

LE DROIT COUTUMIER, LES NORMES IMPÉRATIVES (*JUS COGENS*), ET LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

*William A. Schabas**

La Cour européenne des droits de l'homme fait appel à diverses sources de droit international afin d'interpréter les normes relatives aux droits de la personne énoncées dans la *Convention européenne des droits de l'homme*. Elle l'a souvent justifiée en se référant à l'article 31 (3) c) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, qui invite l'interprète de tenir compte de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Bien que la Cour ne fasse aucune distinction réelle entre les instruments de droit conventionnel qui peuvent être applicables et d'autres sources, telles que les résolutions, directives et principes adoptés au niveau international, elle ne considère presque jamais le droit international coutumier en tant que source de droits fondamentaux. Exceptionnellement, elle se réfère à la coutume internationale en ce qui concerne le principe de légalité, conformément au texte de l'article 7. La Cour a fréquemment examiné le droit international coutumier, mais sur des questions autres que les droits fondamentaux, comme les immunités des États. La Cour a également déclaré que certaines normes relèvent du *jus cogens*. L'article examine l'utilisation du droit international coutumier et du *jus cogens* par la Cour européenne des droits de l'homme et propose qu'à l'avenir, elle fasse une utilisation plus importante de ces sources.

The European Court of Human Rights consults a range of international law sources for purposes of interpreting the human rights norms set out in the *European Convention on Human Rights*. It has often justified this with reference to article 31(3)c) of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, which invites consideration of "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties". Although the Court does not make any real distinction between treaty law instruments that may be applicable and other sources, such as resolutions, guidelines and principles adopted at the international level, it almost never considers customary international law as a source of fundamental rights. Exceptionally, it refers to customary international with respect to the principle of legality, in accordance with the text of article 7. The Court has frequently considered customary international law, but on issues other than fundamental rights, such as State immunities. The Court has also declared that certain norms are *jus cogens*. The article reviews the use of customary international law and *jus cogens* by the Court, and proposes that in the future it should make greater use of these sources.

La Corte Europea de Derechos Humanos tiene varias fuentes de derecho internacional para interpretar las normas de derechos humanos enunciados en la *Convención europea de derechos humanos*. La Corte lo justifico de manera seguida haciéndole referencia al artículo 31 (3) c) de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, la cual invita el interprete a tener en cuenta de "todo reglamento de derecho internacional importante que puede ser aplicado en las relaciones entre las partes". Aunque la Corte no hace verdadera distinción entre los instrumentos de derecho convencionales que pueden ser aplicables y otras fuentes, como las resoluciones, las directivas y los principios adoptados al nivel internacional, no considera casi nunca el derecho internacional consuetudinario. Excepcionalmente, se refiere al derecho internacional consuetudinario en lo que concierne el principio de legalidad, en conformidad con el texto del artículo 7. La Corte examino de seguido el derecho internacional consuetudinario, pero en el contexto de otras cuestiones ajenas a los derechos fundamentales, como las inmunidades de los Estados. La Corte también declaro que algunas normas son del *ius cogens*. El articulo examina la utilización del derecho internacional consuetudinario et del *ius cogens* por la Corte europea de derecho humanos y propone que, en un futuro, ella haga una utilización más importante de esas fuentes.

* Professeur de droit international, Middlesex University London; Professeur de droit international pénal et des droits de l'homme, Universiteit Leiden.

La *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹ n'a pas de clause de droit applicable, à la différence des statuts d'autres tribunaux internationaux comme, par exemple, la Cour internationale de justice² et la Cour pénale internationale³. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, la Cour européenne) ne vit pas en vase clos juridique où la seule source de droit applicable est la *Convention européenne* elle-même. Les arrêts de la Grande chambre contiennent presque systématiquement une section intitulée « Les textes internationaux », « Le droit et la pratique internationaux pertinents », « Autres textes internationaux » ou simplement « Le droit international ». Dans ce contexte, elle peut faire référence aux traités multinationaux et à d'autres instruments de l'Organisation des Nations unies, de l'Organisation internationale du travail ainsi qu'à des systèmes régionaux africains et américains, aux résolutions telle la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁴, aux conventions de droit international humanitaire, et aux observations et constatations des organes de traités tels que le Comité des droits de l'homme.

Pourtant, les arrêts de la Cour européenne ne contiennent jamais de rubrique intitulée « droit international coutumier » ou « *jus cogens* ». Dans un arrêt récent concernant l'interdiction de l'esclavage et l'interprétation de l'article 4 de la *Convention européenne*⁵, la Grande chambre a fait état d'un nombre important d'instruments internationaux sur le sujet sans pour autant mentionner l'important rôle du droit coutumier⁶ ou le fait que la Commission du droit international a mis l'interdiction de l'esclavage sur sa liste non exhaustive de normes de *jus cogens*⁷. Les références au droit international coutumier et au *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour sont excessivement rares. Le dernier renvoi par la Grande chambre au droit international coutumier remonte à 2018. Le requérant avait plaidé que le droit d'accès à la justice prévu à l'article 6 de la *Convention européenne* imposé sur l'État une obligation d'exercer une

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

² *Charte des Nations Unies et Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, 33 RTNU 993, RT Can 1945 n° 7 art 38(1) [*Statut de la CIJ*].

³ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 38544 art 21 (entrée en vigueur : 1er juillet 2002) [*Statut de Rome*].

⁴ *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 universelle*].

⁵ *S.M. c Croatie* [GC], n° 60561/14 (25 juin 2020) aux para 107-94.

⁶ *Procureur c Alex Tamba Brima*, SCSL-04-16-T, Jugement (20 juin 2007) au para 705 (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre de 1^{ère} instance II); *Procureur c Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-2026, Décision relative à la compétence juridictionnelle de la Cour (4 janvier 2017) au para 51 (Cour pénale internationale); David Weissbrodt et Anti-Slavery International, *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, Doc off OHCHR (2002) HR/PUB/02/4, 1 à la p 3; Renee Colette Redman, « The League of Nations and the Right to be Free from Enslavement : The First Human Right to be Recognized as Customary International Law », (1994) 70 : 10 Chicago-Kent L Rev 759 à la p 759.

⁷ *Rapport de la Commission du droit international*, Doc off CDI, 71^e sess, supp n°10, Doc NU, A/74/10 (2019) à la p 155 [*Rapport de la Commission du droit international*, CDI 2019]; voir aussi un arrêt récent de la Cour suprême du Canada : *Nevsun Resources Ltd. c Araya*, 2020 SCC 5 au para 101, 443 DLR (4th) 183, juge Abella [*Nevsun*].

compétence universelle en matière civile pour actes de torture. Selon la Grande chambre,

[s]’agissant d’une éventuelle coutume internationale, il découle de l’étude de droit comparé entreprise par la Cour que, parmi les 39 États européens examinés, seuls les Pays-Bas reconnaissent la compétence universelle en matière civile pour des actes de torture [...]. On ne saurait dès lors parler d’une compétence universelle au sens absolu s’agissant de cette affaire-là⁸.

La Cour européenne a très souvent invoqué la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁹, dont l’entrée en vigueur date de 1980, trente ans après l’adoption de la *Convention européenne*. Dans son arrêt *Golder*¹⁰, de 1975, prononcé quelques années avant l’entrée en vigueur de la *Convention de Vienne*, la Cour s’est inspirée des articles 31 à 33. Selon l’arrêt,

[c]ette convention n’est pas encore en vigueur et elle précise, en son article 4, qu’elle ne rétroagira pas, mais ses articles 31 à 33 énoncent pour l’essentiel des règles de droit international communément admises et auxquelles la Cour a déjà recouru¹¹.

Dans la version anglaise de l’arrêt, la Cour a parlé de « *generally accepted principles of international law to which the Court has already referred on occasion* ». Dans une décision beaucoup plus récente, la Cour a affirmé qu’elle tient compte « des dispositions de la *Convention de Vienne*, pour autant qu’elles codifient le droit international préexistant, et en particulier de son article 31 § 3 c) »¹².

L’article 31 de la *Convention de Vienne* décrit la « règle générale » de l’interprétation : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »¹³. Selon l’article 31(3)(c), dans la recherche du « sens ordinaire » du texte, « [i]l sera tenu compte, en même temps que du contexte : [...] c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties »¹⁴. Selon la Cour,

lorsqu’elle examine le but et l’objet des dispositions de la *Convention*, elle prend également en considération les éléments de droit international dont relève la question juridique en cause. Ensembles constitués des règles et principes acceptés par une grande majorité des États, les dénominateurs communs des normes de droit international ou des droits nationaux des États européens reflètent une réalité, que la Cour ne saurait ignorer lorsqu’elle est appelée à clarifier la portée d’une disposition de la *Convention* que le recours

⁸ *Naït-Liman c Suisse* [GC], n° 51357/07 (15 mars 2018) aux para 183, 200-01 [*Naït-Liman* [GC] (2018)].

⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*].

¹⁰ *Golder c Royaume-Uni*, (1975) 18 Cour Eur DH (Sér A) au para 29 [*Golder*].

¹¹ *Ibid.* Voir aussi les opinions des juges Zekia et Verdross dans *Ringeisen c Autriche* (1971) 13 Cour Eur DH (Sér A).

¹² *Stichting Mothers of Srebrenica et autres c Pays-Bas* (déc), n° 65542/12, [2013] III CEDH 285 [*Stichting mothers of Srebrenica*].

¹³ *Convention de Vienne*, *supra* note 9, art 31(1).

¹⁴ *Ibid.*, art 31(3)(c).

aux moyens d'interprétation classiques n'a pas permis de dégager avec un degré suffisant de certitude¹⁵.

Ces « règles pertinentes », selon la Cour, « sont le reflet de principes de droit international communément admis ayant déjà acquis valeur de droit coutumier »¹⁶.

I. L'émergence du droit coutumier des droits de la personne

Avec les conventions et les principes généraux, la coutume est l'une des sources principales de droit international. Elle est décrite à l'article 38(1)(b) du *Statut de la Cour internationale de justice* : « la coutume comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit »¹⁷. Dans son étude récente au sujet de la détermination du droit international coutumier, la Commission du droit international a insisté sur l'importance des deux éléments de la coutume, la pratique étatique et l'*opinio juris*¹⁸.

D'une manière générale, dans de nombreux domaines du droit international, il est clair que le droit coutumier s'est développé bien avant le droit conventionnel. Dans un article publié dans un des premiers numéros de la *American Journal of International Law*, le professeur Lassa Oppenheim de l'Université de Cambridge a expliqué qu'avec le développement du droit international, le droit coutumier serait « *pushed into the background* »¹⁹. L'avenir appartient aux traités, il croyait²⁰. L'un de ces domaines où la coutume a précédé la codification est le droit international humanitaire, qui est étroitement lié au droit international des droits de la personne. Cependant, ce modèle de l'évolution du droit international ne se manifeste pas dans le droit international des droits de la personne. Certes, il existe de nombreuses preuves d'une importance croissante des droits fondamentaux en droit interne, datant des révolutions américaine et française. Étant donné que les droits fondamentaux impliquaient des questions qui étaient considérées comme étant de nature essentiellement interne, le saut au niveau international ne s'est réellement produit qu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. En droits de la personne, à la différence du droit humanitaire, la codification précède la coutume.

Aujourd'hui, il n'est pas rare que ceux qui négocient un traité ou une déclaration se réfèrent au droit international coutumier. Mais en 1947 et 1948, lors des travaux préparatoires de la *Déclaration universelle* et les premiers projets du *Pacte*

¹⁵ *Opuz c Turquie*, n° 33401/02 (9 juin 2009) au para 184.

¹⁶ *Perinçek c Suisse* [GC], n° 27510/08, [2015] VII CEDH 181 [*Perinçek* [GC] (2015)] au para 150; *Bianchi c Suisse*, n°7548/04 (2006) au para 81; *Stoll c Suisse* [GC], n° 69698/01, [2007] V CEDH 205 au para 59; *Janowiec et al. c Russie* [GC], n° 55508/07, [2013] V CEDH 203 aux para 3, 5, juge Wojtyczek, opinion en partie concordante et en partie dissidente.

¹⁷ *Statut de la CIJ*, *supra* note 2, art 38(1)(b).

¹⁸ *Rapport de la Commission du droit international*, Doc off CDI, 70^e sess, supp n°10, Doc NU A/73/10 (2018) aux pp 123-66 [*Rapport de la Commission du droit international*, CDI 2018].

¹⁹ Lassa Oppenheim, « The Science of International Law: Its Task and Method » (1908) 2 AJIL 313 à la p 349.

²⁰ *Ibid.*

*international relatif aux droits civils et politiques*²¹ et du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*²², il n'y avait que quelques références isolées à la coutume internationale. C'est le délégué belge à la troisième commission de l'Assemblée générale, Fernand Dehousse, qui a fait une déclaration formelle sur la portée juridique de la *Déclaration universelle*. Selon Dehousse, un certain nombre des principes qui seraient inscrits dans la *Déclaration universelle*

ne feront que répéter des règles figurant déjà dans le droit coutumier des nations et reconnues, par conséquent, par le droit international non écrit ; le fait de les transcrire dans une déclaration internationale ne peut priver ces règles de la valeur obligatoire qu'elles possèdent déjà²³.

En revanche, disait Dehousse, « d'autres principes qui seront inscrits dans la *Déclaration universelle* ne relèvent pas du droit des gens coutumier, et le fait de les inclure ne leur donnera certes pas une valeur obligatoire »²⁴. Il n'a pas fourni d'exemples. Quelques jours plus tard, lorsque Dehousse a encore signalé l'importance du droit coutumier²⁵, René Cassin a confirmé « que sa délégation entend par "droit international" le droit positif, aussi bien coutumier qu'écrit »²⁶. Écrivant peu de temps après l'adoption de la *Déclaration universelle*, Hersch Lauterpacht rejetait explicitement les commentaires de Dehousse sur sa signification juridique, insistant sur le fait qu'avant l'adoption de la *Charte des Nations unies*²⁷, « *apart from the precarious doctrine of humanitarian intervention, international law considered these matters to be within the exclusive domestic jurisdiction of the state* »²⁸. Pour Lauterpacht, le droit international coutumier en matière de droits de la personne était inexistant.

Il y a eu peu de discussions au sujet de droit international coutumier des droits de la personne dans les années qui ont suivi l'adoption de la *Déclaration universelle*. En 1965, Humphrey Waldock, qui serait bientôt élu juge britannique à la Cour européenne des droits de l'homme, a écrit que la *Déclaration universelle* était revêtue du « *character of customary international law* »²⁹. L'année suivante, le rôle de la coutume en droits de la personne a été souligné par le juge Kōtarō Tanaka de la Cour internationale de justice dans les affaires du Sud-ouest africain³⁰. Seán MacBride, un

²¹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [PIDCP].

²² *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

²³ Doc off AG NU, 3^e sess, 108^e séance, compte rendu A/PV.147 (1948) à la p 200.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Doc off AGNU, 3^e sess, 116^e séance, compte rendu A/PV.147 (1948) à la p 270.

²⁶ *Ibid* à la p 275.

²⁷ *Charte des Nations unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7.

²⁸ Hersch Lauterpacht, « The Universal Declaration of Human Rights » (1948) 25 Brit YB Intl L 354 à la p 365; Hersch Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, Londres, Stevens & Sons, 1950 à la p 407.

²⁹ Humphrey Waldock, « Human Rights in Contemporary International Law and the Significance of the European Convention » (1965) 11 ICLQ Supplementary Publication 1 à la p 15.

³⁰ *Sud-Ouest africain, deuxième phase (Éthiopie c Afrique du Sud ; Libéria c Afrique du Sud)* [1966] CIJ Rec 6, aux pp 293-94, juge Tanaka, opinion dissidente.

des rédacteurs de la *Convention européenne* lorsqu'il était ministre irlandais des affaires étrangères³¹, et plus tard l'avocat du requérant notoire Gerard Richard Lawless devant la Commission européenne des droits de l'homme, a écrit dans le *Courrier de l'UNESCO* en 1968, à l'occasion du vingtième anniversaire de l'adoption de la *Déclaration universelle*, que

*there is a growing view among international lawyers that some of its provisions, which are justiciable, now form part of customary international law [...]. The Universal Declaration does now represent in written form the basis for the law of nations, the laws of humanity and the dictates of the public conscience as accepted in the twentieth century*³².

Dans les années 1980, le droit international coutumier des droits de l'homme a suscité un grand intérêt parmi des universitaires américains³³. Cela s'explique par une certaine frustration avec la lenteur de la ratification des traités par le gouvernement américain. Il a également été motivé par une ouverture des tribunaux américains envers la coutume résultant de la redécouverte de la *Alien Tort Claims Act*³⁴. En 1987, le American Law Institute a publié une liste relativement courte de normes coutumières : les prohibitions de génocide, de l'esclavage, du meurtre et de la disparition, de torture et d'autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants, de la détention arbitraire prolongée, de la discrimination raciale systématique, et d'un *pattern* de violations graves de droits humains internationalement reconnus³⁵. Cette liste, et plus généralement l'engouement des universitaires américains, a suscité des critiques, entre autres parce qu'elle correspondait essentiellement au contenu du *Bill of Rights*³⁶ tel qu'amendé) et qu'elle ignorait complètement les droits économiques, sociaux et culturels³⁷.

Mais la vision américaine a eu un appui inattendu du Comité des droits de l'homme qui a proposé, dans une Observation générale adoptée en 1994, qu'une réserve à l'encontre d'une norme coutumière est contraire à l'objet et au but du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*³⁸ :

Ainsi, un État ne peut se réserver le droit de pratiquer l'esclavage ou la torture, de soumettre des personnes à des traitements ou peines cruels,

³¹ Voir William A. Schabas, « Ireland, the European Convention on Human Rights and the Personal Contribution of Seán Mac Bride » dans John Morrisson, Kieran McEvoy et Gordon Anthony, dir, *Judges, Transition, and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 251 aux pp 251-73.

³² Sean MacBride, « The New Frontiers of International Law » (1968) *UNESCO Courier* 26 à la p 26.

³³ Louis B. Sohn, « The New International Law : Protection of the Rights of Individuals Rather than States », (1982) 32 *Am U L Rev* 1; Oscar Schachter, « International Law in Theory and Practice: General Course in Public International Law » (1982) 178 *Collected courses of the Hague Academy of International Law* 21; Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Oxford University Press, 1989.

³⁴ 22 USC §1350 (1948); *Filártiga v Peña-Irala*, 630 F (2d) 876 à la p 885 (2^d Cir 1980).

³⁵ *Restatement (Third) of the foreign relations law of the United States* au para 702 (1987).

³⁶ US Const amend I-X.

³⁷ Bruno Simma et Philip Alston, « The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles » (1992) 12 *Australian YB of Intl L* 82; Martti Koskiennemi, « The Pull of the Mainstream » (1990) 88 : 6 *Mich L Rev* 1946.

³⁸ *PIDCP*, *supra* note 21.

inhumains ou dégradants, de les priver arbitrairement de la vie, de les arrêter et de les détenir arbitrairement, de dénier le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, de présumer une personne coupable tant que son innocence n'a pas été établie, d'exécuter des femmes enceintes ou des enfants, d'autoriser l'incitation à la haine nationale, raciale ou religieuse, de dénier à des personnes nubiles le droit de se marier, ou de dénier aux minorités le droit d'avoir leur propre vie culturelle, de professer leur propre religion ou d'employer leur propre langue³⁹.

Les travaux préparatoires de ce paragraphe sont complètement opaques⁴⁰. Le Comité n'est jamais revenu sur la question du droit coutumier.

II. Le droit coutumier et la Cour européenne des droits de l'homme

Il ne semble pas être fait mention du droit international coutumier dans les travaux préparatoires de la *Convention européenne*. Dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme, on trouve de rares mentions du droit coutumier au sujet du droit des traités⁴¹, de la compétence de la Commission⁴² et sur les immunités⁴³. Dans la jurisprudence de la Cour, à part quelques mentions insignifiantes dans les plaidoiries et des opinions dissidentes⁴⁴, c'est le juge Loucaides qui fait la première véritable référence au droit coutumier dans deux affaires concernant des atrocités commises en Allemagne de l'Est. Les requérants avaient invoqué le principe de légalité prévu à l'article 7 de la *Convention européenne*⁴⁵. L'arrêt de la Cour a jugé que le droit interne en vigueur était prévisible et accessible et donc conforme à l'article 7. Dans ses opinions concordantes, le juge Loucaides souhaitait qu'on aborde le problème sous l'angle des crimes contre l'humanité en vertu du droit international coutumier⁴⁶. Il s'est appuyé sur un jugement récent de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie⁴⁷.

³⁹ Comité des droits de l'homme, *Observation générale 24 (52), Questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41*, Doc NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 11 novembre 1994 au para 8.

⁴⁰ Comité des droits de l'homme, *Compte rendu analytique de la 1366^e séance*, 52^e sess, Doc NU CCPR/C/SR.1366, 26 octobre 1994; Comité des droits de l'homme, *Compte rendu analytique de la 1381^e séance*, 52^e sess, Doc NU CCPR/C/SR.1381, 4 novembre 1994.

⁴¹ *Launder c Royaume-Uni*, n° 27279/95 (8 décembre 1997).

⁴² *X c République fédérale d'Allemagne*, n° 1611/62, (1965) 8 Ann Conv eur DH 159; *X c Royaume-Uni* (1977), 12 Comm Eur DHDR 73 à la p 76; *M c Danemark* (1992), 73 Comm Eur DHDR 193 à la p 200.

⁴³ *N., C., F. et A.G. c Italie*, n° 24236/94 (4 décembre 1995).

⁴⁴ *Stögmüller c Autriche* (1969), 9 Cour Eur DH (Sér A) au para 11 (Arguments de la Commission et du Gouvernement); *Van Droogenbroeck c Belgique* [GC] (1982) 50 Cour Eur DH (Sér A) au para 11; *Loizidou c Turquie* (1996), VI Cour Eur DH au para 36.

⁴⁵ *Convention européenne*, *supra* note 1, art 7.

⁴⁶ *K.-H.W. c Allemagne* [GC], n° 37201/97, [2001] II CEDH 463, juge Loucaides, opinion concordante; *Streletz, Kessler et Krenz c Allemagne* [GC], n° 34044/96, [2001] II CEDH 351, juge Loucaides, opinion concordante.

⁴⁷ *Procureur c Dusco Tadić*, IT-94-1-A, Arrêt (15 juillet 1999).

Il y a très peu d'exemples de jugements de la Cour européenne où on se prononce sur la qualification coutumière d'une norme de droit international des droits de la personne. Le cas par excellence est celui de l'interdiction de la torture⁴⁸. La Cour a aussi rejeté la prétention qu'il y a une règle de droit coutumier imposant la négation de génocide, pour laquelle la pratique des États « est loin d'être généralisée et cohérente »⁴⁹. Autrement, pour la considération de la coutume à l'égard des droits fondamentaux, il faut consulter des opinions individuelles et plus particulièrement celles du juge Paolo Pinto de Albuquerque, juge portugais de 2011 à 2020. Parfois avec le concours d'un ou deux collègues, le juge Pinto de Albuquerque a constaté le caractère coutumier de plusieurs droits fondamentaux reconnus déjà dans la *Convention européenne* et ses *Protocoles*⁵⁰, tels que le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique⁵¹, ainsi que l'obligation de réprimer le discours haineux⁵² et la criminalisation de la négation du génocide⁵³. Il a considéré comme coutumier le droit d'accès au tribunal⁵⁴, l'immovibilité des juges⁵⁵, le droit au procès équitable⁵⁶, le principe de la légalité⁵⁷ et la règle *ne bis in idem*⁵⁸. Selon le juge Pinto de Albuquerque, l'*Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus* (Règles Nelson Mandela)⁵⁹ « reflect customary international law in many respects »⁶⁰. L'obligation procédurale, c'est-à-dire de faire enquête et de poursuivre, est de nature coutumière en ce qui concerne l'esclavage et les travaux forcés⁶¹, et la violence domestique⁶². Le juge Pinto de Albuquerque a aussi reconnu le caractère coutumier de certains droits qui ne sont pas prévus par la *Convention européenne*, dont le droit à l'autodétermination⁶³, le

⁴⁸ *Al-Adsani c Royaume-Uni* [GC], n° 35763/97, [2001] XI CEDH 117 au para 61 [*Al-Adsani*].

⁴⁹ *Perinçek* [GC] (2015), *supra* note 16 contra *Perinçek c Suisse*, n° 27510/08 (17 décembre 2013), juges Vučinić et Pinto de Albuquerque, opinion en partie dissidente [*Perinçek* (2013)].

⁵⁰ Pour accéder à l'ensemble des *Protocoles*, voir Conseil de l'Europe, Bureau des traités, en ligne : <www.coe.int/fr/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/results/subject/3>.

⁵¹ *Lopes de Sousa Fernandes c Portugal* [GC], n° 56080/13 (19 décembre 2017), au para 66, juge Pinto de Albuquerque, opinion en partie concordante et en partie dissidente [*Lopes de Sousa Fernandes*].

⁵² *Vona c Hongrie*, n° 35943/10, [2013] IV CEDH 237, juge Pinto de Albuquerque, opinion concordante.

⁵³ *Perinçek* (2013), *supra* note 49 au para 16.

⁵⁴ *Al Dulimi and Montana Management Corporation c Suisse* [GC], n° 5809/08 (21 juin 2016), aux para 28, 33 37, juge Pinto de Albuquerque, opinion concordante à laquelle se rallient les juges Hajiyev, Pejchal et Dedov [*Al Dulimi*].

⁵⁵ *Baka c Hongrie* [GC], n° 20261/12 (23 juin 2016) au para 19, juges Pinto de Albuquerque et Dedov, opinion concordante commune.

⁵⁶ *Al Dulimi*, *supra* note 54 au para 28.

⁵⁷ *Maktouf et Damjanović c Bosnie et Herzégovine* [GC], n° 2312/08, [2013] IV CEDH 47, au para 9, juge Pinto de Albuquerque, opinion concordante à laquelle se rallie le juge Vučinić; *Ilseher c Allemagne* [GC], n° 10211/12 (4 décembre 2018), au para 75, juge Pinto de Albuquerque, opinion dissidente à laquelle se rallie le juge Dedov.

⁵⁸ *A. et B. c Norway* [GC], n° 24130/11 (15 novembre 2016), aux para 6-15, juge Pinto de Albuquerque, opinion dissidente; *Mihalache c Roumanie* [GC], n° 54012/10 (8 juillet 2019), au para 47, juge Pinto de Albuquerque, opinion concordante.

⁵⁹ *Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (règles Nelson Mandela)*, Doc NU E/CN.15/2015/L.6/Rev.1, Annexe (2015).

⁶⁰ *Tautkus c Lituanie*, n° 29474/09 (27 novembre 2012), juge Pinto de Albuquerque, opinion dissidente.

⁶¹ *J. et al. c Autriche*, n° 58216/12 (17 janvier 2017), au para 40, juge Pinto de Albuquerque, opinion concordante à laquelle se rallie la juge Tsotsoria.

⁶² *Valiulienė c Lituanie*, n° 33234/07 (26 mars 2013), juge Pinto de Albuquerque, opinion concordante.

⁶³ *Chiragov et al. c Arménie* [GC], n° 13216/05, [2015] III CEDH 311, au para 42, juge Pinto de Albuquerque, opinion dissidente.

droit aux soins de santé⁶⁴, la protection contre l'apatridie⁶⁵, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant⁶⁶ l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité⁶⁷, la répression pénale de la pornographie enfantine⁶⁸ et la responsabilité de protéger⁶⁹.

À quelques occasions, d'autres juges de la Cour se sont prononcés sur le droit international coutumier des droits fondamentaux. Avec une référence à l'article 6 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* ainsi qu'à l'article 16 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, le juge Vučinić a conclu que « le droit à la personnalité juridique est bien ancré dans le droit international des droits de l'homme tant universel que coutumier »⁷⁰. Pour le juge Serghides, il y a une un droit coutumier de permettre des étrangers menacés de l'expulsion d'exprimer leurs vues sur la régularité de leur séjour⁷¹. Plusieurs juges ont reconnu la nature coutumière de l'interdiction du refoulement de réfugiés⁷².

Lors d'un colloque tenu en 2012 intitulé « Le juge et la coutume internationale », la juge Inete Ziemele, alors présidente de section de la Cour européenne des droits de l'homme, a cité l'importance des articles 31 à 33 de la *Convention de Vienne*. Elle a fait référence aux extraits d'un arrêt de la Grande chambre qui, d'ailleurs, ne fait pas mention du droit coutumier⁷³. La Grande chambre avait expliqué qu'elle

n'a jamais considéré les dispositions de la *Convention* comme l'unique cadre de référence dans l'interprétation des droits et libertés qu'elle contient. Au contraire, elle doit également prendre en considération toute règle et tout principe de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes⁷⁴.

⁶⁴ *Lopes de Sousa Fernandes*, supra note 51 au para 71.

⁶⁵ *Ramadan c Malte*, n° 76136/12 (21 juin 2016), au para 7, juge Pinto de Albuquerque, opinion dissidente.

⁶⁶ *X. c Lettonie* [GC], n° 27893/09, [2013], VI CEDH 379, à la p 432, juge Pinto de Albuquerque, opinion concordante.

⁶⁷ *Mocanu et al. c Roumanie* [GC], n° 10865/09, [2014] V CEDH 345, au para 5, juge Pinto de Albuquerque, opinion concordante à laquelle se rallie le juge Vučinić.

⁶⁸ *Söderman c Suède* [GC], n° 5786/08, [2013] VI CEDH 259 2013-VI, à la p 306, juge Pinto de Albuquerque, opinion concordante.

⁶⁹ *Sargsyan c Azerbaïdjan* [GC], n° 40167/06, [2015] IV CEDH 161 au para 29, juge Pinto de Albuquerque, opinion dissidente [Sargsyan].

⁷⁰ *Kurić c Slovénie* [GC], n° 26808/06, [2012] IV CEDH 93, à la p 182, juge Vučinić, opinion en partie dissidente et en partie concordante.

⁷¹ *Khlaifia et al. c Italie* [GC], n° 16483/12 (15 décembre 2016), au para 24, juge Serghides, opinion en partie dissidente.

⁷² *F.G. c Suède* [GC], n° 53611/11 (23 mars 2016), au para 7, juges Ziemele, de Gaetano, Pinto de Albuquerque et Wojtyczek, opinion commune séparée; *Hirsi Jamaa et al. c Italie* [GC], n° 27765/09, [2012] II CEDH 1, à la p 77, juge Pinto de Albuquerque, opinion concordante.

⁷³ Inete Ziemele, « Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights » dans *The Judge and International Custom/Le juge et la coutume internationale*, présenté à Paris, septembre 2012, à la p 76 [Ziemele « Customary International Law »]. Voir aussi Inete Ziemele, « Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights – The Method », (2013) 12 Law & Prac Intl Cts & Trib 243 à la p 244.

⁷⁴ *Demir et Baykara c Turquie* [GC], n° 34503/97, [2008] V CEDH 333 au para 67 [Demir et Baykara].

Pour la Grande chambre,

[e]nsembles constitués des règles et principes acceptés par une grande majorité des États, les dénominateurs communs des normes de droit international ou des droits nationaux des États européens reflètent une réalité, que la Cour ne saurait ignorer lorsqu'elle est appelée à clarifier la portée d'une disposition de la *Convention* que le recours aux moyens d'interprétation classiques n'a pas permis de dégager avec un degré suffisant de certitude[...]. La Cour rappelle à cet égard que dans la recherche de dénominateurs communs parmi les normes de droit international, elle n'a jamais distingué entre les sources de droit selon qu'elles avaient ou non été signées et ratifiées par le gouvernement défendeur⁷⁵.

La juge Ziemele a continué avec la citation de l'arrêt de la Grande chambre⁷⁶ :

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 spécifiques⁷⁷.

Enfin, 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 modernes⁷⁸.

La juge Ziemele a reconnu que les formulations de la Grande chambre « *may be confusing to an international lawyer* »⁷⁹. Selon elle, la Cour voulait dire que même si un État n'avait pas ratifié un traité particulier, cela ne signifie pas que le droit international ne prévoit pas d'obligation pertinente⁸⁰. Elle a poursuivi en indiquant que « *Normally, this would lead us to think about an obligation deriving from a customary norm* »⁸¹. Comme nous l'avons déjà signalé, sauf dans les opinions séparées ou dissidentes de quelques juges, à quelques exceptions près, la Cour n'invoque pas le droit international coutumier aux fins d'interpréter les dispositions de la *Convention européenne*. Néanmoins, il existe des circonstances dans lesquelles la Cour est obligée de déterminer s'il existe une règle applicable de droit international coutumier dans un domaine autre que les droits de la personne.

⁷⁵ *Ibid* aux para 76 et 78.

⁷⁶ Ziemele « Customary International Law », *supra* note 73 à la p 76.

⁷⁷ *Demir et Baykara*, *supra* note 74 au para 85.

⁷⁸ *Ibid*, au para 86.

⁷⁹ Ziemele « Customary International Law », *supra* note 73 à la p 77.

⁸⁰ *Ibid*.

⁸¹ *Ibid* aux pp 7778.

Ainsi, la Cour a fait appel à la coutume dans le cadre de l'article 6 et des allégations que l'accès à la justice est limité par la doctrine de l'immunité de l'État. Pour la juge Ziemele, la Cour n'a pas au sens strict « *a jurisdiction to establish the existence of a rule of customary law in the field of State immunity as such* »⁸². En revanche, elle a expliqué que la Cour ne peut pas refuser d'examiner la question de l'accès à un tribunal au titre de l'article 6⁸³ simplement parce qu'elle n'a peut-être pas la compétence directe pour établir la portée des règles de l'immunité des États⁸⁴. Des jugements de la Cour ont déclaré que l'immunité de juridiction des États est régie par le droit international coutumier⁸⁵. La Cour a reconnu l'immunité de l'État même lorsque le recours a trait aux allégations de torture⁸⁶ et de crimes contre l'humanité⁸⁷. À plusieurs reprises, elle a invoqué l'article 11 de la *Convention des Nations unies sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens*⁸⁸ à titre de codification de la coutume même si cette convention n'est toujours pas en vigueur⁸⁹. Afin d'offrir quelque soulagement aux victimes, parfois la Cour ajoute qu'on ne peut pas exclure « un développement du droit international coutumier dans le futur »⁹⁰. La portée de l'immunité coutumière n'est pas sans contestation⁹¹.

La Cour internationale de justice a endossé l'approche de la Cour européenne aux immunités de l'État dans l'arrêt *Al Adsani*⁹². Sur quelle base la Cour internationale a-t-elle invoqué l'arrêt *Al Adsani*? Cette question a été examinée dans une étude du Secrétariat pour la Commission de droit international. On s'est demandé si la Cour internationale de Justice a considéré l'arrêt de la Grande chambre ainsi que des décisions de tribunaux constitutionnels nationaux comme un moyen auxiliaire ou comme relevant de la pratique des États⁹³. En d'autres termes, la Cour internationale a peut-être fait référence à la jurisprudence de la Cour européenne comme preuve du droit coutumier et plus particulièrement de l'*opinio juris*. Les conclusions de la Commission du droit international sur la preuve de la coutume reconnaissent « les

⁸² *Ibid* à la p 79.

⁸³ *Convention européenne*, supra note 1, art 6.

⁸⁴ Ziemele « Customary International Law », supra note 73 à la p 80.

⁸⁵ *Ndayegamiye-Mporamazina c Suisse*, n° 16874/12 (5 février 2019) au para 21; *Sabeh el Leil c France* [GC], n° 34869/05 (29 juin 2011) au para 18.

⁸⁶ *Al-Adsani*, supra note 48 au para 66.

⁸⁷ *Kalogeropoulou et al. c Grèce et Allemagne* (déc), n° 59021/00 (12 décembre 2002) à la p 3 [*Kalogeropoulou*].

⁸⁸ *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, 2 décembre 2004, RTNU A/59/508 (pas en vigueur à ce jour), Annexe.

⁸⁹ *Cudak c Lituanie* [GC], n° 15869/02, [2010] III CEDH 121 au para 67 (voir aussi l'opinion concordante du juge Cabral Barreto, à laquelle se rallie le juge Popović); *Sabeh el Leil c France* (déc), n° 34869/05 (21 octobre 2008); *Sabeh el Leil c France* [GC], n° 34869/05 (29 juin 2011) aux para 53-54; *Wallishauser c Autriche*, n° 156/04 (17 juillet 2012) au para 65; *Oleynikov v Russia*, n° 36703/04 (14 mars 2013) aux para 6668; *Ndayegamiye-Mporamazina c Suisse*, supra note 85 au para 53.

⁹⁰ *Kalogeropoulou supra* note 87 à la p 10; *Manoilescu et Dobrescu c Roumanie et Russie*, n° 60861/00 (3 mars 2005) au para 81.

⁹¹ *Fogarty c Royaume-Uni* [GC], n° 37112/97, [2001] XI CEDH 177, juge Loucaides, opinion dissidente [*Fogarty*].

⁹² *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, [2012] CIJ Rec 99 au para 96.

⁹³ Doc off AGNU, 68^e sess, 691^e séance, Doc NU A/CN.4/691 (2016) au para 26.

décisions des juridictions nationales » comme « formes de preuve de l'acceptation comme étant le droit (*opinio juris*) »⁹⁴.

Dans sa communication précitée, la juge Ziemele a déclaré que la Cour n'a pas compétence pour établir l'existence d'une règle de droit coutumier. Ce constat semble discutable. Elle ne précise pas quels tribunaux sont compétents pour statuer sur les immunités. Il appert assez évidemment que les tribunaux internationaux de compétence générale, comme la Cour internationale de justice, ont une telle autorité. Bien entendu, il en va de même pour les tribunaux nationaux, qui se prononcent régulièrement sur les immunités et dont les juges ainsi contribuent à la pratique des États qui forme la base du droit international coutumier. Pourquoi, alors, la Cour européenne des droits de l'homme est-elle exclue? En statuant sur la question de savoir si l'article 6 de la *Convention européenne* est neutralisé par une norme internationale d'immunité, la Cour européenne des droits de l'homme doit déterminer s'il existe une telle immunité, comme tout autre tribunal, national ou international.

La juge Ziemele a attaché une importance à l'identification d'un « consensus européen »⁹⁵. Parfois, avec une terminologie qui n'est pas toujours très cohérente, la Cour parle d'un « consensus international »⁹⁶, d'un « large consensus qui existe dans la communauté internationale »⁹⁷, d'un « large consensus – y compris en droit international »⁹⁸, d'un « large consensus, notamment en droit international »⁹⁹ d'un « large consensus à l'échelle internationale et européenne »¹⁰⁰, d'un « consensus à l'échelle internationale »¹⁰¹ d'un « consensus parmi les États contractants »¹⁰², ou tout simplement d'un « consensus européen »¹⁰³. Cet exercice présente des similitudes avec la méthodologie de la Cour internationale de justice afin d'identifier des normes coutumières, dans la mesure où elle présente les vues des tribunaux nationaux. Cependant, la Cour européenne considère la pratique des États aux fins d'interpréter la *Convention européenne*, notamment dans l'application de la doctrine de la marge d'appréciation¹⁰⁴, et non pour identifier des règles de droit coutumier. Dans l'affaire *Perinçek*, la Grande chambre a donné comme exemple de l'absence d'une règle de droit coutumier son opinion dans l'affaire *X. c. Autriche*¹⁰⁵, qui avait

⁹⁴ *Rapport de la Commission du droit international*, CDI 2018, *supra* note 18 à la p 148.

⁹⁵ Ziemele « Customary International Law », *supra* note 73 aux pp 7982.

⁹⁶ *Strand Lobben et al. c Norvège* [GC], n° 37283/13 (10 septembre 2019) au para 207 [*Strand Lobben*]; *Nait-Liman* [GC] (2018), *supra* note 8 au para 97.

⁹⁷ *N.D. et N.T. c Espagne* [GC], n° 8675/15 (13 février 2020) au para 232.

⁹⁸ *Strand Lobben*, *supra* note 96 au para 204; *Luzi c Italie*, n° 48322/17 (5 décembre 2019) au para 67; *R.C. et V.C. c France*, n° 76491/14 (12 juillet 2016) au para 78.

⁹⁹ *Diala c Suisse* (déc), n° 35201/18 (10 décembre 2019) au para 39.

¹⁰⁰ *M.S.S. c Belgique et Grèce* [GC], n° 30696/09, [2001] I CEDH 121 au para 251; *N.H. et al. c France*, n° 28820/13 (2 juillet 2020) au para 162.

¹⁰¹ *Mugenzi c France*, n° 52701/09 (19 juillet 2014) au para 54.

¹⁰² *Vanyo Todorov c Bulgarie*, n° 31434/15 (21 juillet 2020) aux para 62, 65.

¹⁰³ *Magyar Kétfarkú Kutya Párt c Hongrie* [GC], n° 201/17 (20 janvier 2020) au para 80; *Abdyusheva et al. c Russie*, n° 58502/11 (26 novembre 2019) au para 120; *Theodorou et Tsotsorou c Grèce*, n° 57854/15 (5 septembre 2019) au para 30; *Ahunbay et al. c Turquie* (déc), n° 6080/06 (29 janvier 2019) au para 25; *D. c France*, n° 11288/18 (16 juillet 2020) au para 52.

¹⁰⁴ *S.A.S. c France* [GC], n° 43835/11, [2014] III CEDH 91 aux para 155-56.

¹⁰⁵ *X. et al. c Autriche* [GC], n° 19010/07, [2013] II CEDH 73 au para 150 [*X. c Autriche*].

trait à l'adoption d'enfants par des couples du même sexe¹⁰⁶. Mais ce dernier arrêt ne mentionne pas le droit international coutumier. La Cour parle, plutôt, de la recherche d'« une communauté de vues actuelle entre les États européens »¹⁰⁷.

La situation est différente lorsqu'il s'agit de règles juridiques autres que les droits fondamentaux énoncés dans la *Convention européenne*. Dans l'affaire *Jones et al. c. Royaume-Uni*¹⁰⁸, le gouvernement britannique avait « sollicité des observations sur l'étendue de l'immunité d'État accordée par le droit national des États membres du Conseil de l'Europe »¹⁰⁹. La Grande chambre n'a accordé aucune importance à l'étude, parce que « peu d'États ont été confrontés en pratique au problème particulier de savoir s'il existe, en droit national ou en droit international coutumier, une immunité en matière civile pour les actes de torture »¹¹⁰. Dans une autre affaire, la Grande chambre est arrivée à la même conclusion, vu que

[I]es autorités dudit État n'en étaient pas non plus obligées en vertu du droit coutumier, étant donné que la pratique des États, comme expression d'une *opinio juris* (article 38 § 1 b) du Statut de la C.I.J.) en faveur de l'existence d'une compétence universelle civile, faisait clairement défaut¹¹¹.

De la même manière, la Cour a appliqué le droit coutumier en matière de succession d'États. Ainsi, elle a jugé que la *Convention de Vienne de 1983 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États*¹¹² pouvait être une source de droit malgré le fait qu'elle n'était pas encore en vigueur. Selon la Cour,

il est bien établi en droit international que, même non ratifiée, une disposition d'un traité peut avoir force contraignante si elle reflète le droit international, soit qu'elle « codifie » ce dernier, soit qu'elle donne naissance à de nouvelles règles coutumières¹¹³.

La Grande chambre a constaté que

[l]a question de la succession des États continuateurs à la dette publique de l'État prédécesseur comporterait bien des incertitudes, mais il n'existerait manifestement aucune preuve de l'existence d'une norme de droit international coutumier qui mettrait à la charge conjointe et solidaire des États successeurs les obligations financières de l'État prédécesseur¹¹⁴.

¹⁰⁶ *Perinçek* [GC] (2015), *supra* note 16 au para 266.

¹⁰⁷ *X. c. Autriche*, *supra* note 105.

¹⁰⁸ *Jones et al. c. Royaume-Uni*, n° 34356/06, [2014] I CEDH 75 [*Jones*].

¹⁰⁹ *Ibid* au para 110.

¹¹⁰ *Ibid*.

¹¹¹ *Naït-Liman c. Suisse*, n° 51357/07 (21 juin 2016) au para 120 [*Naït-Liman* (2016)].

¹¹² *Convention de Vienne de 1983 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'États*, (8 avril 1983) A/CONF.117/14 (non encore en vigueur).

¹¹³ *Ališić et al. c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovaquie et l'ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 60642/08 (6 novembre 2012) au para 40.

¹¹⁴ *Kovačić et al. c. Slovaquie* [GC], n° 44574/98 (3 octobre 2008) au para 231.

Dans la même affaire, la Chambre avait conclu que la Slovaquie « aurait exécuté toutes les obligations pouvant lui incomber au titre du droit international coutumier concernant la succession d'États »¹¹⁵.

La Cour a également fait référence au droit coutumier au sujet de l'exercice extraterritorial de la compétence de l'État dans les affaires concernant des actes accomplis à l'étranger par des agents diplomatiques ou consulaires, ou à bord d'aéronefs immatriculés dans l'État ou de navires battant son pavillon¹¹⁶. Dans l'affaire *Medvedev c. France*, la Cour a constaté l'absence de preuve d'

une pratique constante des États de nature à établir l'existence d'une norme de droit international coutumier qui conférerait une autorisation générale d'intervention à tout État ayant de sérieuses raisons de penser qu'un navire battant pavillon d'un autre État se livre au trafic de stupéfiants¹¹⁷.

Dans l'affaire *Al Skeini c. Royaume-Uni*¹¹⁸, sous la rubrique « Éléments pertinents de droit international » la Cour a discuté de droit coutumier applicable aux territoires occupés¹¹⁹, mais sans en tenir compte dans son appréciation. Dans l'affaire *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*¹²⁰ la Grande chambre a déclaré que « l'interdiction du recours unilatéral à la force [...] est aujourd'hui partie intégrante du droit coutumier international »¹²¹.

À plusieurs reprises, la Cour a tenu compte du droit coutumier dans le domaine de droit international humanitaire. Par exemple, dans une décision sur la recevabilité, une chambre de la Cour a déclaré que la règle prohibant l'emploi du gaz moutarde comme arme de guerre dans un conflit international, énoncée pour la première fois dans un traité remontant à 1925, avait acquis valeur de droit coutumier. La décision fait référence au *Protocole de 1925 concernant le gaz asphyxiant*¹²² et à la *Convention de 1972 sur des armes bactériologiques*¹²³ :

*The Court thus finds that at the time when the applicant supplied thiodiglycol to the Government of Iraq a norm of customary international law existed prohibiting the use of mustard gas as a weapon of war in an international conflict*¹²⁴.

¹¹⁵ *Allemagne et al. c. Slovaquie*, n° 44574/98 (6 novembre 2006) au para 194.

¹¹⁶ *Banković et al. c. Belgique et al.* [GC], n° 52207/99, [2001] VII CEDH 371 au para 73; *Hirsi Jamaa et al. c. Italie* [GC], n° 27765/09, [2012] II CEDH 1 au para 75.

¹¹⁷ *Medvedev c. France* [GC], n° 3394/03, [2010] III CEDH 1 au para 85. Voir, toutefois, l'opinion partiellement dissidente commune aux juges Costa, Casadevall, Birsan, Garlicki, Hajiyev, Šikuta et Nicolaou au para 8.

¹¹⁸ *Al Skeini c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, [2011] IV CEDH 199.

¹¹⁹ *Ibid* au para 91.

¹²⁰ *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège* [GC] (déc), n° 71412/01 (2 mai 2007).

¹²¹ *Ibid* au para 148.

¹²² *Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques*, (17 juin 1925) 94 RTSN 65 (entrée en vigueur : 8 février 1928).

¹²³ *Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction*, (10 avril 1972) 1974 RTNU 45 (entrée en vigueur : 26 mars 1975).

¹²⁴ *Van Anraat v The Netherlands* (déc), n° 65389/09 (6 juillet 2010) au para 92.

Un exposé beaucoup plus détaillé et convaincant paraît dans l'étude du droit coutumier publiée par le Comité international de la Croix-Rouge¹²⁵, et que la Cour a souvent cité dans d'autres décisions et jugements¹²⁶. Pourquoi a-t-elle cité les traités plutôt que d'insister sur le fait que la norme est coutumière?

La Cour a fait référence au droit international humanitaire coutumier au sujet de l'amnistie. Dans l'affaire *Marguš*, une Chambre de la Cour a conclu qu'il est « plus en plus admis que l'octroi d'une amnistie relativement à des "crimes internationaux" – qui comprennent les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les génocides – est interdit par le droit international »¹²⁷. Selon la Chambre,

[c]ette conception ressort des règles coutumières du droit international humanitaire, des traités en matière de droits de l'homme ainsi que des décisions de tribunaux internationaux et régionaux et de la pratique émergente des États, sachant que l'on observe une tendance croissante des juridictions internationales, régionales et nationales à annuler les amnisties générales édictées par les gouvernements¹²⁸.

Toutefois, l'emploi des mots « émergence » et « croissante » suggère la *lex ferenda* plutôt qu'une règle ferme. L'arrêt de la Grande chambre dans la même affaire fait preuve également d'une certaine équivoque¹²⁹.

L'affaire *Janowiec et al. c. Russie*¹³⁰ avait trait au massacre des prisonniers polonais à Katyń et ailleurs en Belarus et en Ukraine en 1940 par la police secrète soviétique. Une Chambre de la Cour européenne avait remarqué que même si l'Union soviétique n'était pas partie aux conventions humanitaires applicables, « l'obligation de traiter les prisonniers avec humanité et de s'abstenir de les tuer était manifestement une règle de droit international qu'elle se devait de respecter »¹³¹. Une opinion dissidente a noté que les efforts des procureurs soviétiques d'imputer la responsabilité pour ce crime aux dirigeants nazis devant le Tribunal militaire international « confirme la reconnaissance par l'URSS du caractère juridiquement obligatoire de cette obligation »¹³².

¹²⁵ Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Vol. I, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2006.

¹²⁶ *Korbely c Hongrie* [GC], n° 9174/02, [2008] IV CEDH 363 au para 51; *Sargsyan, supra* note 69 au para 95; *Chiragov et al. c Arménie* [GC], n° 13216/05, [2015] III CEDH 311 au para 97; *Marguš c Croatie* [GC], n° 4455/10, [2014] III CEDH 87 au para 45; *Janowiec et al. c Russie* [GC], n° 55508/07 [2013] V CEDH 305, au para 126, juges Ziemele, de Gaetano, Laffranque et Keller, opinion en partie dissidente; *Mocanu et al. c Roumanie* [GC], n° 10865/09 [2014] V CEDH 345, au para 5, juge Pinto de Albuquerque, opinion concordante à laquelle se rallie le juge Vučinić; *J. et al., supra* note 61 au para 14, juge Pinto de Albuquerque, opinion concordante à laquelle se rallie la juge Tsotsoria; *Kononov c Lettonie*, n° 36376/04 (24 juillet 2008) au para 10, juges Fura-Sandström, David Thór Björgvinnsson et Ziemele, opinion dissidente commune [*Kononov* (2008)]; *Marguš c Croatie*, n° 4455/10 (13 novembre 2012) au para 29 [*Marguš*].

¹²⁷ *Marguš, ibid* au para 74.

¹²⁸ *Marguš c Croatie* [GC], n° 4455/10, [2014] III CEDH 87 au para 130.

¹²⁹ *Ibid* au para 139.

¹³⁰ *Janowiec et al. c Russie*, n° 55508/07 (16 avril 2012).

¹³¹ *Ibid* au para 140.

¹³² *Ibid* au para 6, juges Spielmann, Villiger et Nussberger, opinion partiellement dissidente commune. Sur ce sujet, voir William A. Schabas, « The Katyn Forest Massacre and the Nuremberg Trial » dans Morten

L'article 7 de la *Convention européenne* fournit une invitation relativement directe à examiner le contenu du droit coutumier lorsqu'il déclare que « [n]ul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international »¹³³. Or, la question qui hantait le Tribunal militaire international à savoir l'existence de crimes internationaux non codifiés, et qui explique la présence du paragraphe 2 de l'article 7 de la *Convention européenne*, s'est aussi posée devant la Cour européenne. Dans l'affaire *Kononov c. Lettonie* la Chambre a fait référence aux règles coutumières des lois de la guerre reconnues par le Tribunal militaire international de Nuremberg ainsi que par le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient¹³⁴. Selon la Grande chambre,

[à] l'époque considérée, les lois de la guerre se dégageaient non seulement de traités, mais aussi « d'us et de coutumes progressivement et universellement reconnus, de la doctrine des juristes, de la jurisprudence des tribunaux militaires »¹³⁵.

La Grande chambre a confirmé qu'en vertu du droit en vigueur en 1944, lorsque l'attaque brutale a eu lieu, « les civils ne pouvaient être attaqués que lorsqu'ils participaient directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation »¹³⁶. Même si les victimes avaient elle-même commis des crimes de guerre, la Grande chambre a dit que le droit coutumier en vigueur en 1944 « n'autorisait le requérant et son unité qu'à arrêter les villageois et, après seulement le prononcé d'une condamnation à l'issue d'un procès équitable, à exécuter le châtement infligé »¹³⁷. Trois membres dissidents de la Grande chambre ont écrit que les exemples de poursuites pour crimes de guerre antérieurs à la Seconde Guerre mondiale donnés par la majorité étaient « isolés et embryonnaires », et « loin de révéler l'existence d'un droit coutumier suffisamment établi »¹³⁸.

La définition du crime de génocide qui fait autorité se trouve à l'article 2 de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*¹³⁹. Dans l'affaire *Vasiliauskas c. Lituanie*¹⁴⁰, il était question d'une poursuite pour actes commis en 1953, mais selon une définition du crime de génocide plus étendue que celle de la *Convention sur le génocide*, comprenant la destruction de groupes politiques¹⁴¹. Sans hésitation, la Grande chambre a confirmé que le génocide était déjà un crime d'après le droit international coutumier¹⁴². Toutefois, elle ne croyait pas pouvoir conclure, « avec un

Bergsmo, Cheah Wui Ling, Song Tianying et Yi Ping, dir, *Historical Origins of International Criminal Law*, vol 3, Bruxelles, Torkel Opsahl Academic Publishers, 2015, 249.

¹³³ *Convention européenne*, supra note 1, art 7.

¹³⁴ *Kononov* (2008) supra note 126 au para 120.

¹³⁵ *Kononov c. Lettonie* [GC], n° 36376/04 [2010] IV CEDH 137 au para 52 (références omises).

¹³⁶ *Ibid* au para 203.

¹³⁷ *Ibid* au para 221.

¹³⁸ *Ibid* au para 11, juge Costa, opinion dissidente à laquelle se rallient les juges Kalaydjieva et Poalelungi.

¹³⁹ *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 RTNU 277 (12 janvier 1951), art 2 [*Convention sur le génocide*].

¹⁴⁰ *Vasiliauskas c. Lituanie* [GC], n° 35343/01 [2015] VII CEDH 221.

¹⁴¹ *Ibid* au para 178.

¹⁴² *Ibid* aux para 168, 172.

degré suffisant de certitude, que le droit international coutumier donnait de ce crime une définition plus large que celle figurant dans l'article II de la *Convention sur le génocide* »¹⁴³. Des difficultés comparables surgissent avec les crimes contre l'humanité. Une approche audacieuse est proposée dans une opinion dissidente, où on prétend que cette catégorie de crimes internationaux était déjà reconnue lors de la Première Guerre mondiale. Selon cette opinion, le *Traité de Sèvres*¹⁴⁴ d'août 1920 était déclaratoire du droit coutumier. L'article 230 prévoyait la responsabilité individuelle des dirigeants ottomans pour « massacres »¹⁴⁵. Dans une décision d'irrecevabilité qui ne mentionne pas le droit coutumier en tant que tel, une chambre de la Cour a noté que la déportation de populations civiles avait « été expressément reconnue comme crime contre l'humanité en 1945 dans le *Statut du Tribunal de Nuremberg* »¹⁴⁶.

Si ce tribunal fut constitué pour juger les principaux criminels de guerre des pays européens de l'Axe pour les infractions qu'ils avaient commises avant ou pendant la Seconde Guerre mondiale, la Cour relève que la validité universelle des principes relatifs aux crimes contre l'humanité a été confirmée par la suite, notamment par la résolution 95 de l'Assemblée générale des Nations unies (11 décembre 1946) puis par la Commission du droit international¹⁴⁷.

III. *Jus cogens* et la Cour européenne des droits de l'homme

Dans un arrêt de l'an 2020, la Cour suprême du Canada a expliqué que « [l]e droit international coutumier comprend un sous-ensemble de normes dites de *jus cogens*, ou normes impératives »¹⁴⁸. Mais c'est plus juste, selon la Commission du droit international, de dire qu'il existe « diverses manières dont les différentes sources de droit international peuvent contribuer à la formation d'une norme impérative du droit international général »¹⁴⁹. Le projet de conclusion 5 sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) adopté par la Commission en 2019 déclare que « [l]e droit international coutumier est le fondement le plus commun des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) »¹⁵⁰, mais que « [l]es dispositions conventionnelles et les principes généraux du droit peuvent également servir de fondement des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) »¹⁵¹. La Commission a proposé une liste très courte

¹⁴³ *Ibid* au para 178.

¹⁴⁴ *Traité de Sèvres*, Empire britannique, France, Italie, Japon, Arménie, Belgique, Grèce, Hedjaz, Pologne, Portugal, Roumanie, État serbe-croate-slovene, Tchécoslovaquie et Turquie, 10 août 1920, traité non ratifié.

¹⁴⁵ *Perinçek* (2013), *supra* note 49 au para 6, juges Vučinić et Pinto de Albuquerque, opinion en partie dissidente.

¹⁴⁶ *Kolk et Kislyiy c Estonie* (déc), n° 23052/04, [2006] I CEDH 413 à la p 424. Voir aussi *Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerres des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire*, Londres, 8 août 194, art 6(c).

¹⁴⁷ *Ibid*.

¹⁴⁸ *Nevsun*, *supra* note 7 au para 83.

¹⁴⁹ *Rapport de la Commission du droit international*, CDI 2019, *supra* note 7 à la p 169.

¹⁵⁰ *Ibid* à la p 151.

¹⁵¹ *Ibid*.

mais non exhaustive de normes impératives qui contient certains droits fondamentaux : l'interdiction du génocide et des crimes contre l'humanité, l'interdiction de la discrimination raciale et de l'apartheid, l'interdiction de l'esclavage, l'interdiction de la torture¹⁵².

Les normes de *jus cogens* « reflètent et protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale »¹⁵³. La Commission du droit international a trouvé l'origine de la notion de « valeurs fondamentales de la communauté internationale » dans l'avis consultatif de la Cour internationale de justice sur des *Réserves à la Convention sur le génocide*, avec ses références à « la loi morale »¹⁵⁴ et à « la conscience humaine »¹⁵⁵. La Cour a pris ces formulations du préambule de la résolution de l'Assemblée générale de 1946 déclarant que la répression du crime de génocide était « une affaire d'intérêt international »¹⁵⁶.

Quant au *jus cogens*, la notion elle-même n'existait guère en 1950, lors de l'adoption de la *Convention européenne*. Le sujet a rarement été invoqué dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme¹⁵⁷. Dans un rapport de la Commission concernant la situation à Chypre, Christos Rozakis a contesté les conclusions de la majorité parce que, selon lui, elles ignoraient la volonté de la communauté internationale de considérer que dans la partie nord de l'île, une illégalité persistait en raison de l'occupation de ce territoire par les forces militaires turques¹⁵⁸. Pour Christos Rozakis, il s'agissait d'une violation continue de normes de *jus cogens*. Il a dit que l'approche « réaliste et pragmatique » de la Commission minait la cohésion de la politique de la communauté internationale¹⁵⁹.

La première référence au *jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour est dans une opinion individuelle du juge Verdross dans l'affaire *Ringeisen c. Autriche*¹⁶⁰. Le juge Verdross a déclaré que « les règles du droit international général concernant l'épuisement des voies de recours internes ne font pas partie du *jus cogens* »¹⁶¹. Dans l'affaire *Belilos c. Suisse*¹⁶², où la question en litige était la légalité d'une réserve à l'article 6 de la *Convention européenne*, le juge Meyer a écrit qu'

[o]n conçoit mal que des réserves puissent être admises en ce qui concerne des dispositions reconnaissant des droits de ce genre. On peut même penser

¹⁵² *Ibid* à la p 155.

¹⁵³ *Ibid* à la p 150.

¹⁵⁴ *Réserves à la Convention sur le génocide*, Avis consultatif, [1951] CIJ Rec 15 à la p 23.

¹⁵⁵ *Ibid*.

¹⁵⁶ Doc off AG NU, *Le crime de génocide*, 11 décembre 1946, A/RES/96(I). L'expression « loi morale » n'était pas dans le projet original, A/BUR/50, dont on croit que l'auteur était Rafael Lemkin.

¹⁵⁷ *W. c Royaume-Uni* (1983), DR 32 Comm Eur DHDR 190 aux pp 195, 205; *Chypre c Turquie*, n° 25781/94 (1999) au para 93, rapport de la Commission (31).

¹⁵⁸ *Chrysostomos et Papachrysostomou c Turquie*, n° 15299/89, rapport de la Commission (31), Christos Rozakis, opinion partiellement concurrente et partiellement dissidente.

¹⁵⁹ *Ibid*.

¹⁶⁰ *Ringeisen c Autriche* (1971), 13 Cour Eur DH (Sér A) au para 1, juge Verdross.

¹⁶¹ *Ibid*.

¹⁶² *Belilos c Suisse* (1988), 132 Cour Eur DH (Sér A).

que de telles réserves, ainsi que les dispositions qui les autorisent, sont incompatibles avec le *jus cogens* et, dès lors, nulles, à moins qu'elles ne se rapportent qu'à des modalités de mise en œuvre, sans toucher à la substance même des droits dont il s'agit¹⁶³.

C'est l'arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni* qui fait autorité au sujet de *jus cogens*. En novembre 2001, la Grande chambre de la Cour a déclaré que la prohibition de la torture doit être qualifiée de norme de *jus cogens*¹⁶⁴. Dans la partie de l'arrêt sur les textes juridiques pertinents, la Cour a fait référence au rapport de 1999 d'un groupe de travail de la Commission du droit international qui faisait état d'arrêts des tribunaux américains et britanniques accueillant la thèse de *jus cogens* en matière de torture¹⁶⁵. La Grande chambre a également invoqué des jugements du Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie au même effet¹⁶⁶. Avec une référence à article 31(3)(c) de la *Convention de Vienne*, la Cour a cité des autorités afin de démontrer « l'importance primordiale que revêt l'interdiction de la torture »¹⁶⁷. En conclusion, « la Cour admet, sur la foi de ces précédents jurisprudentiels, que l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international »¹⁶⁸. Même en 2001, il n'y avait rien de particulièrement innovant ou révolutionnaire de la reconnaissance par la Cour européenne que l'interdiction de la torture était une norme de *jus cogens*. Une chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie l'avait dit en décembre 1998¹⁶⁹. Cette même année, le juge Cançado Trindade, alors membre de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, avait émis une opinion au même effet¹⁷⁰.

Depuis lors, d'autres tribunaux internationaux, y compris la Cour internationale de justice, sont arrivés à la même conclusion¹⁷¹. L'interdiction de la torture se trouve sur la liste de normes de *jus cogens* que la Commission du droit international a adopté en 2019¹⁷². L'arrêt *Al-Adsani* a été suivi dans d'autres décisions et jugements de la Cour européenne¹⁷³. Dans une formulation curieuse, une Chambre de la Cour a déclaré que la *Convention contre la torture*

reflète la volonté claire de la communauté internationale d'inscrire plus profondément encore dans le *jus cogens* l'interdiction de la torture en prenant

¹⁶³ *Ibid*, juge de Meyer, opinion concordante.

¹⁶⁴ *Al-Adsani*, *supra* note 48 au para 60.

¹⁶⁵ *Ibid* au para 23.

¹⁶⁶ *Procureur c Furundžija*, IT-95-17/1, Jugement (10 décembre 1998) au para 144 [*Furundžija*]; *Procureur c Delalić et al.*, IT-96-21-T, Jugement (16 novembre 1998) au para 454; *Procureur c Kunarac et al.*, IT-96-23-T, Jugement (22 février 2001), au para 466.

¹⁶⁷ *Al-Adsani*, *supra* note 48 au para 60

¹⁶⁸ *Ibid* au para 61. Voir aussi *Fogarty*, *supra* note 91, juges Cafilisch, Costa et Vajić, opinion concordante.

¹⁶⁹ *Furundžija*, *supra* note 166 aux para 153-157.

¹⁷⁰ *Blake c Guatemala* (1998), Cour Inter-Am DH (sér C) n° 36 aux para 15 et 25, juge Cançado Trindade, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights*, OEA/Ser.L/V/III.43/doc.11 (1999) 16.

¹⁷¹ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c Sénégal)*, [2012] CIJ Rec 422 au para 99.

¹⁷² *Rapport de la Commission du droit international*, CDI 2019, *supra* note 7 à la p 155.

¹⁷³ *Kalogeropoulou*, *supra* note 87; *Demir et Baykara c Turquie* [GC], n° 34503/97 [2008] V CEDH 333 au para 73; *Ould Dah c France* (déc), n° 13113/03 [2009] I CEDH 415; *Nait-Liman* (2016), *supra* note 111 aux para 116, 121 et Opinion dissidente des juges Karakas, Vučinić et Kūris au para 2.

une série de mesures pour éradiquer cette pratique et supprimer tout élément pouvant inciter à y recourir¹⁷⁴.

Or, la *Convention contre la torture* ne prétend pas codifier une norme de *jus cogens*. Étant donné que le *jus cogens* est hiérarchiquement supérieur aux dispositions des traités, il est difficile de comprendre comment la *Convention contre la torture* peut « inscrire plus profondément encore » une prohibition impérative.

La Cour a aussi reconnu que la prohibition du génocide relève du *jus cogens*¹⁷⁵. Cette qualification est également soutenue par d'autres autorités, dont la Cour internationale de justice¹⁷⁶ et la Commission du droit international¹⁷⁷. Autrement, depuis l'arrêt *Al-Adsani*, aucun autre jugement de la Cour n'a élargi la portée de *jus cogens* à d'autres droits fondamentaux. Au sujet des garanties d'un procès équitable, et en particulier le droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6(1), malgré leur importance, la Grande chambre « ne considère pas ces garanties comme figurant parmi les normes du *jus cogens* en l'état actuel du droit international »¹⁷⁸.

Comme pour la coutume, une vision plus large de la portée du *jus cogens* découle de quelques opinions individuelles. Dans une opinion dissidente, le juge Dedov a dit que « l'interdiction des violations de la dignité humaine, comme la torture, l'esclavage ou la discrimination raciale, font désormais partie du *jus cogens* »¹⁷⁹. Le juge Pinto de Albuquerque a décrit l'interdiction de recourir à la force, prévue à l'article 2(4) de la *Charte des Nations unies*¹⁸⁰, comme norme impérative¹⁸¹. Il a aussi identifié comme *jus cogens* l'obligation de prévention et de répression de génocide, des crimes contre l'humanité et les crimes de guerre¹⁸². Pour les juges Pinto de Albuquerque, Vučinić et Dedov, le principe de la légalité en droit pénal relève du *jus cogens*¹⁸³.

¹⁷⁴ *Othman (Abu Qatada) c Royaume-Uni*, n° 8139/09 [2012] X CEDH 249 au para 266.

¹⁷⁵ *Jorgić c Allemagne*, n° 74613/01 [2007] III CEDH 301 au para 68; *Stichting Mothers of Srebrenica*, *supra* note 12 au para 156.

¹⁷⁶ *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c Rwanda)*, [2006] CIJ Rec 6 au para. 64 [*Activités armées sur le territoire du Congo*]; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, [2007] CIJ Rec 43 au para 161; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, [2015] CIJ Rec 3 au para 87.

¹⁷⁷ *Rapport de la Commission du droit international*, CDI 2019, *supra* note 7 à la p 218; *Dire Tladi, Quatrième rapport sur les normes impératives du droit international général (jus cogens)*, Doc off, 71^e sess, Doc NU A/CN.4/727, (2019) 1 aux para 78-83.

¹⁷⁸ *Al-Dulimi*, *supra* note 54 au para 136.

¹⁷⁹ *Naït-Liman* [GC] (2018), *supra* note 8, juge Dedov, opinion dissidente.

¹⁸⁰ *Charte des Nations unies*, *supra* note 27, art 2(4).

¹⁸¹ *Sargsyan*, *supra* note 69 aux para 21, 23, 30, juge Pinto de Albuquerque, opinion dissidente; *Chiragov et al. c Arménie* [GC], n° 13216/05, [2015] III CEDH 311 au para 40, juge Pinto de Albuquerque, opinion dissidente.

¹⁸² *Sargsyan*, *supra* note 69 au para 21, juge Pinto de Albuquerque, opinion dissidente.

¹⁸³ *Maktouf et Damjanović c Bosnie et Herzégovine* [GC], n° 2312/08 [2013] IV CEDH 47 au para 9, juge Pinto de Albuquerque, opinion concordante à laquelle se rallie le juge Vučinić; *Ilseher c Allemagne* [GC], *supra* note 57 au para 75, juge Pinto de Albuquerque, opinion dissidente à laquelle se rallie le juge Dedov.

Le juge Dedov a aussi affirmé que la prohibition des crimes de guerre constitue une norme de *jus cogens*¹⁸⁴. Cette proposition est douteuse. La liste de la Commission du droit international comprend trois des quatre crimes qui constituent la compétence de la Cour pénale internationale, le génocide, les crimes contre l'humanité et le crime d'agression. Mais on n'a jamais suggéré que la qualification de *jus cogens* peut aussi s'appliquer aux crimes de guerre, qui est une notion très large susceptible d'englober des actes isolés d'un seul combattant indiscipliné. Deux juges ont déclaré que « [I]es règles de procédure sont de *jus cogens* ; elles relèvent de l'ordre public et les justiciables doivent pouvoir s'attendre à ce que ces règles soient respectées et appliquées »¹⁸⁵ mais c'est une opinion très isolée. Le juge Tsotsoria a considéré que « [l]'interdiction de la discrimination s'est matérialisée en une norme de *jus cogens* »¹⁸⁶. Cette conclusion est plus solide et elle est soutenue par la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹⁸⁷. Toutefois, la Commission du droit international n'a pas adopté une vision large de la discrimination. Elle s'est bornée à « [l]'interdiction de la discrimination raciale et de l'apartheid »¹⁸⁸.

Quelques juges ont explicitement rejeté la qualification de *jus cogens* pour certaines normes. Après avoir accepté que parmi les normes impératives établies figurent l'interdiction du recours à la force, le droit à l'autodétermination, l'interdiction du génocide et certains droits de l'homme fondamentaux, le juge Sajó a affirmé que « [p]armi ces droits ne figurent pas le droit d'une personne au respect de ses biens, la liberté économique ou l'accès à un tribunal, notamment dans une procédure civile »¹⁸⁹. Dans l'affaire *Al-Adsani*, plusieurs des juges dissidents ont constaté que les règles sur l'immunité des États, « qu'elles soient coutumières ou conventionnelles, ne relèvent pas du *jus cogens* »¹⁹⁰.

¹⁸⁴ *Janowiec et al. c Russie* [GC], n° 55508/07, [2013] V CEDH 203, juge Dedov, opinion concordante.

¹⁸⁵ *Cañete de Goñi c Espagne*, n° 55782/00, [2002] VIII CEDH 83 au para 3, juge Casadevall, opinion dissidente à laquelle se rallie la juge Strážnická.

¹⁸⁶ *Georgie c Russie* (I) [GC], n° 13255/07, [2014] IV CEDH 1, juge Tsotsoria, opinion en partie dissidente.

¹⁸⁷ *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (Mexique)* (2003), Avis consultatif OC-18/03, Cour Inter-Am DH (sér A) n° 17 au para 101, *Annual report of the Inter-American Commission on Human Rights : 2003*, OEA/Ser.L/V/II.118/doc.5 (2003) 397; *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs Republica Dominicana* (2014), Cour Inter-Am DH (sér C) n° 282 au para 264, *Annual report of the Inter-American Commission on Human Rights : 2014*, OEA/Ser.L/V/II/doc.13 (2015); *Nadege Dorzema et al. c République Dominicaine* (2012), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 251 au para 225; *Atala Riffo et filles c Chili* (2012), Cour Inter-Am DH (sér C) n° 239 au para 79; *Comunidad Indígena Xákmok Kásek c Paraguay* (2010), Cour Inter-Am DH (sér C) n° 214 au para 269; *Yatama c. Nicaragua* (2005), Cour Inter-Am DH (sér C) n° 127 au para 184; *Servellón-García et al. c Honduras* (2006), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 152 au para 94; *Norin Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) c Chili* (2014), Cour Inter-Am DH (sér C) n° 279 au para 197; *Veliz Franco et al. c Guatemala* (2014), Cour Inter-Am DH (sér C) n° 277 au para 205.

¹⁸⁸ *Rapport de la Commission du droit international*, CDI 2019, *supra* note 7 à la p 155. Voir aussi Dire Tladi, *Quatrième rapport sur les normes impératives du droit international général (jus cogens)*, Doc off, 71^e sess, Doc NU A/CN.4/727, (2019) 1 au para 101.

¹⁸⁹ *Al-Dulimi and Montana Management Inc. c Suisse*, n° 5809/08 (26 novembre 2013), juge Sajó, opinion en partie dissidente.

¹⁹⁰ *Al-Adsani*, *supra* note 48 au para 6, juges Rozakis et Caflisch, opinion dissidente commune à laquelle déclarent se rallier les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić.

Le professeur Ian Brownlie a décrit le *jus cogens* comme une Bentley qui ne sort jamais de son garage¹⁹¹. Le rôle du *jus cogens* en droits de la personne n'est pas évident. Certainement, classer un droit comme étant du *jus cogens* sert des fins rhétoriques, élevant son statut comme si on mettait le texte en majuscules et en caractères gras. La *Convention de Vienne sur de droit des traités* prévoit la nullité de tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général¹⁹². De plus, « [s]i une nouvelle norme de *jus cogens* survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin »¹⁹³. Ces deux dispositions présentent peu d'intérêt en ce qui concerne les conventions de droits de la personne. Il est difficile d'imaginer une disposition d'un traité sur les droits de la personne qui entrerait en conflit avec une norme impérative.

On a fait valoir que les normes de *jus cogens* priment sur une série de règles de fond et de procédure du droit international public. Devant la Cour européenne, le statut de *jus cogens* a été invoqué afin de neutraliser d'autres règles de droit international public, notamment les règles de droit coutumier qui garantissent l'immunité des États. Dans l'affaire *Al-Adsani*, l'action civile d'une victime de torture contre l'État koweïtien a été déclarée irrecevable par les tribunaux britanniques au motif de l'immunité, prévu par la loi britannique en conformité avec ses obligations internationales. Le requérant avait allégué une violation de l'article 6(1) de la *Convention européenne* parce qu'il était privé de son droit d'accès à un tribunal. La Grande chambre a jugé que malgré l'extrême gravité des allégations et le statut de *jus cogens* de l'interdiction de la torture, les tribunaux nationaux n'étaient pas tenus de faire exception à l'immunité de l'État. La Grande chambre était divisée, avec huit des dix-sept juges dissidents¹⁹⁴, comme la Cour internationale de justice lorsqu'elle a donné sa bénédiction au jugement de la majorité¹⁹⁵. Par la suite, des arrêts de la Cour européenne ont cité la Cour internationale de justice dans l'affaire *Immunités juridictionnelles*¹⁹⁶.

¹⁹¹ Ian Brownlie, « Comment » dans Joseph Weiler et Antonio Cassese, dir. *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin, de Gruyter, 1988, à la p 110, cité dans *Al-Dulimi*, *supra* note 54. Au para 35, juge Pinto de Albuquerque, opinion concordante à laquelle se rallient les juges les Hajiyev, Pejchal et Dedov.

¹⁹² *Convention de Vienne*, *supra* note 9 à l'art 53.

¹⁹³ *Ibid* à l'art 64.

¹⁹⁴ *Al-Adsani*, *supra* note 48, juges Rozakis et Caflisch, opinion dissidente commune à laquelle déclarent se rallier les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajić, juge Ferrari Bravo, opinion dissidente et juge Loucaides, opinion dissidente. Voir aussi *Fogarty*, *supra* note 91, juges Caflisch, Costa et Vajić, opinion concordante.

¹⁹⁵ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c Italie ; Grèce (intervenant))*, [2012] CIJ Rec 99 aux para 90, 96 [*Immunités juridictionnelles*].

¹⁹⁶ *Jones*, *supra* note 108 aux para 88-94; *Nait-Liman* [GC] (2018), *supra* note 8 aux para 71, 99 (voir aussi l'opinion dissidente du juge Dedov); *Stichting Mothers of Srebrenica*, *supra* note 12 au para 158; *O'Keefe c Irlande* [GC], n° 35810/09, [2014] I CEDH 233, au para 7, juge Ziemele, opinion concordante.

Il ne semble pas y avoir de débat sur la question de savoir si la Cour européenne des droits de l'homme peut se référer au droit international coutumier. Les nombreuses déclarations de la Cour sur le rôle de l'article 31(3)(c) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* le montrent d'une manière extrêmement claire. Pour ces raisons, la relative rareté des références au droit international coutumier peut paraître étrange. Dans la mesure où la Cour invoque le droit international coutumier, cela concerne des questions accessoires de droit international public, telles que les immunités, plutôt que les droits fondamentaux. On peut en dire autant du *jus cogens*.

En défense de la Cour, ses fréquentes énumérations de sources de droit et de pratique, généralement dans une rubrique distincte de ses arrêts, pourraient bien être considérées comme l'équivalent à un examen de preuves aux fins de l'identification de la coutume. Sans vraiment faire de distinction entre les sources contraignantes et non contraignantes, la Cour européenne cite les dispositions pertinentes de conventions, y compris celles de traités non encore en vigueur, les résolutions et décisions de divers organes politiques et d'experts, et d'autres documents parfois qualifiés de « *soft law* ».

Le juge qui a fait preuve du plus grand enthousiasme tant pour le droit coutumier que pour le *jus cogens* Paulo Pinto de Albuquerque, a exhorté la Cour à adopter une « *customary international law-friendly interpretation of the Convention* »¹⁹⁷. La version française de ses propos est moins éloquente et aussi moins précise, faisant référence à « une interprétation de la *Convention* tenant compte du droit international coutumier ». On trouve quelque chose de comparable dans la discussion du rôle du *jus cogens* par le juge ad hoc John Dugard de la Cour internationale de justice. Selon le juge Dugard,

[L]es normes du *jus cogens* sont un mélange de principes et de politiques [...]. Parce qu'elles promeuvent à la fois des principes et des politiques, les normes du *jus cogens* doivent inévitablement jouer un rôle prépondérant dans le processus du choix judiciaire¹⁹⁸.

À la suite des travaux de pionnier du juge Pinto du Albuquerque, dans les cas appropriés, la Cour européenne des droits de l'homme pourrait facilement inclure des observations sur la nature coutumière de droits spécifiques dans les résumés de la législation et de la pratique pertinentes qui figurent dans ses arrêts. Ainsi, une plus grande attention portée au droit international coutumier peut renforcer l'impact de la Cour dans les régions du monde où la *Convention européenne* ne s'applique pas. Aussi, dans la mesure où ses déclarations trouvent un appui et peuvent être enracinées dans le droit international coutumier d'application universelle, la jurisprudence de la Cour peut avoir un impact plus direct dans les régions d'Europe qu'elle n'atteint pas (Biélorussie et le Saint-Siège) ainsi que certains territoires non européens des États

¹⁹⁷ *Lopes de Sousa Fernandes c Portugal* [GC], n° 56080/13 (19 décembre 2017), au para 71, juge Pinto de Albuquerque, opinion en partie concordante et en partie dissidente.

¹⁹⁸ *Activités armées sur le territoire du Congo*, *supra* note 176, au para 10, juge ad hoc Dugard.

membres du Conseil de l'Europe qui sont à l'abri de la *Convention européenne*¹⁹⁹. Sans doute, sa voix porte bien au-delà du continent européen. Une référence accrue par la Cour à la fois à la coutume et au *jus cogens* ne peut que renforcer son rayonnement.

¹⁹⁹ *Chagos Islanders c Royaume-Unis*, n° 35622/04 (11 décembre 2012) au para 47.