TECHNIQUES JURIDIQUES DU DIALOGUE: DIALECTIQUE ENTRE MÉTHODE D'INTERPRÉTATION ET SOURCE DU DROIT 49
Chapitre 1. Les pratiques convergentes du dialogue et la technique comparative : des interprétations extensives ? *51*
Section 1. Le dialogue comme facteur de revirement jurisprudentiel 51
§ 1. L'usage du dialogue en vue de la mise en œuvre d'un raisonnement juridique évolutif 52
A. Unité des fonctions et diversité des fondements des mesures provisoires 52
B. Une technique judiciaire de prévention des violations des droits de l'Homme dans le système interaméricain 55
C. Une convergence initiale partielle quant à la portée obligatoire des mesures provisoires 57
§ 2. Le dépassement des contradictions par la consécration d'un raisonnement juridique global : l'unanimité quant à la portée contraignante des mesures provisoires 70
A. L'impulsion déterminante de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Lagrand* 71
B. Un cheminement long et complexe dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 76
Section 2. Le dialogue comme facteur d'harmonisation jurisprudentielle 87
§ 1. Les positions internationales communes au fondement d'un raisonnement juridique global 87
A. L'identification de l'acte de viol comme constitutif d'un acte de torture 88
B. La consécration explicite de la prohibition de la torture comme une norme du *jus cogens* 99
§ 2. Droit cosmopolitique et interprétation jurisprudentielle des droits de la personne 111
A. Droit cosmopolitique et dialogue inhérent aux droits de l'Homme 112
B. Droit cosmopolitique et globalisation des méthodes d'interprétation des droits de la personne 117
CONCLUSION DU CHAPITRE PREMIER 123
Chapitre 2. Les pratiques divergentes du dialogue et la technique comparative : des interprétations restrictives ? *125*
Section 1. La réaffirmation des spécificités du système juridique par le refus du dialogue 126
§ 1. La primauté traditionnelle des positions jurisprudentielles intrasystémiques 127
A. La libre appréciation de l'interprète face à l'absence de la règle de la *stare decisis* : l'exemple de l'attribution d'un fait internationalement illicite à l'État 127
B. La libre appréciation de l'interprète face à l'attribution d'un fait à l'État selon le critère du contrôle effectif en droit international public 131
§ 2. La nature de l'organe de protection comme limite à un dialogue constructif 135
A. Le cloisonnement des positions jurisprudentielles à travers le dialogue asymétrique : l'attribution d'un fait à l'État selon le critère du contrôle global 136
B. La cristallisation d'une jurisprudence divergente à l'égard d'une question juridique commune 141
Section 2. La confirmation de l'absence de consensus par l'utilisation intéressée du dialogue 148
§ 1. L'incorporation artificielle des éléments extra-systémiques 148
A. La confrontation entre la prohibition de la torture en tant que norme impérative et l'immunité civile des États 149
B. Le débat irrésolu à l'égard d'un conflit potentiel entre une règle substantielle et une règle procédurale 160
§ 2. L'absence de consensus comme rempart à un dialogue effectif : le dialogue difficile entre ordres juridiques distincts 166

A. L'interprétation restrictive de la Cour internationale de justice à l'égard de l'immunité pénale individuelle ... 167
B. La volonté d'affranchissement à l'égard de l'immunité d'un chef d'État en exercice ... 174
CONCLUSION DU DEUXIÈME CHAPITRE ... 187
CONCLUSION DU TITRE I ... 189
TITRE II. L'INTERDÉPENDANCE MATÉRIELLE DES SYSTÈMES JURIDIQUES DE PROTECTION FACE À LEUR INDÉPENDANCE FORMELLE ... 191
Chapitre 1. La perméabilité entre les systèmes juridiques de protection, entre pluralisme et universalisme ... 193
Section 1. Une protection plurielle des droits de la personne dans l'ordre juridique international ... 193
§ 1. La singularité des systèmes juridiques de protection des droits de la personne ... 193
A. La spécificité des traités de protection des droits de la personne ... 193
B. La distinction ou dialectique entre cadre universel et cadres régionaux ... 202
§ 2. Une continuité dans la protection des droits de la personne dans l'ordre juridique international ... 206
A. Des rapports complémentaires entre droit international des droits de l'Homme et droit international humanitaire ... 206
B. Le droit international des droits de l'Homme et le droit international humanitaire dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine ... 212
C. Le droit international des droits de l'Homme et le droit international humanitaire dans la jurisprudence de la Cour européenne ... 217
D. L'apport original du système de justice pénale internationale ... 225
Section 2. La tendance à l'harmonisation par la construction de valeurs communes ... 230
§ 1. Un dialogue régional renforcé à travers la Déclaration de San José ... 230
A. Les objectifs de la Déclaration de San José ... 231
B. La portée espérée de la Déclaration de San José ... 234
§ 2. Les incertitudes à l'égard d'un dialogue globalisé ... 236
A. Les risques d'un dialogue concentré à géométrie variable ... 237
B. L'impossibilité de rapports formellement institutionnalisés entre juridictions internationales ? ... 238
CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE ... 245
Chapitre 2. La convergence jurisprudentielle, reflet de la concrétisation d'une hiérarchisation normative matérielle ... 247
Section 1. Les positions jurisprudentielles communes à l'égard des normes impératives du droit international 247
§ 1. Le caractère multidimensionnel des normes du jus cogens ... 247
A. Les références au *jus cogens* dans la jurisprudence internationale ... 247
B. L'indétermination irrésolue des normes impératives dans l'ordre juridique international ... 255
§ 2. Le caractère indérogeable reconnu à la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements ... 260
A. Une portée absolue reconnue à la prohibition de la torture par le droit international ... 260
B. Une portée indérogeable atténuée par l'inévitable appréciation *in concreto* des actes de torture et de mauvais de traitements ... 266
Section 2. La consolidation d'un ordre public international : entre volontarisme étatique et objectivisme jurisprudentiel ... 272
§ 1. L'émergence première d'un ordre public régional ... 273
A. L'exemple du système européen ... 273
B. L'exemple du système interaméricain ... 278
§ 2. L'ordre public international : une notion relative aux contours imprécis ... 283
A. Un rempart contre l'arbitraire étatique ... 284
B. Un rempart contre l'arbitraire judiciaire ... 287
CONCLUSION DU DEUXIÈME CHAPITRE ... 293
CONCLUSION DU TITRE II ... 295
PARTIE II. LA CONTRIBUTION DU DIALOGUE JURIDICTIONNEL À LA SYSTÉMATISATION DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE LA PERSONNE PAR LE RENFORCEMENT DU POUVOIR JUDICIAIRE ... 297
TITRE I. LES FONCTIONS DU DIALOGUE : DIALECTIQUE ENTRE COLLABORATION ET CONCURRENCE ... 299
Chapitre 1. Les fonctions de l'usage du dialogue dans l'interprétation jurisprudentielle ... 301
Section 1. La dialectique entre autoélargissement et autolimitation ... 301
§ 1. Le dépassement des contraintes intrinsèques au système juridique de protection ... 302
A. Le renforcement de la liberté d'interprétation par l'usage de sources externes ... 303
B. L'enrichissement des décisions judiciaires par l'usage du dialogue ... 308
§ 2. La confrontation à des contraintes extrinsèques au système juridique de protection ... 312
A. Une limitation spontanée de la marge d'appréciation de l'interprète ... 313
B. La consolidation de standards d'interprétation par l'émergence d'une retenue judiciaire ... 321
Section 2. La gradation de l'autorité des éléments extra-systémiques ... 326
§ 1. L'assimilation des éléments extra-systémiques à des précédents ... 327
A. La nature particulière du précédent en droit international ... 327

B. La valeur des précédents dans le contexte de la pluralité de systèmes de protection des droits de la personne 335
§ 2. À la recherche d'une autorité réelle attachée aux éléments extra-systémiques 340
A. Le face-à-face avec une autorité incertaine 340
B. Entre autorité persuasive et argument d'autorité 346
CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE 351
Chapitre 2. Les fonctions de l'usage du dialogue dans la pratique jurisprudentielle 353
Section 1. Le dialogue comme instrument de légitimation et de reconnaissance 354
§ 1. Rayonnement jurisprudentiel et stratégie argumentative à travers une technique juridique comparative 354
A. Le dialogue comme moyen d'intégration de la communauté judiciaire 355
B. Le dialogue comme moyen de consolidation du pouvoir judiciaire 357
C. Le dialogue comme moyen de coordination des systèmes juridiques de protection des droits de la personne 361
§ 2. Le dialogue au service de la légitimation du pouvoir juridictionnel 368
A. La légitimation du pouvoir juridictionnel à l'égard de ses destinataires 368
B. La légitimation du pouvoir de la communauté judiciaire internationale 374
Section 2. Le risque d'instrumentalisation du dialogue comme facteur de fragmentation et de concurrence 381
§ 1. Le risque de dénaturation des éléments extra-systémiques par la pratique du dialogue 381
A. L'incorporation et l'interprétation des éléments extra-systémiques 382
B. La pratique du dialogue comme rempart contre l'inertie du droit 386
§ 2. Le phénomène du cherry-picking, une réalité dans la pratique du dialogue 392
A. Le désordre inhérent à un droit multiple 393
B. La pratique d'un dialogue à géométrie variable : l'exemple de la CIJ 397
CONCLUSION DU DEUXIEME CHAPITRE 405
CONCLUSION DU TITRE I 407
TITRE II. LA TENDANCE À LA CONSTITUTIONNALISATION DE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL À TRAVERS L'INTERPRÉTATION CONVERGENTE DES DROITS 409
Chapitre 1. La détermination de principes communs de protection découlant de l'interprétation jurisprudentielle 411
Section 1. L'application extraterritoriale des traités internationaux de protection des droits de l'Homme 411
§ 1. La convergence quant aux critères de l'extraterritorialité en matière de droits de l'Homme 412
A. La notion de contrôle et l'application extraterritoriale de la Convention européenne 412
B. La position des autres organes internationaux quant à la portée extraterritoriale des traités de protection des droits de l'Homme 418
§ 2. Le champ d'application extraterritorial de la prohibition de la torture et autres formes de mauvais traitements 427
A. L'application extraterritoriale du principe de non-refoulement 427
B. L'applicabilité extraterritoriale à l'égard des disparitions forcées et des restitutions extraordinaires 432
Section 2. Les poursuites extraterritoriales en matière de prohibition de la torture 443
§ 1. La reconnaissance aboutie de la compétence universelle en matière pénale 444
A. La consécration du principe de compétence universelle pénale en matière de torture 444
B. La convergence quant à l'interdiction générale des lois d'amnistie face aux violations graves du droit international 451
§ 2. L'absence de compétence universelle en matière civile en cas d'allégations d'actes de torture 457
A. La consécration de l'absence de compétence universelle en matière civile pour des actes de torture par l'affaire *Naït-Liman* de la Cour EDH 457
B. L'état du droit international figé en l'absence d'un consensus quant à la compétence universelle civile pour des actes de torture 465
C. Le statut contesté du droit d'accès au juge face à l'extraterritorialité des actes de torture 470
CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE 477
Chapitre 2. Les organes internationaux de protection des droits de la personne : des Cours suprêmes de facto? 479
Section 1. Dialogue entre interprètes des droits de la personne : juges des droits, juges du droit? 479
§ 1. Une fonction d'interprétation constitutionnelle 480
A. Le contrôle *de facto* de l'exercice du pouvoir en dans les ordres juridiques internes 480
B. Un renouveau des rapports entre ordres juridiques internes et ordre juridique international 484
§ 2. La réalisation de l'unité interprétative du droit 488
A. La construction jurisprudentielle de normes de référence transversales 488
B. L'enjeu de l'incorporation des normes de références dans les ordres juridiques internes 496
Section 2. La structuration de l'ordre juridique international autour de standards minimums de protection 500
§ 1. L'accroissement de l'effectivité des droits de la personne à travers l'interprétation harmonisée 500
A. Un contrôle de conventionnalité perfectionné dans le cadre du système interaméricain 500
B. La Cour européenne des droits de l'Homme : une Cour constitutionnelle européenne ? 504

§ 2. L'organisation de l'ordre juridique international en réseau ordonné à travers l'exercice du pouvoir judiciaire 509
A. Une approche du constitutionnalisme global dans l'ordre juridique international 510
B. La pratique du dialogue comme moyen d'autorégulation de pouvoirs judiciaires multiples 517
CONCLUSION DU DEUXIÈME CHAPITRE 523
CONCLUSION DU TITRE II 525
CONCLUSION GÉNÉRALE 527
BIBLIOGRAPHIE 535
INDEX ALPHABÉTIQUE 595