

# DROITS DE L'HOMME ET THEORIE GENERALE DU DROIT INTERNATIONAL

par

**Michel VIRALLY**

Professeur à l'Université et à l'Institut Universitaire  
de Hautes Etudes Internationales de Genève

Le droit international public est traditionnellement défini comme le droit des relations internationales, conçues comme se confondant avec les relations inter-étatiques, ou de la société internationale, considérée elle-même comme ne se distinguant pas de la société des Etats.

Cette définition du droit international repose sur ce que l'on peut appeler « la théorie des deux sphères ». Elle implique, en effet, une distinction fondamentale opérée entre deux sphères, qui sont respectivement celles des relations infra-étatiques, qui constituent l'ordre interne et qui sont soumises à un droit également interne (le droit étatique) et celles des relations inter-étatiques, constituant l'ordre international, et soumises au droit international.

Cette distinction fondamentale constitue la *summa divisio*. Il n'existe pas de troisième sphère, qui serait celle des relations trans-étatiques, relations privées à travers les frontières des Etats, auxquelles correspondrait un droit trans-national (1). Ces relations particulières sont normalement considérées comme faisant

(1) Cependant le célèbre ouvrage de Philip Jessup, *Trans-national Law*, New Haven, Yale Univ. Press, 1956.

partie de l'infra-étatique et, par conséquent, soumises à un ordre juridique étatique à déterminer par le droit interne lui-même dans sa partie relative au droit international privé ou, pour être plus précis, au conflit de lois.

Une telle conception du droit international conduit tout naturellement, sur le plan de la théorie du droit, au dualisme. Certes, le monisme n'est pas exclu, on sait assez qu'il a été soutenu par d'éminents auteurs, mais s'il veut tenir compte des réalités, il doit être tempéré au moins dans ses conséquences. En définitive, la théorie qui veut se montrer aussi fidèle qu'il est possible à la réalité du droit international peut être plutôt qualifiée de pluralisme à suprématie du droit international, que de monisme ou de dualisme (2).

Le dualisme paraît en effet excessif. La théorie des deux sphères n'entraîne pas nécessairement comme conséquence que les règles de droit international ne pourraient jamais concerner des relations d'ordre interne, c'est-à-dire infra-étatiques, mais le droit international, en vertu de cette théorie, ne s'applique à de telles relations que lorsque et dans la mesure où ce qui se passe dans l'ordre interne d'un Etat a des répercussions internationales, c'est-à-dire touche les intérêts d'autres Etats. Il est clair que l'apparition d'une telle situation dépend du développement des échanges internationaux. Mais cette situation se présentera d'autant plus fréquemment que, comme nous l'avons vu, les relations trans-nationales relèvent de l'ordre juridique étatique.

Ce que nous venons de décrire n'est pas purement théorique. Cela correspond très exactement à la doctrine formulée dans l'article 15, 8 du Pacte de la Société des Nations, tel qu'il a été interprété par la Cour permanente de Justice internationale dans son avis consultatif sur les décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc (3). Pour la Cour, le domaine laissé par le droit international à la compétence exclusive des Etats est éminemment variable. Il dépend précisément de l'évolution des rapports internationaux eux-mêmes et se rétrécit par conséquent dans la mesure où ces rapports pénètrent dans de nouveaux secteurs de la vie étatique, entraînant par là même l'apparition de règles de droit international applicables à ces secteurs.

(2) M. Virally, Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes, *Mélanges Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 488-505.

(3) C.P.J.I., Avis consultatif sur les décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc, Série B, n° 4 (1923).

Bien entendu, la réalité de l'incidence que certains faits ou situations dans l'ordre interne peuvent avoir sur les intérêts d'Etats étrangers, ainsi que la légitimité de ces intérêts doivent être reconnus par les Etats en cause, puisque chaque Etat est souverain dans sa sphère. Cette reconnaissance se réalise soit par voie de convention, soit par voie de coutume par le jeu de l'*opinio juris*.

Il résulte de cette analyse que le droit international peut être défini essentiellement comme un droit politique et ceci en un triple sens. D'une part, il s'agit d'un droit qui est construit tout entier en considération des intérêts de ces unités politiques que sont les Etats. Certes, les intérêts en cause ne sont pas exclusivement politiques ; dans une très large mesure — et une mesure qui ne cesse de croître — ce sont des intérêts économiques, mais, quels que soient leurs caractères propres, ils sont toujours politiquement marqués, parce que les intérêts dominants de l'Etat sont bien de nature politique. En second lieu, le droit international est mis en œuvre par des organes politiques, qui sont les gouvernements. Enfin, le droit international dépend, au point de vue de sa création, de la volonté politique des Etats. On peut dire, et l'on a dit, que le droit international est le soutien de la politique étrangère (4). Ceci n'est pas reconnu par tous les juristes internationaux. Il est bien clair pourtant que le droit international conventionnel est l'expression de la politique étrangère, parce que les traités sont conclus par l'Etat en fonction de cette politique et à son profit. Quant au droit international coutumier, il repose essentiellement sur la pratique des Etats, qui est elle-même l'expression de leur politique extérieure.

Le caractère fondamentalement politique du droit international n'entraîne pas, par voie de conséquence, une absence de protection de l'homme par ce droit : en effet, cette protection est souvent politiquement importante pour l'Etat. Mais il résulte de ce caractère que la protection de l'homme ne sera assurée qu'en fonction des intérêts politiques engagés, lesquels dépendent eux-mêmes des relations qui existent entre l'homme à protéger et un Etat, ainsi que de la qualité des relations entre les Etats mis en cause. Dans un certain nombre d'hypothèses, la protection de l'homme est ainsi assurée en raison de son rattachement fonctionnel à l'Etat ou à une organisation créée par des Etats : c'est

(4) G.I. Tunkin, *Droit international public, problèmes théoriques*, trad. française, Paris, Pedone, 1965, p. 184.

le cas des privilèges et immunités diplomatiques et consulaires. Dans d'autres cas, beaucoup plus généraux, c'est le rattachement national de l'homme qui lui permettra de bénéficier ou non d'une protection par le droit international. Ici nous rencontrons tout l'immense domaine de la protection des étrangers — ou, pour être plus précis, des nationaux à l'étranger. Le développement de cette protection dépend évidemment de l'intérêt pris par l'Etat dans les activités de ses ressortissants à l'extérieur de ses frontières, soit pour des raisons économiques, soit pour des raisons de prestige, soit même pour des raisons de politique intérieure ; ceci explique que cette protection soit extrêmement diversifiée en fonction de la nature particulière des relations qui existent entre les différents Etats, de sorte que, dans une très large mesure, elle repose sur les conventions, même si le droit international général contient un certain nombre de dispositions minimales dans ce domaine.

Il faut d'ailleurs ajouter que la protection des nationaux à l'étranger revêt probablement plus d'importance dans les rapports internationaux contemporains, que dans ceux du passé, en raison de ce que l'on pourrait appeler la montée de l'économie dans le politique, c'est-à-dire de l'intérêt croissant que les Etats apportent aux relations économiques et, d'une façon générale, à la gestion d'une économie dans laquelle les échanges extérieurs revêtent de plus en plus d'importance.

Ce n'est pas dire que les sentiments humanitaires soient totalement exclus du droit international dans la protection de l'homme telle qu'elle est traditionnellement assurée par le droit international. Mais ces intérêts humanitaires se trouvent eux aussi toujours en relation avec des intérêts politiques, lorsqu'ils sont pris en considération. Ceci est extrêmement apparent pour les interventions soi-disant « humanitaires », pratiquées à certaines époques, et dont il n'est que trop évident que les sentiments d'humanité qui les inspiraient se trouvaient singulièrement renforcés par des intérêts politiques très précis. Cela est vrai également de tout le « droit de Genève », qui représente probablement la partie la plus considérable du droit humanitaire traditionnel. Ce droit est très certainement celui qui tient le plus grand compte des considérations humanitaires. Il n'en reste pas moins qu'il est lui aussi construit sur la réciprocité des intérêts des Etats entre lesquels des hostilités ont été déclenchées.

Si nous nous tournons maintenant vers la protection assurée par le droit international à certaines catégories particulières

d'individus, indépendamment de leur nationalité, par exemple, la protection des hommes réduits en esclavage, ou encore des femmes et des enfants dont il est fait commerce, nous constatons que le droit international intervient pour assurer la coopération entre les Etats luttant contre ces fléaux et pour qui, par conséquent, cette lutte constitue une partie intégrante de leur politique.

On pourrait enfin faire des constatations analogues à propos du droit des minorités et sans doute n'est-il pas nécessaire d'insister sur ce point, tant l'importance des facteurs politiques dans la formulation de ce droit au lendemain de la première Guerre Mondiale est évidente. On conclura simplement en constatant, parallèlement à ce que nous avons dit un peu plus haut à propos de l'économique, une montée de l'humanitaire dans le politique, qui s'explique probablement par le développement des sentiments humanitaires dans l'opinion publique à l'intérieur des Etats.

Ne peut-on dire que la protection internationale des droits de l'homme constitue simplement un pas de plus dans cette évolution, permettant de donner un caractère plus large et plus systématique à l'introduction de considérations humanitaires dans le droit international ? Nous ne le pensons pas. En réalité, la protection internationale des droits de l'homme constitue une véritable mutation et non pas une simple étape dans cette évolution. La différence fondamentale qui est introduite ici vient de ce que la protection internationale des droits de l'homme implique la négation de la théorie des deux sphères sur laquelle, nous l'avons vu, s'était édifié le droit international classique.

Cette négation apparaît déjà dans les origines de la protection internationale des droits de l'homme et dans ses motivations. Historiquement, on peut dire que l'idée de la protection internationale des droits de l'homme est venue de la reconnaissance de l'unité de la politique intérieure et extérieure des Etats. On a reconnu, notamment à l'occasion de la deuxième Guerre Mondiale et en méditant sur ses causes, que la conduite violente d'un gouvernement ou d'un régime à l'égard des hommes dans l'ordre interne l'a mené tout naturellement à adopter une conduite violente à l'égard des Etats dans l'ordre international. En d'autres termes, le totalitarisme, la négation des droits de l'homme, conduisent par une logique interne à l'impérialisme et à l'agression ; la violation des droits de l'homme n'est que le prologue de la violation du droit international.

La négation de la théorie des deux sphères se retrouve aussi dans le contenu du droit international en matière de protection

des droits de l'homme. Ses dispositions, en effet, sont applicables aux relations entre l'Etat et ses propres nationaux, dans des cas où aucun intérêt étranger n'est directement engagé ou touché. Elles sont même applicables à l'organisation politique de l'Etat, c'est-à-dire à ce qui constitue le véritable « sanctuaire » de la souveraineté et de l'ordre interne.

Cette négation enfin est encore plus manifeste dans l'inspiration même du droit international en matière de droits de l'homme. En effet, on se trouve en présence d'un droit construit en fonction de l'intérêt de l'homme, indépendamment de son statut politique et considéré, par conséquent, comme partout identique à lui-même, l'article 1<sup>er</sup> du credo des droits de l'homme étant celui de l'égalité de tous les hommes quelles que soient leur race, leur religion ou leurs opinions. En d'autres termes, nous trouvons derrière les droits de l'homme l'affirmation du principe de l'unité et de l'intemporalité du droit : les mêmes règles doivent valoir pour tout homme et pour toute époque parce qu'elles correspondent à ce qui est dû à un homme qui est partout le même. Cette unité et cette intemporalité font contraste avec la pluralité des sociétés humaines et la diversité des règles juridiques applicables à leurs relations en fonction des circonstances, qui découlent tout naturellement de la théorie des deux sphères.

Il résulte finalement de ces caractères que les droits de l'homme présentent une valeur transcendant la politique, qui est toujours incarnée dans l'histoire, et hors d'atteinte de la volonté politique, au respect de laquelle ils s'imposent par leur autorité propre.

Certes, la formulation des droits de l'homme est contingente et dépend de décisions politiques mais, en définitive, cette formulation ne peut être que la détermination de ce qui est nécessaire pour garantir le respect dû à la personne humaine, valeur permanente et antérieure à tout acte politique. Vis-à-vis des droits de l'homme, l'activité politique n'est pas une création libre, elle est avant tout une activité de découverte et, par conséquent, de reconnaissance.

On est ainsi amené à constater que les droits de l'homme ne constituent pas un droit politique, au sens dans lequel nous avons pris cette expression un peu plus haut, mais se présentent comme un droit idéologique, déduit d'une certaine conception de l'homme et de ses rapports avec les autres hommes et la société dans son ensemble. Nous employons ici le qualificatif « idéologique » pour

ne pas employer celui de « naturel » qui, aujourd'hui, prête à controverse et à confusion.

Quelles conclusions tirer de ces brèves remarques ? L'introduction de la protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique international n'entraîne pas simplement une modification du contenu du droit international, c'est la définition même de ce droit qui est remise en cause. Le droit international ne peut plus être défini comme le droit des relations internationales ou de la société des Etats. Il se présente désormais comme le droit de la société humaine universelle, ou globale, comprenant deux parties essentielles : d'une part le statut fondamental de l'homme à l'intérieur des différentes unités politiques qu'il a constituées historiquement et qui se gouvernent de façon indépendante et, d'autre part, le droit des relations entre ces différentes unités politiques.

Une telle définition conduit pour la première fois, sur le plan de la théorie, à un monisme véritable, puisque se trouve enfin remplie la condition nécessaire à l'apparition du monisme juridique bien vue par Georges SCELLE : que l'homme soit sujet aussi bien du droit international que du droit interne.

Mais si le monisme triomphe, la division se retrouve ailleurs : elle se retrouve au sein du droit international lui-même qui, comme nous l'avons vu, se trouve désormais divisé en deux parties et à propos duquel on peut se poser le problème de sa cohérence. Lui est-il possible d'assurer sans dommage la coexistence en son sein de deux ensembles normatifs d'inspirations si différentes et surtout de réaliser une articulation satisfaisante entre eux ?

La question la plus apparente et la plus souvent posée est évidemment celle de savoir s'il est possible qu'un ensemble juridique et idéologique tel qu'en constituent les droits de l'homme soit mis en œuvre de façon satisfaisante par des organes politiques, c'est-à-dire par des organes mûs par des intérêts politiques. Il semble, au contraire, qu'il soit nécessaire de prévoir soit une procédure permettant à l'homme d'agir lui-même pour assurer le respect des droits qui lui ont été reconnus, soit une action publique dans l'intérêt de la loi. Mais une telle action publique ne peut pas, semble-t-il, être confiée à des organes qui se détermineront avant tout en fonction d'intérêts politiques et non pas en considération de l'intérêt de la loi. Il devient donc nécessaire que cette action publique soit confiée à un organe dont ce serait la fonction spécifique, soit une commission, soit un haut commissaire, disposant d'une appréciable liberté d'action.

Il est inutile d'insister sur ce point car il a été déjà bien mis en lumière sur le plan européen, ainsi que, sur celui des Pactes internationaux des Droits de l'homme, lors des derniers travaux de l'Assemblée Générale dans ce domaine.

Une autre question qui mérite d'être posée, mais qui l'a peut-être été moins souvent, est celle de savoir si la partie politique du droit international, celle qui concerne les rapports entre unités politiques, ne risque pas d'être « contaminée » par la partie idéologique. Bien entendu, lorsque nous parlons ici de contamination, nous ne pensons pas que ce serait une maladie qui frapperait le droit international, mais tout au contraire une force nouvelle qui lui serait ainsi conférée : le problème, en effet, est de savoir si ce droit peut continuer à se développer dans son domaine — celui des rapports entre Etats — en continuant à n'être dominé que par des préoccupations d'ordre politique et sans jamais se soucier des intérêts de l'homme lui-même.