

La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges

Silviana Cocan

Special Issue, December 2020

70 ans de la *Convention européenne des droits de l'homme* : L'Europe et les droits de la personne

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1078555ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1078555ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Cocan, S. (2020). La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 573–592.
<https://doi.org/10.7202/1078555ar>

Article abstract

The present article aims to consider the interpretation of *European Convention* through the prism of the judge's dialogue which, as a spontaneous phenomenon, is left to the discretion of European Court of Human Rights. Thus, while the latter's jurisprudence is often cited as a vital reference in the jurisprudential practice of the other international bodies of protection of human rights, the degree to which the Court is open to external sources varies. Indeed, the practice of judicial dialogue through the incorporation of extra systemic elements in the interpretation of the *European Convention*, remains limited and geometrically variable, although it tends to be accentuated progressively with the development of its jurisprudence in conformity with the other instruments and decisions that fall within the international legal system and the protection of human rights.

LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LE DIALOGUE DES JUGES

*Silviana Cocan**

Le présent article a pour objet d'envisager l'interprétation de la *Convention européenne* à travers le prisme du dialogue des juges qui, en tant que phénomène spontané, est laissé à la libre appréciation de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, si la jurisprudence de cette dernière est souvent citée comme une référence incontournable dans la pratique jurisprudentielle des autres organes internationaux de protection des droits de l'Homme, le degré d'ouverture de la Cour aux sources externes est variable. En effet, sa pratique du dialogue juridictionnel, à travers l'incorporation d'éléments extrasystémiques dans l'interprétation de la *Convention européenne*, demeure limitée et à géométrie variable, bien qu'elle tende à s'accroître au fur et à mesure du développement de sa jurisprudence en conformité avec les autres instruments et décisions qui relèvent de l'ordre juridique international et de la protection des droits de la personne.

The present article aims to consider the interpretation of *European Convention* through the prism of the judge's dialogue which, as a spontaneous phenomenon, is left to the discretion of European Court of Human Rights. Thus, while the latter's jurisprudence is often cited as a vital reference in the jurisprudential practice of the other international bodies of protection of human rights, the degree to which the Court is open to external sources varies. Indeed, the practice of judicial dialogue through the incorporation of extra systemic elements in the interpretation of the *European Convention*, remains limited and geometrically variable, although it tends to be accentuated progressively with the development of its jurisprudence in conformity with the other instruments and decisions that fall within the international legal system and the protection of human rights.

El presente artículo tiene como objetivo de considerar la interpretación de la *Convención Europea* a través del prisma del dialogo de los jueces, el que, como fenómeno espontaneo, es dejado a la libre apreciación de la Corte europea de derechos humanos. Entonces, si, de manera seguida, la jurisprudencia de la corte es citada como una referencia esencial en la practica jurisprudencial de los otros organismos internacionales de protección de derechos humanos, el grado de su apertura hacia las fuentes externas puede ser variable. En realidad, su práctica del dialogo jurisdiccional a través de elementos extra sistémicos en la interpretación de la *Convención europea* sigue limitada y con geometría variable, aunque tiende a acentuarse a medida que se desarrolla su jurisprudencia en conformidad con los otros instrumentos y decisiones que dependen del orden internacional jurídico y de la protección de los derechos humanos.

* Silviana Cocan est docteur en droit international de l'Université de Bordeaux et de l'Université Laval. Elle est chercheuse postdoctorale à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

La signature de la *Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales (CEDH)* à Rome, le 4 novembre 1950¹, 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*². Si la *CEDH* 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'homme³. Cette création inédite a été perçue, dès ses débuts, comme un « triomphe [partiel] de l'Humanisme juridique »⁴ dans la mesure où de nombreux États devaient encore ratifier la *CEDH*⁵. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, la Cour européenne ou la Cour EDH) 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*⁶. Ainsi, en raison de son ancienneté et de son statut de pionnière, la Cour EDH est devenue rapidement 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 abouti⁷. Ce constat entraîne un « rayonnement » de la jurisprudence de la Cour à laquelle tant les juridictions internationales que les juridictions nationales se réfèrent de façon constante⁸. Par exemple, la lecture des arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après, la Cour interaméricaine ou la Cour IADH) montre que les références à la jurisprudence de la Cour EDH sont régulières et quasi-systématiques⁹. Envisager la pratique de la Cour européenne à travers le prisme du dialogue des juges, implique de s'intéresser à l'interprétation et à l'application de la *CEDH* dans le contexte de ses interactions avec les autres instruments du droit international et de ses rapports avec les autres systèmes de protection des droits de la personne, qu'ils

¹ *Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953) [*CEDH* ou *Convention européenne*].

² *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217A (III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp n° 13, Doc NU A/810 (1948) 71 [*Déclaration*]. Pour un historique de l'adoption de la *Déclaration*, voir Emmanuel Decaux, « Brève histoire juridique de la Déclaration universelle des droits de l'homme » (2018) 116 RTDH 838.

³ Initialement, la Commission européenne se voit reconnaître une compétence pour examiner les requêtes individuelles relatives à des violations de la *CEDH*, tandis que la Cour n'a qu'un rôle subsidiaire.

⁴ René-Jean Dupuy, « La Commission européenne des droits de l'homme » (1957) 3 AFDI 449 à la p 449. En 2020, le Conseil de l'Europe compte 47 États membres.

⁵ C'est le Protocole n° 11 à la *CEDH*, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998, qui a mis en place « la nouvelle Cour » avec la reconnaissance d'un droit de recours individuel direct aux particuliers. Voir Ronny Abraham, « La réforme du mécanisme de contrôle de la *Convention européenne des droits de l'homme* : le Protocole n° 11 à la Convention » (1994) 40 AFDI 619.

⁷ Voir par ex Jean-Pierre Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 7^e éd, Paris, Dalloz, 2016 et Bostjan M Zupancic, *Sur la Cour européenne des droits de l'homme : Rétrospective d'un initié (1998-2016)*, Paris, L'Harmattan, 2018.

⁸ Gérard Cohen-Jonathan et Jean-François Flauss, dir, *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005; Voir aussi Jean-Paul Costa, *La Cour européenne des droits de l'homme : des juges pour la liberté*, 2^e éd, Paris, Dalloz, 2017 et Christos Giannopoulos, « L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme » (2018) RDLF, thèse n° 2 (résumé).

⁹ Voir par ex Tania Groppi et Anna Maria Lecis Cocco Ortu, « Cour européenne et Cour interaméricaine des droits de l'homme : de l'influence au dialogue? », (2014) 4 :100 Rev fr dr constl 971.

soient universels ou régionaux, dotés d'organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels¹⁰.

La notion de dialogue juridictionnel peut se définir comme un échange d'idées, d'arguments, de raisonnements et de points de vue, échange qui se matérialise dans les décisions de justice¹¹. Le dialogue des juges 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 ambivalentes – compétition ou concurrence – [et qui] peuvent éventuellement favoriser l'émergence et le développement, par le biais de divers mécanismes, de corpus international de protection¹².

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 systèmes concernés par la protection des droits de la personne »¹³. Le dialogue des juges implique un « échange direct d'arguments entre [les juges] au cours de l'exercice de leur fonction juridictionnelle »¹⁴. Dans la mesure où il s'agit d'une pratique spontanée, laissée à la libre appréciation de l'interprète, 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 multidimensionnel¹⁵.

¹⁰ Sur le dialogue des juges dans l'ordre juridique international, voir notre contribution : Silvana 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*, à paraître aux Éditions LGDJ-Lextenso dans la « Collection des thèses » en partenariat avec Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie - Louis Joinet.

¹¹ Julie Allard et Arnaud Van Waeyenberge, « De la bouche à l'oreille? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger » (2008) 61:2 RIEJ aux pp 115-16 [Allard et Van Waeyenberge].

¹² Sandrine Turgis, *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Paris, Pedone, 2012 à la p 19.

¹³ *Ibid.* Voir aussi Stéphane Jacquemet, « The cross-fertilization of international humanitarian law and international refugee law » (2001) 83:843 RICR 651; Gérard Cohen-Jonathan et Jean-François Flauss, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général » (2006) 49 AFDI 662; Ludovic Hennebel, « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », Le dialogue des juges, colloque, présenté à l'Université libre de Bruxelles, 28 avril 2006, Bruxelles, Bruylant, 2007.

¹⁴ Laurence Potvin-Solis, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe » dans François Lichère, Laurence Potvin-Solis et Arnaud Raynouard, dir, *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2004 à la p 26.

¹⁵ Allard et Van Waeyenberge, *supra* note 11 à la p 117; Laurence Burgorgue-Larsen, « De l'internationalisation du dialogue des juges - Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois » dans Bruno Genevois, dir, *Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009 à la p 97.

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] »¹⁶.

Ainsi, lorsqu'il est envisagé de manière explicite dans l'ordre juridique international, le dialogue judiciaire se caractérise principalement par la référence opérée par un juge à une décision étrangère à son propre système juridique, mais également par la référence globale à d'autres systèmes juridiques de protection de droits similaires ainsi qu'à leurs instruments conventionnels. Par conséquent, si la Cour EDH et sa jurisprudence sont souvent citées dans les décisions d'autres organes internationaux, la Cour elle-même a une pratique assez limitée en ce qui concerne la référence à des éléments extrasystémiques lorsqu'elle interprète les droits et libertés protégés par la *CEDH*. En effet, il est important de souligner que les sources externes sont parfois citées dans les affaires clefs soulevant des questions particulièrement importantes devant la Cour, mais bien plus souvent, celles-ci sont mentionnées dans les arrêts au moment de l'énumération du droit applicable et tout particulièrement, lorsqu'il est fait référence au droit international pertinent, sans qu'elles constituent le fondement de la solution adoptée par la Cour EDH. En effet, les éléments extrasystémiques sont souvent proposés et intégrés dans les arguments des requérants et des tiers intervenants, qu'il s'agisse des organisations non gouvernementales, des organismes nationaux ou internationaux ou des acteurs de la société civile impliqués dans la protection des droits de la personne. Toutefois, ces références sont rarement intégrées dans l'appréciation en droit et le raisonnement adoptés par la Cour européenne qui restent très largement argumentés et justifiés par rapport à sa propre jurisprudence et cela, de façon constante. Ce constat soulève des questionnements quant aux fonctions que revêt le dialogue des juges dans l'interprétation de la *CEDH* par la Cour.

Au regard de la jurisprudence de la Cour, plusieurs tendances se dessinent dans sa pratique à l'égard du dialogue juridictionnel. La situation exceptionnelle est celle de la référence à des éléments extrasystémiques comme source de revirements jurisprudentiels (I). Parallèlement, la Cour EDH interprète régulièrement le texte de la *CEDH* à la lumière des autres instruments internationaux pertinents et des décisions rendues par d'autres organes internationaux de protection des droits de la personne. Néanmoins, l'incorporation des sources externes ne conduit pas toujours à une approche dynamique de la *CEDH*, mais, au contraire, peut aboutir à un *statu quo* jurisprudentiel conforme au droit international positif (II).

¹⁶ Paul Martens, « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelle », Le dialogue des juges, colloque, présenté à l'Université libre de Bruxelles, 28 avril 2006, Bruxelles, Bruylant, 2007 à la p 9; Allard et Van Waeyenberge, *supra* note 11 à la p 115; Julie Allard et Laura Van Den Eynde, « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit : arguments entre idéalisation et scepticisme », dans Isabelle Hachez, dir, *Les sources du droit revisitées*, vol 3, Bruxelles, Anthemis, 2013.

I. La référence à des éléments extrasystémiques comme source de revirements jurisprudentiels

La référence à des éléments extrasystémiques a pu permettre à la Cour européenne de mettre en lumière, dans un premier temps, l'absence de consensus à l'égard du caractère obligatoire des mesures provisoires puis, dans un second temps, en observant la pratique des autres organes internationaux, la cristallisation d'une opinion internationale commune à l'égard de cette question. Ainsi, la Cour EDH a été la dernière institution internationale de protection des droits de la personne à adopter l'interprétation selon laquelle les mesures provisoires ont une portée juridiquement contraignante, en s'alignant tardivement sur la position des autres organes de protection. L'affaire *LaGrand*¹⁷ de la Cour internationale de justice (CIJ) 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 (A). Dans l'arrêt *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 (B).

A. Divergence jurisprudentielle et interprétation restrictive de la *Convention européenne des droits de l'homme*

Tous les systèmes juridiques connaissent une procédure visant 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 juridictionnel¹⁸. Dans l'ordre international qu'il s'agisse des systèmes régionaux de protection européen¹⁹, américain²⁰ ou africain²¹ ou du cadre universel, avec les organes des traités des Nations Unies tels que le Comité des droits de

¹⁷ *Affaire LaGrand (Allemagne c États-Unis d'Amérique)*, [2001] CIJ Rec 466 [*Affaire LaGrand*].

¹⁸ Hélène Tigroudja, « L'(in)efficacité des mesures provisoires internationales en matière de prévention des violations des droits de l'homme », dans Emmanuel Decaux et Sébastien Touze, dir, *La prévention des violations des droits de l'homme*, colloque, présenté à l'Institut national des droits de l'homme, Paris, 13 et 14 juin 2013, Pedone, 2015 à la p 142.

¹⁹ Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme, *Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme* (1959), art 39(1) [*Règlement intérieur*].

²⁰ OEA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, Doc off OEA 36 (1969), art 63(2); OEA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme* (2000), art 25 (1); OEA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Règlement de la Commission interaméricaine des droits de l'homme* (2011), art 25 (1).

²¹ OUA, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Règlement intérieur de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples* (2010), art 98; *Protocole relatif à la Charte africaine portant création d'une Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples*, 9 juin 1998, Doc CM/2051 (LX VIII), art 27 (2).

l'homme²², le Comité contre la torture²³ et la CIJ²⁴ en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies²⁵, les mesures provisoires font l'objet de dispositions réglementaires ou conventionnelles²⁶ 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 téléologique²⁷. Ainsi, dans le domaine des droits de la personne, les mesures provisoires sont la marque de la juridictionnalisation de l'ordre international²⁸ avec une véritable vocation de prévention des violations des droits affirmés par l'instrument conventionnel. En effet, il est question d'une garantie procédurale judiciaire visant à l'adoption ou à la suspension d'actes ou mesures de la part des autorités étatiques, 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. Dans ce contexte d'urgence, le non-respect des mesures provisoires risque d'aggraver dès lors l'issue du différend, voire rendre sans objet une décision finale rendue en application du droit par l'organe juridictionnel.

En vertu de l'article 39 (1) de son *Règlement intérieur*, la Cour EDH, 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 ». Initialement, dans l'affaire *Cruz Varas*²⁹, la Cour EDH avait estimé qu'elle ne pouvait déduire de l'article 39(1) de son *Règlement intérieur* le caractère contraignant des mesures provisoires. Elle avait pourtant réaffirmé sa jurisprudence constante, réitérée à de multiples reprises selon laquelle la *CEDH* « doit se lire en fonction de son caractère spécifique de traité de protection d'êtres humains et ses exigences doivent se comprendre d'une manière qui les rende concrètes et effectives »³⁰. Elle estimait qu'en vertu de cette affirmation, la Commission et la Cour EDH 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

²² *Règlement intérieur*, *supra* note 19, art 92.

²³ *Ibid*, art 114 (1).

²⁴ *Statut de la Cour internationale de Justice*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7, art 41(1).

²⁵ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7, art 92.

²⁶ Seules les Cours américaine et africaine disposent d'une compétence conventionnelle quant à l'adoption de mesures provisoires.

²⁷ Guillaume Le Floch, *L'urgence devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008 aux pp 175-80. 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*. Voir aussi Robert Kolb, « Note on New International Case-law Concerning the Binding Character of Provisional Measures » (2005) 74 *Nordic J Int L* 117 à la p 129; Antonios Tzanakopoulos, « Provisional measures indicated by international courts: emergence of a general principle of international law » (2004) 57 *RHDI* 53 à la p 53.

²⁸ Jean-Marc Sorel, « Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions interétatiques (C.I.J. et T.I.D.M) », dans Hélène Ruiz-Fabri et Jean-Marc Sorel, dir, *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, Paris, Pedone, 2001 aux pp 45-53.

²⁹ *Affaire Cruz Varas et autres c Suède* (1991) 89 *CEDH* (Sér A) 15576 [*Cruz Varas*].

³⁰ *Ibid* au para 94. Voir aussi *Affaire Soering c Royaume-Uni* (1989) 88 *CEDH* (Sér A) 14038 au para 87.

explicite en la matière »³¹ en opérant ainsi un renvoi à l'article 41 du *Statut de la CIJ*, à l'article 63 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* et aux articles 185 et 186 du *Traité de Rome de 1957 instituant la Communauté économique européenne*³². Ainsi, 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] [...] 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 uniforme³³. [Nous soulignons]

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 [de la CEDH]³⁴ in fine ni d'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 [...]³⁵. [Nous soulignons]

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 contre³⁶. Les juges dissidents admettaient qu'à la différence d'autres instruments internationaux, la *Convention européenne* 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 l'objet et le but de la *CEDH*, 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 EDH³⁷.

Le caractère controversé des mesures provisoires et l'absence d'une conception harmonisée au regard de leur portée reflétaient l'état du droit international qui a influencé l'adoption d'une interprétation restrictive par la Cour EDH puisqu'elle ne pouvait déduire, des principes généraux du droit international et de la position des autres organes internationaux de protection, une quelconque portée obligatoire aux mesures conservatoires, étant donné que ces organes ne s'étaient pas

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Ibid* au para 101.

³⁴ L'article 25(1) de la *CEDH*, *supra* note 1, sur le droit d'un recours efficace auprès de la Commission européenne des droits de l'homme était libellé ainsi : « 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 ».

³⁵ *Cruz Varas*, *supra* note 29 aux para 102-03.

³⁶ *Ibid*, voir opinion dissidente aux para 2-3.

³⁷ *Ibid*, voir opinion dissidente au para 5.

encore prononcés sur la question, notamment le Comité des droits de l'homme, le Comité contre la torture ou la CIJ³⁸. Néanmoins, elle aurait pu accorder une plus grande importance au particularisme du système interaméricain³⁹, dans l'attente de l'alignement progressif d'autres organes internationaux de protection dont elle tiendra compte, quelques années plus tard, dans son arrêt de revirement *Mamatkoulov et Askarov*.

B. Convergence jurisprudentielle et interprétation extensive de la Convention européenne des droits de l'homme

L'affaire *Mamatkoulov et Askarov* jugée par la Cour EDH reste certainement, jusqu'à ce jour, la plus emblématique en ce qui concerne un revirement de jurisprudence grâce à la référence à des éléments extrasystémiques. Dans cette affaire, l'approche de la Cour est radicalement différente par rapport à l'arrêt *Cruz Varas* puisque le dialogue des juges, à travers l'intégration des sources externes, sera au service de la protection des droits de la personne, dans la mesure où il va légitimer une interprétation extensive et la réorientation complète de sa position jurisprudentielle⁴⁰.

Premièrement, la Cour EDH a développé un raisonnement en lien avec l'exercice du droit de recours individuel codifié à l'article 34 de la *CEDH*⁴¹, anciennement

³⁸ Voir parmi de nombreux commentaires : Gérard Cohen-Jonathan, « De l'effet juridique des mesures provisoires dans certaines circonstances et de l'efficacité du droit de recours individuel : à propos de l'arrêt de la Cour de Strasbourg *Cruz Varas* du 20 mars 1991 » (1991) 3:6 *RUDH* 205; Eduardo Garcia de Enterria, « De la légitimité des mesures provisoires prises par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme » (1992) 3:11 *RTDH* 251.

³⁹ Si, initialement, la portée obligatoire des mesures provisoires dans l'ordre juridique international ne faisait pas l'objet d'une position unanime, 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 américaine* et ces mesures font partie intégrante d'une technique judiciaire de prévention des violations des droits de la personne. Selon l'article 63(2), 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. Voir par ex *Affaire Velásquez-Rodríguez c Honduras* (1988), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 04 aux para 39-45; *Affaire Cour constitutionnelle c Pérou* (2001), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 71 au para 130. Voir aussi en ce sens Thomas Buergenthal, « Interim measures in the Inter-American Court of Human Rights », dans Rudolph Bernhardt, dir, *Interim measures indicated by International Courts*, Berlin, Springer VG, 1994 à la p 83; Jo M Pasqualucci, *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003 à la p 298.

⁴⁰ Voir notamment Gérard Cohen-Jonathan, « Sur la force obligatoire des mesures provisoires : l'arrêt de la Grande Chambre de la Cour européenne du 4 février 2005 » (2005) 109:2 *RGDIP* 421; Philippe Frumer, « 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 », (2005) 64 *RTDH* 799; Laurence Burgogue-Larsen, « De l'art de changer de cap. Libres propos sur les « nouveaux » revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », dans Paul Amselek, *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant 2004.

⁴¹ 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

l'article 25 avant l'entrée en vigueur du *Protocole n° 11*⁴². Elle estimait qu'il s'agissait d'un pilier essentiel de l'efficacité du système de la *Convention européenne*, dont le caractère singulier est d'être un traité de garantie collective des droits de l'homme⁴³. L'appréciation de la Cour démontre la prise en considération des arguments avancés par des tiers intervenants, susceptibles de suggérer la pratique du dialogue judiciaire et la référence à des sources externes. Si elle avait observé que l'article 39 du *Règlement* était d'interprétation stricte⁴⁴, 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 familiale⁴⁵, puisque la grande majorité de ces mesures avaient été adoptées dans des affaires d'expulsion et d'extradition⁴⁶.

Toutefois, puisque la Cour ne pouvait trouver la solution dans le texte de la *CEDH* et à l'intérieur de son système juridique, elle s'est tournée vers des éléments extrasystémiques 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 international⁴⁷, en soulignant que la *Convention européenne* s'interprétait conformément à la *Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (CVDT)*, dont l'article 31(3) c) 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 ». La Cour a exposé ainsi les bases interprétatives d'un raisonnement juridique ouvert, en accord avec les principes du droit international⁴⁸. Elle avait souligné la diversité des mesures provisoires dans l'ordre juridique international, émanant tant de juridictions que de quasi-juridictions⁴⁹, en remarquant également leur importance fondamentale eu égard à la pluralité de décisions et ordonnances rendues par les institutions internationales en la matière. Elle s'était référée précisément à la jurisprudence du Comité des droits de l'homme⁵⁰ et à celle de la Cour interaméricaine⁵¹, tout en mentionnant simplement le Comité contre la torture sans

violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la *CEDH* ou ses Protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit ».

⁴² Ireneu Cabral Barreto, « Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme » (2002) 15:2 RQDI 1.

⁴³ *Affaire Mamatkoulov et Askarov c Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, [2005] CEDH 2005-I aux para 100-04 [*Mamatkoulov*].

⁴⁴ *Ibid* au para 103.

⁴⁵ *Ibid* au para 104. Voir Olivier Delas, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme. De la consécration à la contestation*, Bruxelles, Bruylant, 2011 à la p 344.

⁴⁶ *Mamatkoulov*, *supra* note 43 au para 107.

⁴⁷ *Ibid* au para 110.

⁴⁸ *Ibid* au para 111.

⁴⁹ *Ibid* au para 112.

⁵⁰ *Ibid* au para 114. Voir aussi para 41 et 42 pour les décisions citées. 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*, *supra* note 19. Il a établi la portée obligatoire des mesures provisoires dans *Comité des droits de l'homme, Piandiong et al v The Philippines*, Doc off HCDH, 2000, 869/1999.

⁵¹ *Mamatkoulov*, *supra* note 43 au para 116.

d'autres précisions⁵². Néanmoins, afin d'opérer le revirement de jurisprudence, l'arrêt *LaGrand* de la CIJ est très largement détaillé dans l'arrêt⁵³, alors même que 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.

Au regard du principe de l'interprétation évolutive dégagée dans l'affaire *Loizidou*⁵⁴ et de l'article 31(1) de la *CVDT*⁵⁵, 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 à la décision finale au fond⁵⁶. Dans le dispositif de la décision, elle cite, dans un ordre qui n'est probablement pas aléatoire, la jurisprudence de la CIJ qui semble bénéficier d'une autorité interprétative renforcée pouvant lui donner la légitimité d'adopter une interprétation extensive de la portée des mesures provisoires; la jurisprudence de la Cour interaméricaine; celle du Comité des droits de l'homme et enfin, celle 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 provisoires⁵⁷. Dans la mesure où le respect des mesures provisoires est nécessaire pour l'examen efficace d'une requête, en tant qu'outil au service de l'effectivité de la protection prévue par la *CEDH*⁵⁸, la Cour conclut que toute inobservation d'une demande de telles mesures, devait constituer une violation de l'article 34 qui consacre le droit de recours individuel⁵⁹.

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 EDH. 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 pour conclure qu'il existait une position internationale commune à cet égard. Ainsi, si le dialogue apparaît comme facteur de revirements jurisprudentiels à travers la mise en œuvre 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.

⁵² *Ibid* au para 115. En effet, si aux para 44-45 de l'arrêt, plusieurs décisions du Comité contre la torture sont mentionnées, la Cour ne les reprend pas dans son raisonnement. Or, le Comité contre la torture 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*, *supra* note 18. Il a établi le caractère obligatoire des mesures provisoires en vertu de son *Règlement* dans Comité contre la torture, *TPS v Canada*, Doc off HCDH, 2000, 99/1997.

⁵³ *Mamatkoulov*, *supra* note 43 au para 117. L'*Affaire LaGrand*, *supra* note 17 de la CIJ est très largement détaillée au para 48 de l'arrêt.

⁵⁴ *Affaire Loizidou c Turquie (exceptions préliminaires)*, (1995) 89 CEDH (Sér A) 15318 au para 93 : la Cour précise également dans cette affaire que la *Convention européenne* est « un instrument de l'ordre public européen ».

⁵⁵ *Mamatkoulov*, *supra* note 43 au para 123 : la Cour renvoie au para 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, conformément au principe de l'effet utile.

⁵⁶ *Ibid* au para 123.

⁵⁷ *Ibid* au para 124.

⁵⁸ *Ibid* au para 125.

⁵⁹ *Ibid* aux para 128-129.

II. La référence à des éléments extrasystémiques comme fondement de l'harmonisation jurisprudentielle

Si la Cour européenne a affirmé le principe de l'interprétation de la *CEDH* en accord avec le droit international et la pratique des organes internationaux pertinents, l'usage des sources externes peut limiter la Cour dans l'adoption d'interprétations évolutives. En effet, la référence à des éléments extrasystémiques peut conduire la Cour à interpréter le texte de la *Convention* de façon restrictive afin de se conformer à l'état du droit international positif, à la pratique des États et à la jurisprudence d'autres organes internationaux (A). Néanmoins, malgré le défi de l'interprétation évolutive des droits de la personne, une brève rétrospective de la jurisprudence de la Cour EDH témoigne de l'appréciation de nombreux principes et notions clés de la *Convention européenne*, à la lumière d'éléments extrasystémiques (B). Par ailleurs, si le dialogue juridictionnel demeure une pratique spontanée dans l'ordre juridique international, laissée à la libre appréciation des interprètes, l'adoption de la *Déclaration de San José* au mois de juillet 2018 par les trois Cours des systèmes africain, européen et interaméricain semble annoncer le renforcement du dialogue des juges à l'échelle régionale (C).

A. Le défi de l'interprétation évolutive de la *Convention européenne* face aux éléments extrasystémiques

Dans l'affaire *Demir et Baykara*⁶⁰, la Cour EDH a précisé son approche à l'égard de l'interprétation des dispositions de la *Convention européenne* à la lumière d'autres textes et instruments internationaux. Tout d'abord, au regard de sa jurisprudence constante

[p]our déterminer le sens des expressions et formules contenues dans la Convention, [elle] s'inspire essentiellement des règles d'interprétation établies par les articles 31 à 33 de la [CVDT]. [Notamment au regard de la règle de l'article 31 § 1 de cette dernière,] [...] [E]lle doit établir le sens ordinaire à attribuer aux termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la disposition dont ils sont tirés, [tandis qu'au regard de l'article 32, elle peut faire appel] [...] à des moyens complémentaires d'interprétation soit pour confirmer un sens déterminé conformément aux étapes évoquées plus haut, soit pour établir le sens lorsqu'il serait autrement ambigu, obscur ou manifestement absurde ou déraisonnable [...] ⁶¹.

Dans cet arrêt, la Cour EDH a également souligné la diversité des textes et instruments internationaux qui sont utilisés pour l'interprétation de la *CEDH*,

⁶⁰ *Affaire Demir et Baykara c Turquie* [GC], n° 34503/97, [2008] CEDH [Demir].

⁶¹ *Ibid* au para 65. Voir aussi *Affaire Golder c Royaume-Uni* (1975), 18 CEDH (Sér A) au para 29; *Affaire Johnston et autres c Irlande* (1986), 112 CEDH (Sér A) aux para 51 et ss ; *Affaire Lithgow et autres c Royaume-Uni* (1986), 102 CEDH (Sér A) aux para 114 et 117; *Affaire Witold Litwa c Pologne*, n° 26629/95, [2000] III CEDH aux para 57-59; *Affaire Saadi c Royaume-Uni* [GC], n° 13229/03, [2008] CEDH au para 62.

notamment les traités internationaux applicables en la matière, les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ou les principes établis par des textes à portée universelle⁶² ou encore les instruments du Conseil de l'Europe comme les recommandations et les résolutions du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire⁶³. La Cour a appelé que

[...] la Convention est avant tout un mécanisme de défense des droits de l'homme, [qui doit être interprétée et appliquée] d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoires [et qui] doit aussi se lire comme un tout et s'interpréter de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions⁶⁴.

En guise de conclusion, la Cour EDH précise sa position quant à l'utilisation des éléments extrasystémiques en ces termes :

La Cour, quand elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des États européens reflétant leurs valeurs communes. Le consensus émergent des instruments internationaux spécialisés et de la pratique des États contractants peut constituer un élément pertinent lorsque la Cour interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques. [Nous soulignons] Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que l'État défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée. Il suffit à la Cour que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit interne de la majorité des États membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vues dans les sociétés modernes⁶⁵. [Nous soulignons]

Ce considérant de principe de l'arrêt *Demir et Baykara* clarifie et détaille la position de la Cour à l'égard de l'usage des sources externes en vue de l'interprétation et de l'application de la *CEDH*. Il intervient quelques années après l'affaire *Mamatkoulov et Askarov* alors même que cette dernière avait conduit à un revirement de jurisprudence grâce à la référence aux éléments extrasystémiques. Par ailleurs, il apporte des éclaircissements quant à l'approche de la Cour EDH à l'égard de l'impact du consensus émergent de la pratique des États et des instruments conventionnels dans le processus d'interprétation de la *CEDH*.

En effet, dès 2001, dans l'affaire *Al-Adsani*⁶⁶, la Cour EDH s'est attachée à démontrer que la prohibition de la torture consacrée par l'article 3 revêtait une

⁶² *Demir*, *supra* note 60 aux para 69-73.

⁶³ *Ibid* au para 74.

⁶⁴ *Ibid* au para 66.

⁶⁵ *Ibid* aux para 85-86. Voir aussi, pour une synthèse du raisonnement de la Cour et le rappel de sa jurisprudence constante, *Affaire Bayatyan c Arménie* [GC], n° 23459/03, [2011] CEDH au para 102.

⁶⁶ *Affaire Al-Adsani c Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, [2001] XI CEDH [*Al-Adsani*].

importance primordiale reconnue par plusieurs instruments internationaux⁶⁷ et par la pratique des organes internationaux⁶⁸. C'est ainsi que la Cour a admis, dans cet arrêt, « [...] [au regard des] précédents jurisprudentiels [notamment l'arrêt *Furundzija* du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie⁶⁹] que l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international [...] »⁷⁰. Toutefois, de manière très contradictoire, tout en se référant à plusieurs instruments internationaux et précédents jurisprudentiels pour admettre que la prohibition de la torture relevait du *jus cogens*, la Cour a jugé qu'il n'existait « aucun élément solide » permettant l'évincement de l'immunité de l'État étranger en cas d'action civile devant les juridictions d'un autre État, même en cas d'allégations d'actes de torture commis par les agents dudit État étranger⁷¹. Malgré les critiques⁷² et l'adoption de cette interprétation restrictive à une très faible majorité, à savoir 9 voix contre 8, la Cour européenne confirmera sa position notamment dans l'affaire *Jones c Royaume-Uni*⁷³. Dans le cadre d'un dialogue judiciaire qui peut être qualifié de symétrique, la CIJ, quant à elle, entérinera définitivement la question d'une exception à la règle de l'immunité de l'État en cas d'actions civiles en réparation sur la base d'allégations d'actes de torture, en prenant comme point central de référence l'affaire *Al-Adsani* jugée comme un précédent faisant autorité⁷⁴. Parallèlement, la Cour EDH, en se référant, à son tour, à la jurisprudence de l'organe judiciaire principal des Nations Unies, dans une affaire plus récente, *Nait-Liman c Suisse*⁷⁵, a confirmé l'absence de compétence universelle pour les juridictions civiles en matière de torture, n'excluant pas, « s'agissant d'un domaine dynamique, qu'il puisse connaître des développements à l'avenir »⁷⁶. Ces affaires phares démontrent que le dialogue des juges ne conduit pas toujours à des interprétations extensives favorables à la protection des droits de la personne et peut conduire au maintien d'un *statu quo* jurisprudentiel et de l'état du droit international positif en raison de l'absence de consensus dans la pratique interne des États cocontractants et de la diversité des positions interprétatives qui peuvent être adoptées par les autres organes internationaux ou par les juridictions nationales.

Parallèlement, au-delà de la question controversée de l'effet du *jus cogens* face aux règles relatives aux immunités, de manière ponctuelle, la Cour EDH s'est référée

⁶⁷ Voir notamment *Convention des Nations Unies contre la torture*, 10 décembre 1984, 1465 RTNU 85, art 5 (entrée en vigueur : 26 juin 1987), *Déclaration, universelle des droits de l'homme*, *supra* note 2, art 5 et *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, art 7 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

⁶⁸ *Al-Adsani*, *supra* note 66 aux para 25-29 : pour les mentions au droit international applicable en matière de prohibition de la torture.

⁶⁹ *Le Procureur c Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, jugement (10 décembre 1998) aux para 153-55 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <www.icty.org>.

⁷⁰ *Al-Adsani*, *supra* note 66 au para 61.

⁷¹ *Ibid* au para 61, nous soulignons.

⁷² *Ibid*, voir opinion dissidente commune à MM. Les Juges Rozakis et Cafisch, à laquelle déclarent se rallier M Wildhaber, M Costa, M Cabral Barreto et Mme Vajic.

⁷³ *Affaire Jones et autres c Royaume-Uni*, n° 34356/06 et 40528/06, [2014] CEDH.

⁷⁴ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c Italie; Grèce intervenant)*, [2012] CIJ Rec 99.

⁷⁵ *Affaire Nait-Liman c Suisse* [GC], n° 51357/07, [2018] CEDH.

⁷⁶ *Ibid* au para 220.

aux instruments internationaux pertinents et à la jurisprudence d'autres organes internationaux en vue de préciser le sens, le contenu et la portée des droits et libertés protégés et de déterminer certains principes et notions protégés par la *CEDH*. En envisageant l'interprétation de la *CEDH* à travers le prisme du dialogue des juges, plusieurs exemples non exhaustifs peuvent être mentionnés afin d'illustrer la pratique de la Cour à l'égard des emprunts normatifs auxquels elle a recours ponctuellement puisque la plupart de ses décisions sont justifiées directement au regard de sa jurisprudence.

B. Rétrospective de l'interprétation de la *Convention européenne* à la lumière des sources externes

Tout d'abord, l'arrêt *Marguš c Croatie*⁷⁷ a permis à la Cour EDH de faire référence à plusieurs éléments extrasystémiques pour affirmer qu'il existait une position internationale commune en ce qui concerne l'interdiction des amnisties pour des crimes internationaux, tels que les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre ou le crime de génocide⁷⁸. Parallèlement, dans une jurisprudence antérieure⁷⁹, à l'égard de la compétence universelle des juridictions en matière pénale, la Cour s'était référée notamment aux positions du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et au Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie pour déclarer l'amnistie incompatible premièrement, avec l'obligation d'enquête des États en cas d'allégations d'actes de torture; deuxièmement, avec l'obligation de poursuivre les personnes accusées de tels actes qui ont pu bénéficier d'une loi d'amnistie abusive au regard du droit international⁸⁰.

Ensuite, dans le contentieux de l'éloignement du territoire, dans l'arrêt *Popov c France*⁸¹, la Cour a conclu à la violation de l'article 3 de la *Convention européenne* en raison de la détention dans un centre de rétention administrative, en attente d'un refolement du territoire, de deux enfants en bas âge avec leurs parents, dans des conditions inadaptées à l'extrême vulnérabilité des enfants. Dans cette affaire, prenant en considération le large consensus qui existe, y compris en droit international⁸², la Cour EDH affirme que l'intérêt des enfants doit primer sur toutes les décisions les concernant conformément à l'article 3 de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*⁸³. Au regard des éléments extrasystémiques issus du droit international pertinent⁸⁴, la Cour souligne que

la sauvegarde de l'intérêt supérieur de l'enfant implique d'une part de maintenir, autant que faire se peut, l'unité familiale, d'autre part, d'envisager

⁷⁷ *Affaire Marguš c Croatie*, n° 4455/10, [2012] CEDH; *Affaire Marguš c Croatie* [GC], n° 4455/10, [2014] CEDH [*Marguš*].

⁷⁸ *Ibid* aux para 129-38.

⁷⁹ *Affaire Ould Dah c France* (déc), n° 13113/03, [2009] CEDH.

⁸⁰ *Marguš*, *supra* note 77 au para 126.

⁸¹ *Affaire Popov c France*, n° 39472/07 et 39474/07, [2012] CEDH.

⁸² *Ibid* au para 140.

⁸³ *Ibid* au para 141.

⁸⁴ *Ibid* aux para 64-68.

des alternatives afin de ne recourir à la détention des mineurs qu'en dernier ressort⁸⁵.

Par ailleurs, dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres c Italie*⁸⁶, la Cour se prononçait, pour la première fois, sur l'applicabilité de l'interdiction des expulsions collectives de l'article 4 du *Protocole n°4 à la CEDH*, à l'éloignement d'étrangers vers un État tiers effectué en dehors du territoire national, puisque les migrants avaient été interceptés en haute mer et débarqués sur les côtes libyennes. En établissant que les requérants avaient été exposés à un risque réel de subir des traitements contraires à l'article 3 de la *Convention européenne*, la Cour EDH a rappelé les obligations qui s'imposent aux États en vertu du droit international des réfugiés, notamment au regard du principe de non-refoulement⁸⁷, consacré également par la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*⁸⁸. En l'espèce, elle avait conclu à la violation de l'article 4 du *Protocole n°4* dans la mesure où l'éloignement des migrants interceptés en haute mer avait eu un caractère collectif en raison de l'absence d'examen des situations individuelles⁸⁹. Dans l'affaire *N.D. et N.T. c Espagne*, jugée en février 2020 par la Grande Chambre⁹⁰, la Cour inscrit la définition des expulsions collectives dans le contexte du droit international en se référant notamment au Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté par la Commission du droit international⁹¹. Toutefois, en l'espèce, elle conclut à l'absence de violation de l'article 4 du *Protocole n°4* jugeant que l'absence de décisions individuelles d'éloignement était la conséquence du propre comportement des requérants⁹², bien cette solution soit critiquable au regard de la gestion actuelle des migrations par les États européens et des risques auxquels font face les personnes en situation de mobilité forcée et à la recherche d'une protection internationale⁹³.

⁸⁵ *Ibid* au para 141. Voir *Affaire Khan c France*, n° 12267/16, [2019] CEDH : Dans cette affaire, la Cour EDH, en tenant compte des constats d'autres organismes nationaux et internationaux, a conclu à la violation de l'article 3 en raison du traitement accordé à des mineurs isolés et a réaffirmé l'obligation des États de protéger les mineurs étrangers non accompagnés exposés à des conditions de vie inhumaines et dégradantes. Elle a ainsi pris en considération, comme dans d'autres affaires relatives au traitement des migrants par les autorités étatiques, les constats d'organismes nationaux comme en France, le Défenseur des droits et la Commission nationale consultative des droits de l'homme ainsi que des constats d'organismes internationaux comme le Représentant spécial du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pour les migrations et les réfugiés et l'UNICEF. Pour la jurisprudence antérieure de la Cour, voir *Affaire Muskhadzhiyeva et autres c Belgique*, n° 41442/07, [2010] CEDH; *Affaire Kanagaratnam c Belgique*, n° 15297/09, [2011] CEDH; *Affaire MSS c Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, [2011] CEDH; *Affaire Rahimi c Grèce*, n° 8687/08, [2011] CEDH.

⁸⁶ *Affaire Hirsi Jamaa et autres c Italie* [GC], n° 27765/09, [2012] CEDH.

⁸⁷ *Ibid* aux para 23 et 134.

⁸⁸ *Ibid* aux para 28 et 135.

⁸⁹ Voir aussi *Affaire Conka c Belgique*, n° 51564/99, [2002] I CEDH.

⁹⁰ *Affaire ND et NT c Espagne* [GC], n° 8675/15 et 8697/15, [2020] CEDH.

⁹¹ *Ibid* au para 194.

⁹² *Ibid* aux para 199 et 231. Il est intéressant de noter que dans cette même affaire, l'arrêt de la 3ème section rendu en 2017, a condamné l'État cocontractant pour ces mêmes faits., voir *Affaire ND et NT c Espagne*, n° 8675/15 et 8697/15, [2017] CEDH.

⁹³ Voir par ex. Giulia Raimondo, « G., N.D. and N.T. v Spain : A Slippery Slope for the Protection of Irregular Migrants » (20 avril 2020), en ligne (blogue) : *Oxford University – Border Criminologies Blog* <www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-

Parallèlement, à propos des restitutions extraordinaires, la Cour EDH a eu l'occasion de se prononcer dans l'affaire *El-Masri*⁹⁴, sur la mise à l'isolement dans un lieu de détention tenu secret, en dehors de tout cadre judiciaire, d'un ressortissant étranger soupçonné de terrorisme mais aussi sur le transfert de ce dernier, d'un État à un autre, à des fins de détention et d'interrogatoire malgré l'existence d'un risque réel d'actes de torture et d'autres formes de mauvais traitements. La Cour a conclu que la responsabilité de l'État pouvait être engagée au regard de l'article 5 de la *CEDH* en raison d'actes commis sur son territoire par les agents d'un État étranger, avec l'approbation formelle ou tacite de ses autorités, dans la mesure où l'enlèvement et la détention extrajudiciaires du requérant pouvaient s'analyser en une disparition forcée telle que définie par le droit international⁹⁵.

À propos des interactions entre *Convention européenne* et le droit international humanitaire, dans l'arrêt *Hassan c Royaume-Uni*, qui concernait l'arrestation d'un ressortissant irakien par les forces armées britanniques et sa détention dans un centre géré par les forces américaines en Irak, la Cour EDH a rappelé que le contrôle exercé sur une personne, par des agents de l'État opérant hors du territoire national, emporte sa juridiction extraterritoriale au sens de l'article 1 de la *CEDH*⁹⁶. La Cour a également souligné que ce titre de juridiction extraterritoriale trouve à s'appliquer même au cours de la phase des hostilités dans le cadre d'un conflit armé international⁹⁷. En effet, dans ce contexte, le comportement de l'État ne relève pas exclusivement du droit international humanitaire, mais à la fois du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire qui peuvent s'appliquer simultanément, la position de la Cour étant ainsi conforme à la jurisprudence de la CIJ⁹⁸.

À l'égard des garanties procédurales, à l'occasion de l'affaire *Vasiliauskas c Lituanie*⁹⁹, la Cour s'est prononcée sur la prévisibilité de la condamnation du requérant pour génocide pour des faits perpétrés en 1953 au vu des exigences découlant de l'article 7 de la *CEDH* relatif au principe de la légalité des délits et des peines. Pour la définition du crime de génocide au regard du droit international conventionnel et coutumier¹⁰⁰, elle s'est notamment référée à la *Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide*, aux travaux préparatoires de la *Convention sur le génocide*, à l'arrêt de la CIJ

criminologies/blog/2020/04/nd-and-nt-v-spain>; Nora Markand, « A Hole of Unclear Dimensions : Reading ND and NT v. Spain » (1er avril 2020), en ligne (blogue) : *Droit et Politique de l'Immigration et de l'Asile de l'UE* <emigrationlawblog.eu/a-hole-of-unclear-dimensions-reading-nd-and-nt-v-spain/>; Hanaa Hakiki, « N.D. and N.T. v. Spain : defining Strasbourg's position on push backs at land borders ? » (26 mars 2020), en ligne (blogue) : *Strasbourg Observers* <strasbourgobservers.com/2020/03/26/n-d-and-n-t-v-spain-defining-strasbourgs-position-on-push-backs-at-land-borders/>.

⁹⁴ *Affaire El-Masri c L'ex-République yougoslave de Macédoine* [GC], n° 39630/09, [2012] CEDH.

⁹⁵ *Ibid* aux para 95 et 100.

⁹⁶ *Affaire Hassan c Royaume-Uni* [GC], n° 29750/09, [2014] CEDH [*Hassan*]. Voir aussi *Affaire Al-Skeini et autres c Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, [2011] CEDH.

⁹⁷ *Hassan*, *ibid* au para 104.

⁹⁸ *Ibid* au para 77. Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, [1996] CIJ Rec 66 au para 25; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, [2004] CIJ Rec 136 aux para 106-13; *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c Ouganda)*, [2005] CIJ REC 168 aux para 215-16.

⁹⁹ *Affaire Vasiliauskas c Lituanie* [GC], n° 35343/05, [2015] CEDH [*Vasiliauskas*].

¹⁰⁰ *Ibid* aux para 171-75.

rendu en 2007 et opposant la Bosnie-Herzégovine à la Serbie-et-Monténégro¹⁰¹ ainsi qu'à d'autres définitions du génocide figurant dans d'autres instruments internationaux¹⁰².

En outre, l'affaire *Baka c Hongrie*¹⁰³ portait sur la violation du droit à un procès équitable au regard de l'article 6(1) de la *CEDH* pour un juge qui ne pouvait pas contester la cessation de son mandat devant les tribunaux internes. La Cour EDH s'est référée à sa jurisprudence pertinente à l'égard de la *Convention européenne*¹⁰⁴, mais aussi aux standards européens et internationaux, relatifs à l'indépendance judiciaire et au principe d'inamovibilité des juges, qui découlent de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et de la Cour interaméricaine¹⁰⁵. Elle a ainsi conclu que, par rapport à sa jurisprudence, aux instruments du Conseil de l'Europe et à d'autres instruments internationaux pertinents ainsi qu'au vu de la jurisprudence et de la pratique des organes internationaux, l'équité procédurale revêt une importance croissante en ce qui concerne la révocation et la destitution des juges, l'exclusion d'un contrôle juridictionnel emportant une violation du droit d'accès à un tribunal¹⁰⁶.

Enfin, dans l'affaire *S.M. c Croatie*¹⁰⁷, jugée par la Cour EDH le 25 juin 2020, il était question d'examiner dans quelle mesure le traitement associé à la traite des êtres humains et/ou à l'exploitation de la prostitution relevait du champ d'application de la *Convention*, notamment du champ d'application matériel de son article 4 qui vise l'esclavage, la servitude mais également le travail forcé ou obligatoire¹⁰⁸. En ce qui concerne la portée de cet article, la Cour EDH souligne ainsi la nécessité d'une « interprétation harmonieuse de la Convention et des autres instruments de droit international » [Nous soulignons]¹⁰⁹, en vertu de laquelle « compte tenu de l'absence de définition de la notion de traite des êtres humains dans la Convention elle-même, une conduite ou une situation ne peut être qualifiée de problème de traite d'êtres humains que si elle répond aux critères établis pour ce phénomène par le droit international »¹¹⁰, notamment par les documents de l'Organisation internationale du travail¹¹¹ ou par le *Protocole de Palerme*¹¹².

¹⁰¹ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Serbie-et-Monténégro)*, [2007] CIJ Rec 43.

¹⁰² *Vasiliauskas*, *supra* note 99 au para 171. Pour d'autres affaires en lien avec l'article 7 de la *CEDH* et les interactions de la *CEDH* avec le droit international humanitaire, voir par ex. *Affaire Kononov c Lettonie* [GC], n° 36376/04, [2010] CEDH; *Affaire Korbely c Hongrie* [GC], n° 9174/02, [2008] CEDH; *Affaire Jorgic c Allemagne*, n° 74613/01, [2007] III CEDH.

¹⁰³ *Affaire Baka c Hongrie* [GC], n° 20261/12, [2016] CEDH [Baka].

¹⁰⁴ Voir notamment *Affaire Vilho Eskelinen et autres c Finlande* [GC], n° 63235/00, [2007] II CEDH.

¹⁰⁵ *Baka*, *supra* note 103 aux para 73-76.

¹⁰⁶ *Ibid* aux para 121-22.

¹⁰⁷ *Affaire SM c Croatie* [GC], n° 60561/14, [2020] CEDH aux para 276-78 et 288.

¹⁰⁸ *Ibid* aux para 276-78.

¹⁰⁹ *Ibid* au para 290. Voir aussi *Demir*, *supra* note 60 au para 67.

¹¹⁰ *Ibid*.

¹¹¹ *Ibid* aux para 144-45, 281 et 293.

¹¹² *Ibid* aux para 294-97 et 303. Voir *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, Rés A/R/55/25, Doc off AG NU, 55^e sess, (2000). Voir aussi *Rantsev c Chypre et Russie*, n° 25965/04, [2010] CEDH aux para 273-82 : Dans l'arrêt *SM c Croatie*, elle renvoie à la conclusion de l'affaire *Rantsev* dans laquelle elle s'était référée au *Protocole de Palerme*

Ces quelques exemples non exhaustifs illustrent la variété des domaines dans lesquels l'usage des sources externes par la Cour EDH permet une interprétation de la *CEDH* en harmonie avec les autres instruments internationaux pertinents et la jurisprudence d'autres organes internationaux. Ainsi, il semble important d'évoquer les récents développements relatifs au dialogue des juges entre les trois juridictions régionales de protection des droits de la personne qui pourraient aboutir à une coordination et une harmonisation de leurs jurisprudences dans le futur.

C. La perspective d'un dialogue régional renforcé comme source d'interprétations dynamiques

Les années à venir pourraient voir un accroissement des références aux sources externes dans le processus d'interprétation de la *CEDH*. La *Déclaration de San José*, adoptée le 18 juillet 2018 à l'occasion du 40^e anniversaire de l'entrée en vigueur de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* et de la création de la Cour interaméricaine, envisage le dialogue des juges comme un véritable moyen de coordination et d'harmonisation des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme. Il s'agit d'une déclaration conjointe des présidents de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, de la Cour EDH et de la Cour interaméricaine¹¹³. La *Déclaration de San José* a principalement pour objet la création d'un Forum permanent du dialogue institutionnel entre ces cours régionales afin de renforcer la protection effective des droits humains. L'initiative de création de ce Forum renforce l'indépendance affirmée des trois tribunaux à l'égard des processus intergouvernementaux. En effet, cette collaboration accrue entre les trois systèmes régionaux de protection des droits de l'Homme semble 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 profonde notamment du multilatéralisme, de la prééminence du droit et de la protection des droits fondamentaux. Il est incontestable que les trois cours régionales sont confrontées actuellement à un climat de méfiance, voire de défiance à l'égard des droits de la personne, qui ne sont jamais définitivement acquis même dans les États démocratiques et qui sont remis en cause dans le contexte de la montée des extrémismes ainsi que des discours et politiques populistes.

adopté dans le cadre des Nations Unies et à la *Convention anti-traite* du Conseil de l'Europe pour rappeler que la traite d'êtres humains relève de la portée de l'article 4 de la *CEDH* en raison, d'une part, de l'atteinte portée à la dignité humaine et aux libertés fondamentales de ses victimes, et d'autre part, de son incompatibilité avec une société démocratique et les valeurs consacrées dans la Convention. Elle avait conclu que l'absence de référence expresse à la traite des personnes dans l'énoncé de l'article 4 découlait directement de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* qui ne mentionne que « l'esclavage et la traite des esclaves [...] sous toutes leurs formes ».

¹¹³ *Déclaration de San José*, 18 juillet 2018, 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, à l'occasion du 40^e 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.

Le premier Forum international des droits de l'homme, en application de la *Déclaration de San José*, a été organisé à Kampala du 28 au 29 octobre 2019 donnant lieu à la *Déclaration de Kampala* de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, de la Cour EDH et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹¹⁴. La *Déclaration de Kampala* prévoit d'ores et déjà que la prochaine réunion du Forum sera organisée par la Cour à Strasbourg, en France, en 2021. Dans cette *Déclaration*, les trois juridictions régionales ont également convenu de plusieurs objectifs à mettre en œuvre afin de renforcer le dialogue institutionnel et jurisprudentiel. Il est question notamment d'encourager les États membres de chaque système régional, les acteurs de la société civile et les citoyens à contribuer et à soutenir la poursuite de l'organisation du Forum international des droits de l'homme tous les deux ans en sessions privées et publiques sur une base rotative et avec la participation d'autres acteurs régionaux et mondiaux des droits de l'homme, le cas échéant¹¹⁵; de s'assurer du respect et de l'application des décisions et des résolutions découlant du Forum en allouant les ressources nécessaires pour ce faire¹¹⁶; d'« entreprendre le partage de connaissances via des plateformes numériques, sur des questions d'actualité relatives aux droits de l'homme »¹¹⁷; de développer des cours en ligne sur divers aspects de la protection des droits de l'homme dans leurs juridictions respectives, en particulier, ainsi que dans le monde entier¹¹⁸; de publier chaque année un rapport électronique sur les principaux arrêts des trois tribunaux, assorti de commentaires, le cas échéant, et tenant compte des langues de travail des trois tribunaux¹¹⁹; de « renforcer le dialogue et de partager la jurisprudence avec les tribunaux nationaux, en tant qu'un des mécanismes garantissant que les tribunaux nationaux se réfèrent aux jugements des tribunaux régionaux et contribuent à leur exécution à long terme »¹²⁰.

Ces objectifs font écho à l'actualité puisqu'ils semblent primordiaux au regard du contexte découlant de la pandémie survenue au mois de mars 2020 qui a entraîné un bouleversement à l'échelle mondiale. Mesures de confinement, mise à l'arrêt des activités économiques, fermeture des frontières, limitation des vols internationaux, restriction des déplacements et de la liberté d'aller et venir, suspension de certaines procédures d'immigration ou de la possibilité de déposer une demande d'asile, font partie de l'arsenal de mesures adoptées par les gouvernements. Or, face à ces circonstances inédites, l'imprévisible ne devrait pas être un prétexte aux mesures exceptionnelles en désaccord avec la protection des droits de la personne, mais au contraire, l'occasion d'adopter des mesures compatibles avec les exigences de l'État de droit et de renforcer la garantie effective des droits fondamentaux. Toutefois, il semblerait que les mesures d'urgence prises par les États affectent déjà davantage les populations qui étaient vulnérables avant le début de la pandémie et entraînent des violations des droits de la personne dont

¹¹⁴ *Déclaration de Kampala*, 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, réunies à Kampala, République de l'Ouganda, du 28 au 29 octobre 2019 à l'occasion du premier Forum international des droits de l'homme des trois tribunaux régionaux.

¹¹⁵ *Ibid* aux al 1 et 2.

¹¹⁶ *Ibid* à l'al 3.

¹¹⁷ *Ibid* à l'al 5.

¹¹⁸ *Ibid* à l'al 6.

¹¹⁹ *Ibid* à l'al 7.

¹²⁰ *Ibid* à l'al 8.

pourraient connaître à l'avenir les trois juridictions régionales si le contrôle exercé par les juridictions nationales s'avérera avoir été insuffisant. Dans ce contexte, le dialogue juridictionnel pourrait être utilisé comme un moyen de coordination et d'harmonisation des systèmes régionaux de protection dès lors que la Cour EDH serait engagée, avec ses homologues africain et américain, dans l'adoption de solutions harmonisées afin de répondre à des problèmes juridiques analogues, qui transcendent les clivages entre les systèmes.

Ainsi, l'adoption de la *Déclaration de San José* et la *Déclaration de Kampala* traduisent une prise de conscience renouvelée à l'égard de la symétrie qui existe entre les systèmes régionaux de protection des droits de la personne et de la nécessité d'un dialogue institutionnel et jurisprudentiel, dans la mesure où les problèmes juridiques auxquels sont confrontés les organes de protection sont transnationaux. La circulation croissante des décisions de justice et l'inspiration mutuelle dont font preuve les juges lorsqu'ils interprètent les instruments régionaux renforcent la tendance d'une mondialisation judiciaire¹²¹. Le phénomène de globalisation des sources du droit international des droits de la personne signifiant la mise en commun des fondements normatifs 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 se justifient 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 droit international des droits de la personne, traduit également la compatibilité des solutions partagées et harmonisées en rendant compte des liens et interactions qu'entretiennent les droits proclamés dans les trois systèmes régionaux, qui reflètent très largement de nombreux instruments internationaux adoptés à l'échelle universelle depuis la création des Nations Unies. Par ailleurs, la recherche et le partage d'interprétations analogues renforcent la dynamique évolutive des droits fondamentaux qui, intrinsèquement, sont appelés à être revisités à l'aune de conditions juridiques et de contraintes socioculturelles en perpétuel changement. Ainsi, la tenue du Forum international des droits de l'homme sur une base régulière pourra renforcer le dialogue, favoriser la diffusion des jurisprudences et l'inspiration mutuelle entre les systèmes de protection, accroître le niveau d'ouverture de la Cour européenne à l'égard des éléments extrasystémiques et contribuer également, au-delà du rayonnement historique de la jurisprudence de la Cour EDH, à un renforcement du rayonnement de la jurisprudence des deux autres Cours régionales, en leur accordant une légitimité nouvelle. En renforçant le potentiel persuasif des décisions judiciaires relevant du cadre régional, les solutions adoptées pourraient avoir des conséquences à l'échelle universelle en influençant la jurisprudence d'autres organes internationaux de protection comme les organes des traités des Nations Unies tels que le Comité des droits de l'homme.

¹²¹ Julie Allard, « La cosmopolitisation de la justice : entre mondialisation et cosmopolitisme » (2008) 1 *Rev philosophie politique* ULg 61; Julie Allard et Antoine Garapon, *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005.