

qui apparaissait comme son opposé : l'équité, à laquelle nos cours de cassation ont toujours refusé de reconnaître une densité juridique capable de nourrir un moyen de cassation (69). Le droit à un procès équitable est devenu un droit substantiel (70). Non seulement il ne se résume plus à un droit procédural mais c'est de la communauté de droit qu'il a engendrée que pourrait naître « par une sorte de sagesse pratique ou de constructivisme à petit pas, une communauté de valeurs » (71).

Le droit, et spécialement le droit constitutionnel, pourrait alors isoler des normes indérogables et intangibles, c'est-à-dire supra constitutionnelles, des normes auxquelles le peuple actuel ne pourrait déroger parce qu'elles ont été établies à jamais par le peuple perpétuel (72).

Verra-t-on alors les juges évoluer vers un mode de fonctionnement théologique puisqu'ils se permettraient d'imposer aux législateurs et même aux constituants les limites de leur champ d'action ? Mais l'autre face de l'alternative n'est-elle pas de voir un droit à la remorque des intérêts, du marché, des émotions, des événements et de la peur qui s'empare de plus en plus de nos sociétés ?

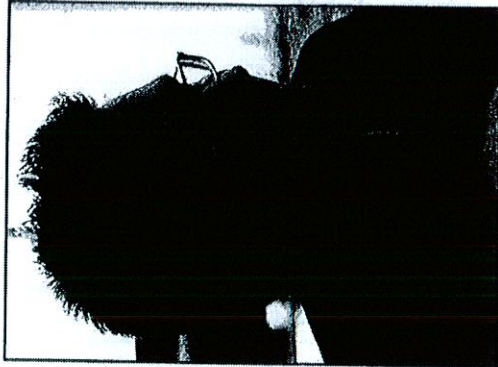
★

LES RÉFÉRENCES CROISÉES ENTRE LES JURIDICTIONS INTERNATIONALES DES DROITS DE L'HOMME

PAR

LUDOVIC HENNEBEL

CHERCHEUR AU CENTRE PERELMAN DE PHILOSOPHIE
DU DROIT DE L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES



1. Le droit international des droits de l'homme offre un environnement particulièrement fertile au dialogue entre juges. En effet, plusieurs organes, régionaux et internationaux, coexistent en toute indépendance et interprètent des traits protégeant globalement des droits identiques et connaissant des contentieux portant sur des faits similaires ou du moins comparables (1). L'objet de cette contribution consiste à s'interroger plus particulièrement sur une forme de dialogue formalisée par les citations ou références croisées. La technique des références croisées consiste pour un juge à se référer à un instrument ou à une jurisprudence qui lui est étranger. Nous nous intéressons en particulier ici aux références et renvois entre les organes suivants : le Comité des droits de l'homme des Nations

(69) Voir notamment Cass. 3.2.1950, *Pas.*, 1950, I, 380; Cass. 8.9.1960, *Pas.*, 1961, I, 32; Cass. 19.11.1982, *Pas.*, 1983, I, 342.

(70) Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, p. 166.

(71) *Ibidem*, p. 123.

(72) Selon la terminologie de Marcel GAUCHET.

(1) T. OPSAHL, « Ten Years' Coexistence Strasbourg-Geneva », in F. MATSCHER (Dir.), *Protection des droits de l'homme, la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Gérard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 1988, p. 431.

Unies, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, chargés respectivement de contrôler le respect du Pacte international sur les droits civils et politiques, de la Convention européenne des droits de l'homme, et de la Convention américaine des droits de l'homme.

2. Nous soulignons tout d'abord les caractéristiques principales de la coexistence de ces organes en mettant en avant les éléments qui incitent effectivement au dialogue (I) avant d'expliquer l'usage de la technique des références croisées, en particulier par la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies (II). Enfin, nous verrons que si le recours à la référence croisée reste marginal dans la jurisprudence de la Cour européenne et du Comité des droits de l'homme, l'usage de cette technique est systématique dans celle de la Cour interaméricaine (III).

I. - LA COEXISTENCE DES ORGANES RÉGIONAUX ET INTERNATIONAUX DES DROITS DE L'HOMME : UN CONTEXTE PARTICULIER INCITANT AU DIALOGUE

ENTRE JUGES

3. La protection internationale des droits de l'homme se matérialise par la coexistence de différents systèmes de protection - régionaux (mis en place par des organisations régionales telles que le Conseil de l'Europe, l'Organisation des États américains, et l'Union africaine) et universels (mis en place au sein des Nations Unies). Ces systèmes de protection sont indépendants les uns des autres : il n'existe pas de passerelle entre les instruments de protection des droits de l'homme. On aurait pu envisager globalement l'instauration d'un seul système international des droits de l'homme fondé sur un ordre juridique universel prévoyant une hiérarchie entre les instruments et les procédures (2). Mais cette option n'a pas été retenue. Or, la multiplication des instruments de proclamation et de protection des droits de

(2) K. VASAK, « Le droit international des droits de l'homme », *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1974-IV, pp. 396 et s.

l'homme peut poser des difficultés lorsque les droits garantis ne sont pas définis de la même manière ou du fait que les mécanismes de protection prévus par ces instruments sont susceptibles de se faire concurrence. Des problèmes de collision peuvent ainsi surgir entre des instruments à portée générale et des instruments spécifiques (3), des instruments universels et des instruments régionaux (4), voire entre des systèmes de protection (5). Concrètement, les droits de l'homme - qui, selon René Cassin, « sont universels ou ne sont pas » (6) - sont protégés par plusieurs juges internationaux, indépendants les uns des autres, susceptibles de donner des interprétations divergentes du sens et de la portée des droits et libertés. Ces droits, perçus comme « le langage commun de l'humanité » (7), ne sont pas « parlés » de la même manière par tous les interprètes autorisés et reçoivent, pour poursuivre la métaphore, au mieux des accents différents, au plus une grammaire différente. Or, les divergences d'interprétation ne peuvent

(3) Par exemple, dans le système des Nations Unies, le *Pacte international sur les droits civils et politiques* prohibe la torture (article 7). Or, la prohibition de la torture fait l'objet d'une *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradés* adoptée en 1984. Ces deux instruments ne sont pas liés. En outre, le respect de chaque instrument est contrôlé par deux Comités distincts, indépendants l'un de l'autre.

(4) Par exemple, entre le Pacte international sur les droits civils et politiques des Nations Unies et des instruments régionaux à portée générale tels que la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention américaine des droits de l'homme ou encore la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

(5) Déjà dans l'affaire grecque, suite au coup d'Etat du 21 avril 1967, toutes les organisations internationales, compétentes directement ou indirectement en matière de droits de l'homme avaient été saisies (Conseil de l'Europe et surtout Commission européenne des droits de l'homme, Organisation internationale du Travail, Comité international de la Croix-Rouge, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités des Nations Unies et Commission des droits de l'homme des Nations Unies, Communautés européennes). Selon Karel Vasak, l'affaire grecque a en effet « révélé l'existence d'un véritable clavier international des droits de l'homme sur lequel les différentes touches représentent les divers organisations, mécanismes et procédures concernant la protection des droits de l'homme ». Voy. K. VASAK, « Le droit international des droits de l'homme », *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1974-IV, pp. 398-397. Voy. T. BUERGENTHAL, « International and Regional Human Rights Law and Institutions : Some Examples of Their Interactions », *Texas International Law Journal*, 1977, pp. 321-330.

(6) R. CASSIN, « L'Homme : sujet de droit international et la protection universelle de l'homme », in *Mélanges Georges Sèze*, La technique et les principes du droit public, L.G.D.J., Paris, 1950, t. 1, p. 67; Voy. également : R. CASSIN, « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », *R.C.A.D.I.*, vol. 79, 1951, pp. 241-367.

(7) B. BOUTROS-GHALI, « Introduction », *Les Nations Unies et les droits de l'homme 1945-1996*, Nations Unies, New York, 1995, pp. 28 et 133; R. J. DURRY, « Réflexions sur l'universalité des droits de l'homme », in *Amicorum Liber Héctor Gros Espiell*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 280.

être trop fortes au risque de porter atteinte à l'intégrité des droits (8), et au projet d'universalisme des droits de l'homme.

4. Pour contrer l'absence de passerelles formelles entre les instruments et les systèmes de protection des droits de l'homme, le dialogue des juges s'impose. Il peut prendre la forme de rencontres et d'échanges formels ou informels (9). Ainsi, les juges inter-américains et européens se rencontrent sur une base en principe régulière. Il arrive aussi qu'une même personne siège successivement au sein d'une cour régionale et du Comité des droits de l'homme ou inversement (par exemple, Cecilia Medina Quiroga était membre du Comité avant d'être juge à la Cour interaméricaine ou encore Thomas Buergenthal a été juge à la Cour interaméricaine de 1979 à 1991, membre du Comité des droits de l'homme de 1995 à 1999 et est maintenant juge à la Cour internationale de justice). Mais surtout, le dialogue des juges internationaux des droits de l'homme se manifeste lorsque les juges inter-prètent le texte dont ils assurent la protection. De plus en plus, en effet, les juges sont invités à lire la jurisprudence des autres juges internationaux des droits de l'homme. Ils ne peuvent ignorer les interprétations proposées par d'autres juges sur une problématique équivalente à celle à laquelle ils sont confrontés (10). A cet égard, l'accès à l'information est décisif et sans doute que

(8) A titre d'exemple, le 24 mars 2003, le Conseil de la Ligue arabe invitait la Commission arabe permanente des droits de l'homme à «moderniser» la Charte arabe des Droits de l'Homme. Monsieur Amr Musa, Secrétaire général de la Ligue, a précisé que le terme «modernisation» devait être compris comme la mise en conformité des dispositions de la Charte avec les standards internationaux concernant les droits de l'homme. Le projet de texte, adopté en janvier 2004, sera examiné par la Réunion du Conseil de la Ligue des Etats arabes lors de sa session annuelle de 2005. Si l'initiative est saluée, le projet de texte reste critique notablement, car il renvoie, comme le texte de 1994, à la Déclaration sur les droits de l'homme en Islam. En outre, il se réfère à la Charta, maintenant la discrimination à l'égard des femmes et des non-ressortissants, n'interdit pas la peine de mort infligée aux mineurs et ne prohibe pas les peines cruelles, inhumaines ou dégradantes. Voy. Commission des droits de l'homme des Nations Unies, E/CN.4/2004/NGO/64, 26 février 2004. Commission internationale des juristes, *Réunion complémentaire à la deuxième session extraordinaire de la Commission arabe permanente des droits de l'homme consacrée à l'actualisation de la Charte arabe des droits de l'homme*, 4 au 15 janvier 2004, Commentaires de la Commission internationale de juristes, février 2004. Pour une version française du projet de texte, voy. www.aich.org.

(9) Voy. aussi sur ces formes de rencontres : A.-M. SLAUGHTER, «Judicial Globalization», *Virginia Journal of International Law*, 40, 2000, pp. 1120-1124.

(10) Voy. en ce sens : A.-M. SLAUGHTER, «A Typology of Transjudicial Communication», *University of Richmond Law Review*, 29, 1994, p. 103.

l'auteur de doctrine joue un rôle d'intermédiaire tout à fait central dans la tenue et la qualité du dialogue. Informé du sens et de la portée donnés par les autres juges à un droit ou une liberté en particulier, l'interprète peut choisir de se démarquer de cette jurisprudence qui lui est étrangère, l'ignorer ou au contraire la consacrer dans sa propre jurisprudence. Et, quelle que soit la solution retenue, il peut se référer expressément à cette jurisprudence étrangère ou passer sous silence sa lecture croisée (11).

II. - LA PRATIQUE DU RÉFÉRENCIEMENT CROISÉ PAR LA COUR EUROPÉENNE ET LE COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES

5. La Cour européenne des droits de l'homme utilise la technique du référencement croisé avec réserve (A), tout comme d'ailleurs le Comité des droits de l'homme des Nations Unies (B).

A. - *La pratique de la Cour européenne*

6. Dans le paysage global de la protection internationale des droits de l'homme, la Cour européenne occupe une place particulière et influence considérablement le travail d'interprétation effectué par des organes tels que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ou encore la Cour interaméricaine des droits de l'homme (12). Ce rôle, assumé par la Cour européenne, n'exclut pas pour autant que la juridiction strasbourgeoise soit elle-même influencée par la jurisprudence du Comité des droits de l'homme ou de la Cour interaméricaine (13). Toutefois, dans

(11) *Ibidem*.

(12) Voy. en ce sens : J.G. MERRILLS, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, Manchester, 2^e édition, 1993, p. 18.

(13) Anne-Marie Slaughter souligne que si la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis a souvent été source d'influence et est fréquemment empruntée par les autres juridictions, notamment étrangères, cette Cour commence tout d'abord à emprunter elle aussi aux autres juges. Voy. A.-M. SLAUGHTER, «A Global Community of Courts», *Harvard International Law Journal*, 44, 2003, p. 199. Nous pouvons constater le même phénomène en ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme.

la jurisprudence européenne, la technique du référencement croisé est utilisée avec modération, et est pratiquement exceptionnelle (14). Une vingtaine d'arrêts l'utilisent en se référant au système universel (15) et/ou au système interaméricain (16). La

(14) Une recherche dans HUDOC, la base de données de la Cour européenne des droits de l'homme, sur les termes «*Cour internationale de Justice*» n'affiche que 20 résultats, alors que les termes «*Cour Suprême des Etats-Unis*» permettent d'afficher 26 résultats.

(15) Une recherche dans HUDOC portant sur «*Pacte international sur les droits civils et politiques*» affiche 64 entrées. Une recherche portant sur «*Comité des droits de l'homme*» affiche une petite dizaine d'entrées : CEDH, *Mamatkulov et Abdurasulovic contre Turquie*, Arrêt sur le fond, 6 février 2003; CEDH, *Mamatkulov et Askarov contre Turquie*, Grande Chambre, Arrêt sur le fond, 4 février 2005 (textes internationaux pertinents en matière de mesures provisoires); CEDH, *Ocalan contre Turquie*, Exceptions préliminaires, Grande Chambre, 12 mai 2005; CEDH, *Ocalan contre Turquie*, Exceptions préliminaires, 12 mars 2003 (évolution du droit international concernant la peine de mort); CEDH, *Hirst c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, 6 octobre 2005; CEDH, *Hirst c. Royaume-Uni*, 30 mars 2004 (texte et jurisprudence internationaux sur les conditions de détention); CEDH, *Ergin c. Turquie*, 4 mai 2006 (examen du système universel relatif à la compétence des juges militaires pour juger des civils); CEDH, *Streltchik, Kessler et Krenz c. Allemagne*, 22 mars 2001 (faisant état des critiques formulées par le Comité des droits de l'homme à l'encontre du régime de surveillance de la frontière mis en place en RDA); CEDH, *Danemark c. Turquie*, 5 avril 2000 (le gouvernement requérant alléguait en l'espèce que les techniques d'interrogatoires linguistiques étaient courantes en Turquie et renvoyait à cet égard, *inter alia*, aux rapports du Comité des droits de l'homme sur la question); CEDH, *Fréte c. France*, 26 février 2002 (mention de la jurisprudence du Comité portant sur la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, dans l'opinion individuelle partiellement dissidente des Juges Bratza, Fuhrmann et Tulkens).

(16) Une requête introduite dans HUDOC avec le mot-clé «*interaméricain*», «*interaméricaines*», annonce 14 résultats, pour 16 résultats correspondants à «*convention interaméricaine*». Globalement, les arrêts européens suivants se réfèrent au système interaméricain : CEDH, *Ergin c. Turquie*, 4 mai 2006 (examen du système interaméricain relatif à la compétence des juges militaires pour juger des civils); CEDH, *Mamatkulov et Abdurasulovic contre Turquie*, Arrêt sur le fond, 6 février 2003; CEDH, *Mamatkulov et Askarov contre Turquie*, Grande Chambre, Arrêt sur le fond, 4 février 2005 (textes internationaux pertinents en matière de mesures provisoires); CEDH, *Ocalan contre Turquie*, Exceptions préliminaires, 12 mars 2003; CEDH, *Ocalan contre Turquie*, Exceptions préliminaires, Grande Chambre, 12 mai 2005 (évolution du droit international concernant la peine de mort); CEDH, *Aldinvar et autres contre Turquie*, Exceptions préliminaires, 16 septembre 1996 (mentionnant la jurisprudence interaméricaine en matière de règles d'épuisement des voies de recours internes); CEDH, *Kurt contre Turquie*, Exceptions préliminaires, 25 mai 1998 (examen du droit interaméricain en matière de disparitions forcées); CEDH, *Timurtas contre Turquie*, Arrêt sur le fond, 13 juin 2000 (état de la jurisprudence interaméricaine en matière de disparition forcée présenté par un tiers intervenant); CEDH, *Angelouva contre Bulgarie*, Arrêt sur le fond, 13 juin 2002 (la jurisprudence de la Cour interaméricaine est citée dans l'opinion dissidente du Juge Bonello); CEDH, *Ergi contre Turquie*, Exceptions préliminaires, 28 juillet 1998 (le requérant invoquait la jurisprudence interaméricaine et du Comité des droits de l'homme permettant, dans certaines circonstances, de renverser la charge de la preuve); CEDH, *Cruz Varas et autres contre Suède*, Arrêt sur le fond, 20 mars 1991 (mention de la Convention américaine qui, à la différence de la Convention européenne, renferme une clause explicite en matière de mesures provisoires); CEDH, *Aydın contre Turquie*, Exceptions préliminaires, 25 septembre 1997 (citation par un tiers intervenant de la jurisprudence interaméricaine relative au viol d'une détenue); CEDH, *Ertok contre Turquie*, Exceptions

Cour peut se référer aux autres systèmes, soit en réponse à une des parties qui invoque un argument comparatif en s'appuyant sur la jurisprudence ou les instruments d'un autre système, soit de son propre chef lorsqu'elle évalue une question précise en posant de faire le point sur «*le droit et la pratique internationaux pertinents*».

1. Argument interprétatif et comparatif

7. Dans certains arrêts, les parties, un tiers intervenant ou la Cour elle-même se réfèrent au système interaméricain ou au système universel. L'élément de comparaison est destiné à orienter ou à appuyer l'interprétation de la Cour. Ainsi, la Cour européenne peut accepter de prendre en compte les «*documents internationaux pertinents*» portés à sa connaissance sur une question particulière. Il peut être difficile d'identifier l'influence de ces documents sur la construction de l'arrêt : elle peut être marginale ou substantielle, positive ou négative. Par exemple, dans l'affaire *Vo contre France*, la question principale posée par la requérante était celle de savoir si l'absence de recours de nature pénale en droit français pour réprimer la suppression involontaire d'un fœtus constituait un manquement par l'Etat à son obligation de «*protéger par la loi*» le droit de toute personne à la vie, garanti par l'article 2 de la Convention. Le Centre des droits génésiques, tiers intervenant à la cause, faisait état des normes internationales et régionales en la matière. Il observe ainsi que le

← préliminaires, 9 mai 2000 (le requérant attirait l'attention de la Cour sur la jurisprudence interaméricaine en matière de disparitions forcées); CEDH, *Vo contre France*, Exceptions préliminaires, 8 juillet 2004 (référence à l'article 4 de la Convention américaine qui, à l'inverse de la Convention européenne, protège la vie en général à partir de la conception); CEDH, *Soering contre Royaume-Uni*, Arrêt sur le fond, 7 juillet 1988 (références à la Convention américaine sur la prohibition absolue de la torture); CEDH, *Goldier contre Royaume-Uni*, Arrêt sur le fond, 21 février 1975 (le Juge G. Fitzmaurice fait plusieurs références à la Convention américaine dans son opinion dissidente); CEDH, *Assanidze contre Géorgie*, Exceptions préliminaires, 8 avril 2004 (référence est faite à la clause fédérale de la Convention américaine pour mieux souligner que la Convention européenne, qui ne contient pas de disposition similaire, ne peut pas relativiser les obligations des Etats fédéraux); CEDH, *Ferrazzini contre Italie*, Arrêt sur le fond, Grande chambre, 12 juillet 2001 (le Juge Lorenzon fait référence à la Convention américaine dans son opinion dissidente); CEDH, *Brennan contre Royaume-Uni*, Arrêt sur le fond, 16 octobre 2001 (référence aux documents internationaux pertinents et notamment à la Convention américaine protégeant les droits de la défense).

Comité des droits de l'homme a constamment souligné la menace pour la vie des femmes que représentent les avortements pratiqués dans l'illégalité; que le Comité des droits de l'enfant s'est préoccupé de la difficulté des adolescentes à bénéficier d'interruption de grossesse dans de bonnes conditions de sécurité et a exprimé sa crainte quant à l'incidence d'une législation restrictive sur les taux de mortalité maternelle; que la Commission interaméricaine a estimé, dans l'affaire «Baby boy» contre États-Unis, en 1981, que l'article 4 de la Convention américaine ne faisait pas obstacle à la législation fédérale libérale sur l'interruption volontaire de grossesse; et enfin, que l'Organisation de l'Union africaine a adopté le Protocole relatif aux droits des femmes le 11 juillet 2003, en vue de compléter la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981, qui élargit la protection garantie au droit des femmes de mettre un terme à leur grossesse (17). Il est difficile d'évaluer l'influence de cet exposé sur la décision de la Cour européenne dans ce cas d'espèce. Mais cet état du droit comparé fait partie, à tout le moins de manière incidente, de la construction de l'arrêt. Il est surtout intéressant de constater que la référence aux autres systèmes de protection peut fonder l'argumentation d'une partie ou d'un tiers intervenant. L'enjeu consiste ici à convaincre la Cour européenne des droits de l'homme de l'existence d'une *pratique internationale commune*, voire d'un consensus international dont elle ne peut s'écarter. Ce n'est pas tant le contenu ou la qualité du raisonnement judiciaire des autres organes sur la question traitée qui est mis en avant, mais bien la position de cet organe à l'égard d'une question éthique. L'argument comparatif est ici plus politique que juridique. Un autre exemple similaire, concernant la torture cette fois, peut être cité. Dans son arrêt *Aydın contre Turquie*, dans lequel la Cour européenne juge que le viol d'une détenue peut être qualifié de torture, elle mentionne sous le titre «*textes internationaux*», une série d'instruments de protection: la Convention des Nations Unies contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégra-

(17) CEDH, *Vo contre France*, Exceptions préliminaires, 8 juillet 2004, par. 60 et s.

dants, les déclarations publiques du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants concernant la Turquie, ainsi que les «*thèses d'Amnesty International*», qui indiquaient que le viol d'une détenue par un agent de l'Etat en vue notamment de lui extorquer des renseignements ou des aveux ou bien l'humiliation, la punition ou l'intimidation de la victime doivent être considérés comme des actes de torture dans les interprétations contemporaines des normes en matière de droits de l'homme. L'ONG renvoyait à cet égard à la décision *Fernando et Raquel Mejia contre Pérou* rendue le 1^{er} 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 avait approuvé des actes d'accusation pour torture fondés sur des allégations de viol de femmes détenues. *Amnesty International* attirait également l'attention de la Cour européenne 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 (18).

8. Il arrive également que la Cour se réfère aux dispositions plus générales d'autres textes internationaux ou à une jurisprudence plus protectrice, pour appuyer une interprétation extensive ou dynamique de la Convention européenne. Par exemple, dans l'arrêt *Soering contre Royaume-Uni*, lorsqu'elle s'interroge sur le point de savoir si le risque d'exposer le requérant au «*syndrome du couloir de la mort*» rendrait l'extradition contraire à l'article 3, la Cour européenne prend en considération le fait que plusieurs rapports psychiatriques attestaient que le requérant souffrait de troubles mentaux qui altéreraient fortement sa responsabilité tout en précisant, qu'à l'inverse de l'article 2 de la

(18) CEDH, *Aydın contre Turquie*, Exceptions préliminaires, 25 septembre 1997, par. 51.

Convention européenne, l'article 6 du Pacte international sur les droits civils et politiques et l'article 4 de la Convention américaine des droits de l'homme interdisent expressément de prononcer la peine capitale contre une personne âgée de moins de dix-huit ans au moment de l'infraction. Cette référence permet à la Cour d'affirmer « que pareille prohibition soit ou non inhérente au libellé bref et général de l'article 2 de la Convention européenne, son énoncé explicite dans des instruments internationaux ultérieurs, dont nombre d'États contractants ont ratifié le premier, indique à tout le moins que la jeunesse de l'intéressé constitue en principe une circonstance propre à mettre en cause, avec d'autres, la compatibilité avec l'article 3 de mesures accompagnant une sentence capitale » (19). En d'autres termes, la Cour puise ici la légitimité de son interprétation extensive dans les autres textes internationaux. De même, dans un arrêt *Burghartz contre Suisse*, la Cour européenne des droits de l'homme s'inspire explicitement de l'article 18 de la Convention américaine des droits de l'homme, de l'article 24.2 du Pacte international sur les droits civils et politiques et des articles 7 et 8 de la Convention sur les droits de l'enfant, pour consacrer le droit au nom par le biais d'une interprétation extensive de l'article 8 de la Convention européenne (20). Dans le même ordre d'idées, dans son arrêt *S. contre Suisse*, la Cour européenne s'appuie, *inter alia*, sur l'article 8.d de la Convention américaine des droits de l'homme qui consacre le droit de l'accusé de s'entretenir sans entrave avec son avocat, pour juger que « le droit, pour l'accusé, de communiquer avec son avocat hors de portée d'ouïe d'un tiers figure parmi les exigences élémentaires du procès équitable dans une société démocratique et découle de l'article 6.3.c de la Convention » (21). Dans l'arrêt *Brennan contre Royaume-Uni*, concernant la validité d'une condamnation pénale reposant sur les aveux de l'accusé faits avant qu'il n'ait eu la possibilité de s'entretenir avec un *solicitor*, la Cour européenne se réfère, sous un titre « Documents internationaux pertinents » à l'article 8 de la Convention américaine des droits de

(19) CEDH, *Soering contre Royaume-Uni*, Arrêt sur le fond, 7 juillet 1989, par. 108.

(20) CEDH, *Burghartz contre Suisse*, Exceptions préliminaires, 22 février 1984, par. 24.

(21) CEDH, *S. contre Suisse*, Arrêt sur le fond, 28 novembre 1991, par. 48.

l'homme qui dispose en son paragraphe 2. d. que « Toute personne accusée d'un délit (...) a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : (...) d) droit pour l'accusé de se défendre lui-même ou d'être assisté d'un défenseur de son choix et de communiquer avec celui-ci librement et sans témoin » (22). Enfin, lorsqu'elle doit trancher la question de savoir si une législation suspendant le droit de vote d'un condamné est conforme à la Convention, la Cour, dans l'arrêt *Hirst contre Royaume-Uni*, se réfère au Pacte international sur les droits civils et politiques et à l'observation générale du Comité des droits de l'homme n° 25 traitant de la privation du droit de vote (23). Dans ces quelques cas, la Cour européenne accepte de se référer aux autres systèmes de protection afin de renforcer son raisonnement en vue d'interpréter la Convention européenne. Soit, l'argument est porté par une partie ou par un tiers intervenant, soit, la Cour se réfère elle-même à un autre système par exemple en vue de légitimer une interprétation extensive.

9. Au même titre que la Cour s'appuie parfois, comme nous l'avons vu, sur les autres systèmes pour fonder une interprétation extensive des droits et libertés, la juridiction strasbourgeoise peut utiliser la technique du référencement croisé pour conforter son interprétation de certains aspects de procédure. Par exemple, dans son arrêt *Akdivar et autres contre Turquie*, qui concernait plusieurs requêtes fondées sur des attaques menées par les forces de sécurité turques contre un village qui avait été le lieu d'intenses activités du PKK, la Cour rappelle que l'article 26 (épuisement des voies de recours internes) prévoit une répartition de la charge de la preuve : une fois que le gouvernement a démontré qu'un recours non épuisé était effectif et disponible, qu'il était susceptible d'offrir le redressement des griefs et qu'il présentait des perspectives raisonnables de succès, c'est au requérant qu'il incombe d'établir que le recours évoqué par le

(22) CEDH, *Brennan contre Royaume-Uni*, Arrêt sur le fond, 16 octobre 2001, par. 38. Les deux autres textes auxquels elle se réfère sont l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus et l'Accord européen concernant les personnes participant aux procédures devant la Cour européenne des droits de l'homme.

(23) CEDH, *Hirst contre Royaume-Uni* (n° 2), Arrêt sur le fond, 6 octobre 2005, par. 26-27.

Gouvernement a en fait été épuisé ou bien qu'il n'était ni adéquat ni effectif compte tenu des faits de la cause ou encore que certaines circonstances particulières le dispensaient de cette obligation. Elle cite à cet égard, non seulement sa propre jurisprudence, mais également l'arrêt *Velasquez contre Honduras* rendu par la Cour interaméricaine et l'avis consultatif de la Cour interaméricaine sur les exceptions à l'épuisement des voies de recours internes (24).

10. Si la Cour européenne peut, soit de son propre chef, soit sur suggestion d'une des parties, prendre en considération le droit et la pratique internationaux pertinents sur une question litigieuse, cela n'implique pas pour autant que la Cour adopte nécessairement une position équivalente. Parfois, elle cite d'autres textes ou jurisprudences, puis, elle s'en démarque, les utilisant comme argument *a contrario*. Dans son arrêt *Assanidze contre Géorgie*, par exemple, la Cour devait déterminer si l'Etat pouvait être tenu responsable des violations commises sur le territoire de la République autonome d'Adjara. La Cour répond par l'affirmative tout en précisant que « *contrairement à la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969 (article 28), la Convention européenne ne renferme aucune « clause fédérale » qui relativiserait les obligations de l'Etat fédéral s'agissant des faits survenus sur le territoire d'un Etat fédéré* » (25).

2. L'émergence d'une jurisprudence globale

11. La jurisprudence européenne évolue et si la Cour européenne peut parfois, dans un premier temps, résister à l'influence des jurisprudences d'autres systèmes et refuser d'adopter des positions équivalentes, fussent-elles plus protectrices, l'argument comparatif peut, à terme, réussir à la convaincre. Par exemple, en matière de disparitions forcées, la Cour européenne a refusé, dans un premier temps, d'aligner sa jurisprudence sur celle de la Cour interaméricaine, avant de finalement revenir sur

(24) CEDH, *Akdiver et autres contre Turquie*, Exceptions préliminaires, 16 septembre 1996, par. 68.

(25) CEDH, *Assanidze contre Géorgie*, Exceptions préliminaires, 8 avril 2004, par. 141.

cette jurisprudence. Ainsi, dans l'arrêt *Kurt contre Turquie*, relatif aux allégations de disparitions forcées du fils de la requérante après son arrestation par des soldats, la requérante et Amnesty International attireraient l'attention de la Cour dans leurs observations écrites sur divers documents internationaux concernant la question des disparitions forcées (26) et la Commission renvoyait plus précisément aux textes et jurisprudences suivantes : la Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées ; la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies (27) ; la Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes ; et la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (28). Toutefois, dans cet arrêt, la Cour européenne refuse de consacrer les principes jurisprudentiels interaméricains. En l'espèce, elle rejette en effet l'argument de la requérante qui soutenait qu'il fallait présumer la mort et les mauvais traitements de son fils en s'appuyant sur la démonstration de son arrestation initiale, de l'incertitude de son sort, de l'attitude du gouvernement, et de l'existence, dans des circonstances similaires, de cas de disparitions forcées avec torture et exécution sommaire. Cependant, à terme, les références faites à la jurisprudence plus protectrice des autres systèmes en matière de disparitions forcées ont porté leurs fruits. Ainsi, dans l'arrêt

(26) CEDH, *Kurt contre Turquie*, Exceptions préliminaires, 25 mai 1998, par. 63 et s.

(27) CEDH, *Kurt contre Turquie*, Exceptions préliminaires, 25 mai 1998, par. 65 : *Le Comité des droits de l'homme des Nations unies, agissant dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a établi des rapports sur plusieurs affaires de disparitions forcées : Quintero c. Uruguay (107/1981), rapport, Assemblée générale ordinaire, trentième session, supplément n° 40 (1983), annexe XXII, § 14; Mónica c. République dominicaine, décision du 15 juillet 1994, observations du Comité au titre de l'article 5 § 4 du Protocole facultatif au Pacte concernant la communication n° 449/1991, Human Rights Law Journal, vol. 17, n° 1-2, p. 18; Bacasta c. Colombie, décision du 27 octobre 1995, observations du Comité au titre de l'article 5 § 4 du Protocole facultatif au Pacte concernant la communication n° 563/1993, Human Rights Law Journal, vol. 17, n° 1-2, p. 19.*

(28) CEDH, *Kurt contre Turquie*, Exceptions préliminaires, 25 mai 1998, par. 67 : *La Cour interaméricaine des droits de l'homme a examiné la question des disparitions forcées dans plusieurs affaires en vertu des dispositions de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et avant l'adoption de la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes : arrêts Velásquez Rodríguez c. Honduras du 29 juillet 1988 (Inter-Am. Ct. H. R. (Ser. C) n° 4) (1988)), Codinez Cruz c. Honduras du 20 janvier 1989 (Inter-Am. Ct. H. R. (Ser. C) n° 5) (1989)), et Cobellero-Delgado et Santana c. Colombie du 8 décembre 1995 (Inter-Am. Ct. H. R.).*

Timurtas contre Turquie, la Cour européenne a été, semble-t-il, influencée par la jurisprudence interaméricaine en matière de disparitions forcées – jurisprudence qui lui fut présentée et synthétisée par l'une des ONG les plus influentes du système de protection interaméricain, le *Center for Justice and International Law* (CEJIL) – et accepte, au regard des éléments qui lui sont présentés, de présumer le décès d'un détenu disparu (29). Cet exemple illustre l'émergence d'une jurisprudence internationale convergente (*emerging global jurisprudence*) – pour reprendre les termes de Anne-Marie Slaughter analysant le dialogue des juges constitutionnels (30) – dynamique et en constante construction, particulièrement pertinente en matière de droit international des droits de l'homme.

12. Un autre exemple peut être cité. Dans son arrêt *Cruz Varas et autres contre Suède*, rendu en 1991, concernant l'extradition de chiliens, la Cour européenne s'interrogeait sur le caractère juridiquement obligatoire des «instructions», c'est-à-dire des «mesures provisoires» ordonnées par la Commission ou la Cour européenne, et précisait qu'à l'inverse de l'article 63 de la Convention américaine des droits de l'homme, la Convention européenne ne contient aucune clause explicite en la matière (31). L'avantage technique de la Convention américaine qui confie explicitement à la Cour interaméricaine la compétence d'ordonner de telles mesures, est cité ici *a contrario* pour refuser de consacrer le caractère contraignant des mesures de la Cour européenne. Plus tard, dans son arrêt *Mamatkulov et Askarov contre Turquie*, la Cour européenne adopte une position radicalement différente. Elle s'appuie sur «le droit et la pratique internationaux pertinents» en matière de mesures provisoires ou conservatoires afin de conforter sa position qui consiste précisément à affirmer le caractère obligatoire de ses propres mesures (32). Dans ce

(29) CEDH, *Timurtas contre Turquie*, Arrêt sur le fond, 13 juin 2000, par. 79-80.

(30) A.-M. SLAUGHTER, «A Global Community of Courts», *Harvard International Law Journal*, 44, 2003, p. 202.

(31) CEDH, *Cruz Varas et autres contre Suède*, Arrêt sur le fond, 20 mars 1991, par. 94.

(32) CEDH, *Mamatkulov et Askarov contre Turquie*, Grande Chambre, Arrêt sur le fond, 4 février 2005, par. 40-53. CEDH, *Mamatkulov et Arduvasulovic contre Turquie*, Arrêt sur le fond, 6 février 2003, par. 39-52.

cadre, elle cite la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (article 31); les systèmes universels de protection des droits de l'homme, et plus précisément, la position du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et du Comité des Nations Unies contre la torture; la Cour internationale de Justice; et le système interaméricain des droits de l'homme.

3. *La recherche d'une pratique internationale commune*

13. En réalité, la Cour européenne peut jouer un rôle très actif en vue de la recherche d'une pratique internationale commune. Cette dernière devient alors un élément central dans la construction de l'arrêt et permet à la Cour de souligner l'importance d'un principe ou d'une jurisprudence ou encore de justifier, comme nous l'avons vu, une interprétation plus protectrice relative à l'étendue d'un droit ou à ses règles de procédure. La Cour peut, par exemple, affirmer qu'un principe qu'elle énonce a acquis le statut de «norme internationalement acceptée». Par exemple, dans l'arrêt *Soering contre Royaume-Uni*, la Cour rappelle que la prohibition absolue de la torture et des mauvais traitements est une «norme internationalement acceptée» (33) et s'appuie, pour conforter cet argument sur les autres textes internationaux, et en l'espèce, sur le Pacte international sur les droits civils et politiques et sur la Convention américaine des droits de l'homme (34). Dans plusieurs arrêts, la Cour européenne recherche plus modestement le droit et la pratique internes et internationaux des Etats. Par exemple, dans l'arrêt *Ocalan contre Turquie*, la Cour européenne prend en considération sous ce titre «le droit et la pratique internes et internationaux des Etats», la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et la jurisprudence consultative de la Cour interaméricaine pour souligner l'importance du respect des règles du procès équitable en cas de condamnation à la peine capitale (35).

(33) A. notre connaissance, il s'agit du seul arrêt dans lequel la Cour utilise le concept de «norme internationalement acceptée».

(34) CEDH, *Soering contre Royaume-Uni*, Arrêt sur le fond, 7 juillet 1989, par. 88.

(35) CEDH, *Ocalan contre Turquie*, Exceptions préliminaires, Grande Chambre, 12 mai 2005, par. 60: La Cour européenne précise que dans un certain nombre d'affaires concernant

B. — *La pratique du Comité des droits de l'homme*

14. La jurisprudence du Comité des droits de l'homme est fortement influencée par celle de la Cour européenne, et, dans une moindre mesure, par celle de la Cour interaméricaine. Toutefois, à la différence de la Cour interaméricaine qui, comme nous allons le voir, use systématiquement la technique des références croisées, le Comité s'abstient, la plupart du temps, de mentionner ses sources d'inspiration (36).

15. Le peu de références croisées faites à la jurisprudence européenne ou interaméricaine peut s'expliquer en partie par le caractère universel, et non pas régional, du Pacte international sur les droits civils et politiques. En particulier, on peut comprendre que le Comité ne peut privilégier une approche trop occidentale de l'interprétation des droits et libertés, ce dont on pourrait l'accuser s'il construisait sa jurisprudence par des références trop fréquentes à la Convention européenne des droits de l'homme (37). En outre, les ressources du Comité des droits de

← des condamnés à mort, le Comité des droits de l'homme des Nations unies a observé qu'en cas de violation des garanties d'un procès équitable exposées à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'exécution d'une sentence de mort ne serait pas conforme à l'article 6 § 2 du Pacte qui définit les circonstances dans lesquelles la peine capitale peut être exécutée. Dans l'affaire Reid c. Jamaïque (n° 230/1987), le Comité déclara : « [P]rononcer la peine de mort au terme d'un procès dans lequel les dispositions du Pacte n'ont pas été respectées constitue (...) une violation de l'article 6 du Pacte. Comme le Comité l'a noté au paragraphe 7 de son observation générale 6, la disposition qui prévoit que la peine de mort ne peut être prononcée que selon la législation en vigueur et ne doit pas être en contradiction avec les dispositions du Pacte implique que « les garanties d'ordre procédural prescrites dans le Pacte doivent être observées, y compris le droit à un jugement équitable rendu par un tribunal indépendant, la présomption d'innocence, des garanties minima de la défense et le droit de recourir à une instance supérieure ». » Des observations similaires ont été formulées par le Comité dans les affaires Daniël Mbenge c. Zaïre (Communication n° 16/1977, 8 septembre 1977, U.N. Doc. Supp. n° 40, [A/38/40], à 134 [1983]) et Wright c. Jamaïque (Communication n° 349/1989, U.N. Doc. CCPR/C/45/D/349/1989 [1992]).

(36) A.H. ROBERTSON et J.G. MERRILLS, *Human Rights in the World: An Introduction to the Study of the International Protection of Human Rights*, Manchester University Press, Manchester, 3ème édition, 1989, pp. 62-63; A.-M. SLAUGHTER, « A typology of Transjudicial Communication », *University of Richmond Law Review*, 29, 1994, p. 106.

(37) Ainsi, par exemple, dans l'affaire Hertzberg et autres contre Finlande, le Comité juge que la censure de diffusion d'une émission de radio et d'un programme télévisé portant sur l'homosexualité restreint la liberté de l'article 19.2. Cependant, la restriction lui paraît en l'espèce conforme à l'article 19.3. En effet, selon le Comité la notion de « moralité publique » →

l'homme sont limitées, ce qui réduit les possibilités d'analyses comparées systématiques. Il appartient donc aux parties de soulever des arguments puisés dans la comparaison des jurisprudences internationales et l'allégation de pratiques internationales communes. Enfin, notons que les décisions du Comité des droits de l'homme sont généralement fort brèves et laissent peu de place au détail du raisonnement juridique du Comité.

1. *Les références aux systèmes européen et interaméricain*

16. Concrètement, les rares références aux autres systèmes de protection, et en particulier aux systèmes interaméricain et européen, sont suggérées par les parties. Il est malaisé de déterminer l'influence de ces références croisées sur les décisions du Comité (38). Citons toutefois quelques exemples.

17. Dans l'affaire *Malcolm Ross contre Canada* — dans le cadre de laquelle un enseignant avait été sanctionné pour ses écrits considérés « anti-juifs » —, le requérant se référait à l'arrêt de la Cour strasbourgeoise *Vogt contre Allemagne* — dans le cadre duquel la Cour européenne avait condamné l'Etat pour la violation des articles 10 et 11 de la Convention européenne après avoir

← est relative et implique que l'Etat jouisse à cet égard d'une certaine marge d'appréciation. Celle-ci lui permet de décider s'il convient, moralement, de diffuser ou non des programmes relatifs à l'homosexualité. En l'espèce, l'organe administratif de censure avait jugé que les programmes litigieux étaient de nature à « encourager les comportements homosexuels » (*encouraging homosexual behaviour*). Le Comité ajoute que la censure se justifie également sur le plan technique en raison du fait que l'audience des radios et des télévisions ne peut être contrôlée et que des mineurs pourraient plus particulièrement être affectés. Cette décision est inédite en raison du mécanisme juridique de « marge d'appréciation » qu'elle applique après l'avoir emprunté à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle a fait l'objet de vives critiques étant donné que la marge nationale d'appréciation ne semble pas adaptée aux caractéristiques de la configuration du système universel qui intègre des Etats aux cultures parfois très différentes : la marge nationale d'appréciation exposerait le Pacte international des droits civils et politiques à de trop grands risques d'éclatements et d'interprétations contradictoires. S. JOSEPH, J. SCHULZ et M. CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 2^e édition, Oxford University Press, New York, 2004, pp. 527-528.

(38) Dans certaines affaires, la référence à d'autres instruments ou jurisprudences faite par l'auteur de la communication ou par l'Etat n'est pas discutée pour des raisons de procédure. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *J.P.K. contre Hollande*, l'Etat se référait à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui avait reconnu l'indépendance et l'impartialité — contestées en l'espèce — des tribunaux militaires hollandais. C.D.H., J.P.K. c. Pays-Bas, 7 novembre 1991, Communication n° 40/1990, par. 4.3.

constaté en fait qu'une enseignante allemande avait été poursuivie disciplinairement pour ses activités politiques auprès du parti communiste, jugées incompatibles avec son statut de fonctionnaire public (39). L'échange d'arguments entre les parties est intéressant car tandis que le requérant insiste sur la similitude avec l'affaire Vogt, l'Etat contre-argumente en soulignant les différences entre les deux affaires, cet échange donnant presque l'impression que l'arrêt Vogt de la Cour européenne constitue un précédent liant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Mais, si les parties usent la technique du référencement croisé, le Comité, comme nous l'avons souligné, évite d'intégrer directement ces références dans son dispositif. Ainsi, par exemple, dans plusieurs affaires mettant en cause la Jamaïque, les requérants soutenaient que l'utilisation d'une canne de tamarin pour flageller une personne constituait en soi une punition cruelle, inhumaine et dégradante violant l'article 7 du Pacte, en s'appuyant, *inter alia*, sur l'arrêt *Tyler contre Royaume-Uni* de 1978 dans le cadre duquel, la Cour européenne juge que le châtiment judiciaire corporel subi par la victime, similaire à la pratique jamaïcaine, était contraire à l'article 3 de la Convention européenne. Dans ses constatations, le Comité ne se réfère pas directement à la jurisprudence européenne mais adopte une position équivalente (40). Le Comité est plus direct dans l'affaire *Kindler contre Canada* relatif à l'extradition d'un condamné à mort par un jury américain vers les Etats-Unis où il risquait d'être effectivement exécuté. Le Comité indique tout d'abord que pour déterminer si, dans telle ou telle affaire, l'imposition de la peine capitale pourrait constituer une violation de l'article 7, il convient de prendre en considération les facteurs personnels pertinents relatifs à l'auteur de la communication, les conditions précises de détention dans le quartier des condamnés à mort et la question de savoir si la méthode d'exécution envisagée est ou

(39) CDH, *Malcolm Ross c. Canada*, 26 octobre 2000, Communication n° 736/1997, CCPR/C/70/D/736/1997.

(40) CDH, *George Osborne c. Jamaïque*, 13 avril 2000, Communication n° 759/1997, CCPR/C/68/D/759/1997; CDH, *Higginson c. Jamaïque*, 29 avril 2002, Communication n° 792/1998, CCPR/C/74/D/792/1998; CDH, *Enrol Fryce c. Jamaïque*, 13 mai 2004, Communication n° 793/1998, CCPR/C/80/D/793/1998.

non particulièrement horrible. L'organe de protection du Pacte souligne ensuite qu'il a, dans ce contexte, accordé jusqu'ici une grande attention à l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Soering contre Royaume-Uni*. Il note cependant en l'espèce que plusieurs faits importants dont l'existence a conduit à l'arrêt de la Cour européenne étaient fort différents, sur des points essentiels, des faits de la présente affaire. En particulier, les faits diffèrent en ce qui concerne l'âge et l'état mental du délinquant et les conditions de détention dans le quartier des condamnés à mort dans les systèmes pénitentiaires respectifs. Le conseil de l'auteur n'a pas présenté d'observations particulières sur les conditions de détention en Pennsylvanie ou sur la possibilité d'un retard prolongé dans l'exécution de la peine ou sur les effets d'un tel retard; il n'a pas non plus présenté d'observations sur le mode d'exécution. Le Comité a également eu l'occasion de noter qu'il y avait dans l'affaire *Soering* – à la différence de la présente affaire – une demande simultanée d'extradition émanant d'un Etat dans lequel la peine de mort ne serait pas imposée. En conséquence, le Comité conclut que les faits, tels qu'ils lui ont été soumis en l'espèce, ne révèlent pas de violation des articles 6 et 7 du Pacte par le Canada. La particularité de cette décision réside dans le fait que le Comité compare directement et explicitement les éléments de fait sur lesquels il doit se prononcer à la lumière de l'arrêt européen rendu dans l'affaire *Soering*. Si la solution finalement adoptée n'est pas la même, le Comité déploie certains efforts afin de justifier sa position, comme s'il était tenu par le précédent de la jurisprudence strasbourgeoise. Cette décision semble confirmer que le Comité est soucieux de l'existence d'une pratique internationale commune ou de la cohérence d'une jurisprudence globale sur des problèmes aussi centraux que celles de la peine de mort.

18. Un autre exemple soulignant l'effet convergent et la globalisation de la jurisprudence en matière de droits de l'homme peut encore être cité. En effet, la jurisprudence du Comité en matière de disparitions forcées a considérablement évolué et semble avoir été influencée par la jurisprudence de la Cour interaméricaine rendue en la matière. Dans l'affaire *Sarma contre Sri*

Lanka (41), le requérant se référait avec insistance à la jurisprudence interaméricaine. Le Comité semble se laisser partiellement influencer par l'argument de la référence croisée. Citant sa propre jurisprudence antérieure et la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées des Nations Unies (42), le Comité souligne que, sur le plan des principes, tout acte conduisant à une disparition de ce type constitue une violation *multiple* (43) et *continue* du Pacte. La jurisprudence du Comité intègre, dans cette décision, en particulier deux principes propres à la jurisprudence interaméricaine, allégués par le requérant. D'une part, le Comité consacre implicitement l'idée selon laquelle il peut, à l'instar de la Cour interaméricaine, présumer le décès de la personne disparue (44). D'autre part, le Comité accepte de tirer toutes les conséquences du caractère *con-*

(41) CDH, *Sarma c. Sri Lanka*, 31 juillet 2003, Communication n° 950/2000, CCPR/C/78/D/950/2000. Dans cette affaire, le Comité se réfère explicitement à la définition de l'expression « disparitions forcées » figurant à l'alinéa 1 du paragraphe 2 de l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale : « Par « disparitions forcées », 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 le consentement de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de résider 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 ». Cette définition est sensiblement la même que celle appliquée dans le cadre du système interaméricain.

(42) Article 1.2 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, résolution 47/133 de l'Assemblée générale, documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément no 49, Document A/47/49 (vol. I), 1992, p. 221. Adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 47/133 du 18 décembre 1992.

(43) CDH, *Sarma c. Sri Lanka*, 31 juillet 2003, Communication n° 950/2000, CCPR/C/78/D/950/2000, par. 9.4. et s. Les disparitions forcées portent atteinte à un grand nombre de droits consacrés dans le Pacte, notamment le droit de tout individu à la liberté et à la sécurité de sa personne (art. 9), le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 7) et le droit de toute personne privée de sa liberté d'être traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine (art. 10.1). Ce type d'acte viole en outre le droit à la vie ou le met gravement en danger (art. 6). Cependant, à la différence de la Cour interaméricaine, le Comité n'induit pas des faits de disparition forcée les violations de ces divers articles et décide de poursuivre l'analyse de la violation alléguée de chaque article séparément. Voy. CDH, *Blaier c. Uruguay*, 29 mars 1982, Communication n° 30/1978, CCPR/C/15/D/30/1978; CDH, *Quintanos c. Uruguay*, 21 juillet 1983, Communication n° 107/81, CCPR/C/19/D/107/1981.

(44) En effet, en l'espèce, le Comité ne retient pas la violation de l'article 6 du Pacte notant que « l'auteur ne lui a pas demandé de conclure au décès de son fils » et qu'il réclame en réparation « le décès de son fils, indiquant qu'il n'a pas abandonné l'espoir de le voir revenir ». Le Comité conclut qu'en de telles circonstances « il ne lui appartient pas de presumer le décès du fils de l'auteur » et « juge approprié de ne formuler aucune constatation au titre de l'article 6 ». CDH, *Sarma c. Sri Lanka*, 31 juillet 2003, Communication n° 950/2000, CCPR/C/78/D/950/2000, par. 9.6.

tinu de la violation que constitue la disparition forcée en énonçant que « même si l'enlèvement puis la disparition présumés du fils de l'auteur avaient eu lieu avant l'entrée en vigueur du Protocole facultatif à l'égard de l'État partie, les violations du Pacte, si leur réalité était confirmée par l'examen au fond, avaient pu avoir lieu ou se poursuivre après l'entrée en vigueur du Protocole facultatif » (45). Or tout l'enjeu d'une telle jurisprudence réside dans le fait que la reconnaissance du caractère continu des violations qui résultent d'une disparition forcée permet, dans certains cas, de faire échec à l'exception d'incompétence *ratione temporis* qui pourrait être soulevée par l'État (46). L'énoncé de ce principe, manifestement emprunté au juge interaméricain, dans la jurisprudence du Comité est dès lors susceptible d'avoir des conséquences pratiques importantes. Si l'influence interaméricaine n'est pas expressément mentionnée, il est clair que le Comité a été sensible aux arguments du requérant qui citait explicitement la jurisprudence interaméricaine.

2. Les références aux autres textes et jurisprudences des Nations Unies

19. Nous avons souligné les quelques raisons qui permettent d'expliquer sans doute la quasi-absence de références croisées dans la jurisprudence du Comité, et en particulier nous avons relevé que le caractère universel du système s'accommodait sans doute difficilement de références croisées vers des systèmes régionaux. Mais, il est encore plus surprenant de constater que le

(45) CDH, *Sarma c. Sri Lanka*, 31 juillet 2003, Communication n° 950/2000, CCPR/C/78/D/950/2000, par. 6.2.

(46) Voy. par exemple, contra : CDH, *Inostroza et consortis c. Chili*, 16 septembre 1999, Communication n° 717/1996, CCPR/C/66/D/717/1996, par. 6.4 : Le Comité note que les faits qui ont donné lieu aux plaintes des auteurs se sont produits avant la ratification par l'État partie du Protocole facultatif, le 23 mars 1976. Ces plaintes sont donc irrecevables *ratione temporis*. L'arrêt rendu par la Cour suprême en 1995 ne peut être considéré comme un fait nouveau susceptible de porter atteinte aux droits à une personne qui a été tuée en 1973. En conséquence, la communication est irrecevable en vertu de l'article premier du Protocole facultatif et le Comité n'a pas à examiner la question de savoir si la déclaration faite par le Chili lors de la ratification du Protocole facultatif doit être considérée comme une réserve ou une simple déclaration. Voy. également l'opinion individuelle de Bertil Wennergren annexée à : CDH, *S. E. c. Argentine*, 4 avril 1990, Communication n° 275/1988, CCPR/C/38/D/275/1988.

Comité des droits de l'homme des Nations Unies se réfère peu aux autres traités des Nations Unies.

20. La coexistence des systèmes conventionnels des Nations Unies emporte des conséquences pratiques qu'il convient de mentionner. En effet, les sept principaux traités des Nations Unies (47) sont protégés par des organes indépendants, tandis que certaines dispositions de ces traités consacrent des droits et libertés similaires. Aussi paradoxal que celui puisse paraître, il existe une certaine forme de « concurrence » entre les systèmes conventionnels des Nations Unies. En effet, le Pacte international sur les droits civils et politiques, en tant qu'instrument à portée générale, protège *inter alia* la prohibition de la torture, la non-discrimination, les droits des enfants, qui sont consacrés par ailleurs par des instruments spécifiques des Nations Unies. Concrètement, une victime de mauvais traitements pourrait, à condition que l'Etat en cause ait ratifié les instruments utiles, saisir soit le Comité des droits de l'homme, soit le Comité contre la torture. Il « n'y a pas de passerelle d'une convention à une autre » dans le système universel (48). Ce dernier est hétérogène et multiple : les Etats parties aux traités ne sont pas toujours les mêmes, les mécanismes de contrôle varient et les notions et concepts divergent d'un instrument à l'autre. A cette carence de cohérence institutionnelle, s'ajoute la pauvreté du dialogue entre les organes conventionnels, notamment par le biais des références croisées. Par exemple, le Comité des droits de l'homme semble réticent à l'idée de se référer aux autres instruments universels. Une exception doit cependant être notée. En effet, le Comité interprète largement la notion de discrimination et se réfère, *inter alia*, aux autres instruments universels portant sur cette matière. Mais en

(47) Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; Pacte international relatif aux droits civils et politiques; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; Convention relative aux droits de l'enfant; Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

(48) Voy. l'opinion de Madame Chanut dans les débats in F. SUDRE (Dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies - Les communications individuelles*, IDEDH, Montpellier, 1995, p. 190.

matière de torture par exemple, il ne semble pas souhaiter rapprocher sa jurisprudence de celle du Comité contre la torture, ni désireux de se référer à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (49). Cela n'implique pas pour autant que la jurisprudence du Comité n'est pas influencée par celle des autres organes universels (50). Mais il évite, de manière générale, de mettre explicitement en avant ces influences ou références (51). Sans doute, ici encore, le statut particulier du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, et sa prétention universaliste, permet de mieux comprendre la réserve de l'organe du Pacte de New York à l'égard de la technique du référencement croisé. Fonder la construction de sa jurisprudence en référence à d'autres traités des Nations Unies (ou à la jurisprudence de l'organe du traité) risquerait de mettre en péril la légitimité et l'autorité de ses décisions face aux Etats parties au Pacte international sur les droits civils et politiques qui n'ont pas ratifié le traité auquel le Comité ferait explicitement référence. S'ajoute à cette hypothèse susceptible d'expliquer partiellement le peu d'interaction et de dialogue entre les organes conventionnels, le manque de communication, notamment « institutionnelle » entre ces instances. Notons d'ailleurs que pour y remédier, désormais, les présidents des différents organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme des Nations Unies se réunissent régulièrement afin de servir de tribune pour l'échange d'idées et d'informations sur les

(49) Dans l'affaire *Cox contre Canada*, le conseil de l'auteur de la communication soutient qu'il serait injuste d'interpréter les articles 7 et 10 du Pacte à la lumière des dispositions plus détaillées de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Les deux instruments ont été élaborés par la même Organisation et font partie du même système international de défense des droits de l'homme. La Convention contre la torture vise à assurer une protection plus détaillée et spécialisée; elle représente un enrichissement par rapport au Pacte. Voy. CDH, Keith Cox c. Canada, 9 décembre 1994, Communication n°539/1993, CCPR/C/52/D/539/1993.

(50) Voy. S. JOSEPH, J. SCHULTZ et M. CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 2^e édition, Oxford University Press, New York, 2004.

(51) Selon Jean Dhommeaux, la jurisprudence et les prises de position du Comité montrent sa volonté « de s'affirmer en tant que seul organe universel de protection des droits de l'homme ». J. DHOMMEAUX, « Le Comité des droits de l'homme : 25 ans d'expériences », in *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 676.