

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME ET L'ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL

par

Gérard COHEN-JONATHAN

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Doyen honoraire de la Faculté de droit de Strasbourg

Sommaire

Prolégomènes sur l'internationalisation des droits de l'homme

I. LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME, PARTIE INTÉGRANTE DE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

- A. Les rapports avec les systèmes nationaux**
- B. Le droit international général et les procédures de mise en œuvre des droits de l'homme**
- C. Les principes du droit international et la détermination du contenu des obligations normatives**

II. L'AUTONOMIE DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

- A. La spécificité du droit international des droits de l'homme**
- B. Les réserves dans les traités relatifs aux droits de l'homme**

III. LA PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME ET L'ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL

- A. Les sources et actes juridiques**
- B. La théorie des sujets de droit international**
- C. La mise en œuvre du droit international**

PROLÉGOMÈNES SUR L'INTERNATIONALISATION DES DROITS DE L'HOMME

Je suis particulièrement heureux de me retrouver dans cette Faculté de Strasbourg pour ce quatrième colloque dont elle a pris la responsabilité dans le cadre de la Société Française pour le Droit International. Un peu ému aussi d'être à nouveau à cette chaire devant des amis de toujours, comme le Président Jean Waline, et d'autres encore, aujourd'hui professeurs devant qui j'ai eu tant de satisfaction à enseigner depuis 1967.

« Parmi mes nombreux enfants », selon une expression amicale utilisée un jour par Pierre Michel Eisemann, un seul ne pouvait être là. C'était un grand internationaliste dont la thèse sur « les organes intégrés de caractère bureaucratique dans les organisations internationales » (Bruylant 1987) avait été très appréciée par des maîtres comme Michel Virally qui en fit l'avant-propos, ainsi que par les membres du jury d'agrégation, présidé en 1985 par Louis Dubouis. Jacques Schwob nous a quittés trop vite mais je souhaiterais que ce colloque, magnifiquement organisé par Jean-François Flauss, lui soit dédié pour lui marquer notre estime collective et notre fidélité dans le souvenir.

*
**

Dans le monde d'aujourd'hui, Pierre Imbert l'a bien montré au cours de cette table ronde finement animée par Luigi Condorelli, la nécessité d'accroître l'efficacité de la protection des droits de l'homme est malheureusement toujours impérieuse. Chacun sait bien que la paix consolidée au Nord ne s'est pas étendue au Sud. De plus, la libération des pays de l'Est s'accompagne souvent du réveil des vieux démons, du retour aux nationalismes et aux exclusivismes de toute sorte. Dans son bel ouvrage, « L'humanité dans l'imaginaire des nations », notre maître, René-Jean Dupuy, s'écriait en 1991 : « Est-on sorti de l'Europe de Yalta pour revenir à celle de Sarajevo, cependant que l'Afrique stagne dans les guerres et la misère et que le Moyen-Orient continue ses autodafés ? »

Néanmoins, une nouvelle vision de l'homme dans l'Humanité, le désir de procurer une garantie accrue « à tout homme et à tous les droits de l'homme », selon une formule chère à René Cassin, ont amené à créer à la charge des Etats des obligations positives, à tenter d'améliorer le contrôle de ces obligations par toute une série de procédures internationales et d'avancées conceptuelles susceptibles d'améliorer la mise en œuvre du droit international.

D'autre part, comme le dit René-Jean Dupuy, si l'Humanité a des droits sur l'Etat, elle en a aussi sur l'homme. Elle attend de lui notamment qu'il la respecte dans les autres hommes, car toute violation de leurs droits méconnaît les siens. Et cette idée est à la base de la répression des crimes imprescriptibles

contre l'humanité, comme elle explique aussi l'application horizontale des droits de l'homme et du droit humanitaire, dans les rapports entre les personnes privées.

Au cours du présent colloque, toutes les interventions ont convergé pour souligner l'accroissement prodigieux des institutions, mécanismes, concepts et normes relatifs aux droits de l'homme. Comme l'a écrit Hubert Thierry dans son cours général à l'Académie de La Haye, « le développement du droit relatif aux droits de l'homme a été considérable et peut-on dire exponentiel. C'est là sans doute l'un des aspects les plus remarquables de l'évolution du droit international » (RCADI 1990-III, p. 173). Ainsi les éléments ne manquent donc pas pour analyser « la protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international », thème de nos Journées d'Etudes. Ce faisant, nous avons conscience bien sûr que vouloir étudier ce problème en des termes généraux risque d'en déformer ou d'en réduire quelque peu les réponses qui seront apportées. Car les cadres juridiques – Alexandre Kiss l'a rappelé – sont parfois hétérogènes. De plus, la pratique interne et internationale ne présente pas toujours – c'est un euphémisme – une parfaite cohérence.

Néanmoins l'approche est forcément globale et universelle car la protection internationale des droits de l'homme vise nécessairement tous les individus. En quelque endroit qu'ils se situent, ils revendiquent tous le droit à la liberté et à la dignité, ce qui inclut le bénéfice de certains droits sociaux élémentaires. C'est pourquoi la Déclaration universelle de 1948 est si précieuse puisque, pour la première fois, elle apportait, issue des cendres de la seconde guerre mondiale, la réponse générale et la voie à suivre pour l'ensemble de la Communauté internationale. Or, si le chemin à parcourir est encore très long, le « juriste » est aussi amené à constater que les systèmes juridiques sont en constante évolution et l'on croit que celle-ci a un sens : à savoir le besoin d'assurer une garantie plus généralisée et plus effective aux droits de la personne humaine.

Pour atteindre cet objectif, à partir de l'article 55 de la Charte des Nations Unies, les droits de l'homme sont donc devenus une valeur internationale et ont donné naissance à un droit international de plus en plus dense et en grande partie original. Le domaine du droit international s'est donc accru ; mais, au-delà, cette extension présente une signification particulière car, pour reprendre les termes mêmes utilisés par Michel Virally, cette fois « le droit international pénètre au cœur même du sanctuaire de la souveraineté ».

En effet, avec cette « mondialisation », on sort de la problématique classique du droit international qui est celle des relations interétatiques où la souveraineté arrête la souveraineté. Avec les droits de l'homme, le principe de réciprocité tend à disparaître, et la souveraineté va se trouver désormais arrêtée par des droits appartenant à des individus se trouvant sous la juridiction de l'Etat, quelle que soit d'ailleurs leur nationalité. Si le respect des droits de l'homme constitue une obligation de droit international, il en résulte notamment que les nationaux peuvent faire appel du droit interne au droit international, éventuellement devant des instances internationales.

Or une telle tendance s'est constamment affirmée, et le mouvement d'internationalisation s'est même notablement amplifié dans la dernière décennie. Les signes en sont multiples.

D'abord, comme l'a mis en exergue Pierre Dupuy, le fondement de l'obligation de respecter les droits de l'homme a acquis aujourd'hui un carac-

ter de coutume générale. Déjà, dans son arrêt du 27 juin 1986, Nicaragua contre Etats-Unis, la Cour internationale de Justice avait clairement relevé que l'inexistence d'un engagement formel (en la matière) ne signifiait pas qu'un Etat puisse violer impunément les droits de l'homme¹. De cette façon, la Cour tend à constater l'existence d'une obligation internationale générale de respecter les droits de l'homme, dont le fondement est coutumier. Cette conception a été systématisée par l'Institut de droit international dans sa résolution du 13 septembre 1989 à Saint-Jacques-de-Compostelle. Précisons qu'une telle obligation concerne l'ensemble des droits de l'homme d'origine coutumière ou conventionnelle, en prenant comme point de départ l'article 55 de la Charte des Nations Unies. S'appliquant aussi bien aux étrangers qu'aux nationaux, elle limite la souveraineté en écartant, de ce chef, en cas de violation, toute exception issue du sacro-saint principe de non-intervention dans les affaires intérieures.

Et même le Conseil de sécurité a suivi le mouvement. Sans doute, dès 1947, René Cassin déclarait-il « il faut que le droit de regard de l'humanité sur les rapports de l'Etat et de l'individu soit affirmé » (Journal de Genève du 10 décembre 1947). Néanmoins, les Etats se réfugiaient derrière le rempart d'une souveraineté absolue interdisant toute ingérence dans les affaires intérieures, conformément à l'article 2, § 7 de la Charte de l'ONU, sauf obligation conventionnelle volontairement assumée et maîtrisée comme dans le cadre de la Convention européenne. Depuis lors, l'internationalisation des droits de l'homme n'a cessé de s'étendre. Le droit international coutumier s'est enrichi d'une pratique et d'un assez large consensus pour condamner au minimum les violations graves et généralisées des droits de l'homme et admettre les nécessaires réactions de la Communauté internationale dans des hypothèses de ce genre.

Finalement, depuis 1990 surtout (car l'on pourrait songer à des précédents plus anciens), le Conseil de sécurité s'est engagé à plusieurs reprises à entreprendre une « action » dans le cas de violations massives des droits de l'homme, en particulier à l'occasion de conflits internes qui *a priori* relèvent du domaine réservé des Etats.

D'autre part, les mécanismes de contrôle international y compris de plaintes étatiques ou individuelles se sont multipliés dans de nombreuses conventions internationales, régionales ou universelles. Mais, ils se sont aussi développés à l'occasion de procédures dont on a peu parlé ici, non conventionnelles voire informelles dont les résultats ne sont pas cependant négligeables.

Nous pensons, par exemple, à l'examen des réclamations dans le cadre de la résolution du Conseil exécutif de l'UNESCO (104/Ex/3.3) dont l'efficacité partielle mais accrue est peut-être liée au caractère confidentiel de cette procédure qui prend appui sur la Déclaration universelle. Nous pensons aussi au foisonnement des procédures spéciales créées dans le cadre de la Commission des droits de l'homme et en particulier aux résultats obtenus par le Groupe de travail sur la détention arbitraire dirigée par Louis Joinet².

1. Rec. 1986, § 267 (2). V. G. Cohen-Jonathan, « La responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme », in *La responsabilité dans le système international*, Pedone, 1991, p. 120.

2. V. en ce sens, l'intéressant colloque organisé par E. Decaux sur « L'ONU face à la

Naturellement, de telles procédures thématiques se heurtent encore à l'hostilité de certains Etats, en particulier de ceux qui n'ayant pas ratifié un traité approprié ou n'ayant pas souscrit à une clause facultative sur le droit de recours individuel, espèrent éviter tout droit de regard de la Communauté internationale. En ce sens, le Groupe « Joinet » a été l'une des principales cibles dans l'offensive menée dernièrement par ces Etats pour supprimer toutes ces actions non conventionnelles. Ces tentatives ont heureusement été déjouées. Ainsi en atteste la résolution 1997/50 de la Commission des droits de l'homme finalement adoptée au consensus, qui renouvelle le mandat du Groupe, lequel peut toujours être saisi de réclamations alléguant qu'une privation de liberté n'est pas conforme « aux normes internationales pertinentes ».

Quand on fait l'inventaire des instruments de protection des droits de l'homme, à côté des traités classiques et des mécanismes de contrôle judiciaires ou quasi-judiciaires, il ne faudrait pas oublier des « institutions de ce genre ». Elles contribuent à mettre en évidence cette dynamique des droits de l'homme qui correspond à un besoin social évident. Ainsi, sur la base de traités, de coutumes, de « pratiques », d'usages, d'une jurisprudence abondante émanant d'organes judiciaires ou de Comités d'experts indépendants, de déclarations, de résolutions diverses, s'est forgé un corps de droit en vue d'assurer la protection des droits de l'homme, de tous les hommes sans discrimination, selon les termes mêmes de l'article 55 de la Charte des Nations Unies. Il s'est construit un *droit international des droits de l'homme* dont les destinataires réels sont les individus. Son originalité, sa spécificité, répond aux fins qui lui sont assignées et s'inscrivent dans tout un courant d'évolution éthique et juridique au sein de l'ordre juridique international.

En bref, comme nous l'avons déjà dit, le droit international des droits de l'homme fait partie intégrante du droit international. Ce serait erroné et même dangereux de prétendre le contraire ; le droit international est « un » et le droit international général est le droit commun. Toutefois ce dernier pendant longtemps n'a été conçu que dans le cadre des relations interétatiques, dominées pour l'essentiel par le principe de réciprocité. Dès lors, il fallait admettre au sein de l'ordre juridique international l'autonomie ou la spécificité de certains régimes – qu'il s'agisse du droit international des contrats³, du droit international de l'environnement ou du droit international des droits de l'homme –, autant de domaines, où l'on ne se borne pas à prendre en considération les seuls droits ou intérêts des Etats.

Les implications de ces deux éléments – complémentaires – de notre proposition doivent être explicitées avant d'apprécier l'incidence de la protection internationale des droits de l'homme sur l'évolution du droit international.

détention arbitraire » dont les Actes ont été publiés en 1998 par le CEDIN – Paris X, Nanterre. Avant-propos de Louis Joinet.

3. Par analogie, le problème s'est déjà posé à propos des contrats dits internationalisés. Nous nous permettons notamment de renvoyer aux pages 457 et 458 du commentaire que nous avons fait de la sentence arbitrale Texaco, *AFDI*, 1977, p. 452-479.

I. LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME, PARTIE INTÉGRANTE DE L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

Même si elles se présentent sous un aspect particulier, comme nous aurons amplement l'occasion de le signaler, les sources principales de cette branche du droit international se trouvent dans des coutumes et des traités ou actes adoptés par les Etats. S'il doit conserver une autonomie suffisante pour garantir directement à tous les individus, destinataires essentiels des droits garantis, une protection effective des obligations objectives et intégrales auxquelles les Etats ont consenti, le droit international des droits de l'homme tire sa validité et sa force juridique du droit international commun. Qui plus est, la référence aux principes généraux du droit international lui permet d'affirmer son autorité, comme elle s'avère très utile en ce qui concerne la mise en œuvre du droit et la procédure de contrôle. Elle n'est pas dépourvue d'intérêt également s'agissant de la détermination du contenu des obligations normatives.

A. Les rapports avec les systèmes nationaux

La protection internationale des droits de l'homme est subsidiaire dans la mesure où les individus doivent d'abord tenter d'obtenir réparation des violations commises devant les autorités ou juridictions nationales. En vérité, « le contentieux international » serait sérieusement allégé si les juridictions nationales appliquaient effectivement les normes internationales relatives aux droits de l'homme telles qu'elles sont objectivement interprétées par les organes internationaux de contrôle.

Cela suppose au préalable que ces normes soient régulièrement insérées dans l'ordre juridique interne. Or, sur ce point, le principe général est qu'il n'incombe aux Etats aucune obligation stricte : tout dépend de la constitution nationale qui peut adopter d'ailleurs une solution plus favorable pour l'introduction des coutumes (Allemagne, Royaume-Uni...) que pour les dispositions conventionnelles.

Dans les Etats qui acceptent l'insertion des normes internationales dans l'ordre interne, l'application directe des droits de l'homme est facilitée pour toutes les règles (les plus nombreuses) qui créent des droits directement dans le patrimoine des particuliers, véritables titulaires des droits définis. En ce sens, comme l'a relevé la Section du Rapport et des Etudes du Conseil d'Etat, en 1985 : le libellé quelquefois général des définitions énoncées n'est pas un obstacle à leur *effet direct* lorsqu'elles se rapportent à des normes qui portent sur les droits de l'homme et les libertés individuelles⁴.

4. Droit international et droit français, *NED*, 1986, 3, n° 4803 p. 10. A juste titre, le Conseil d'Etat met à part certains droits énoncés dans la Charte sociale européenne. Sur tous ces points, voir notre analyse dans « la Convention européenne des droits de l'homme », *Economica*, 1989, p. 241-251.

Quoi qu'il en soit, qu'il s'agisse d'application directe (ce qui constitue une tendance croissante dans le cadre européen) ou d'application en substance des droits garantis, l'effectivité des normes internationales postule leur primauté par rapport au droit national y compris à l'égard des décisions des cours constitutionnelles. Là encore, dans l'ordre interne, les solutions peuvent varier selon les pays⁵. Mais dans l'ordre européen ou international et aux yeux de ses organes (notamment de caractère judiciaire) on applique le principe international traditionnel selon lequel le droit international prime le droit interne quel que soit le degré hiérarchique de la norme ou de l'institution dont elle émane dans le cadre national.

Sur le principe, et au grand dam de certains, la Cour européenne a toujours appliqué une telle doctrine, dans l'affaire *Open Door* contre l'Irlande (29 octobre 1992) ou encore dans sa sentence du 23 juin 1993 (Ruiz-Mateos). Dans d'autres instances, elle s'est formellement séparée de l'appréciation d'un même droit fondamental par une juridiction constitutionnelle.

Encore dernièrement, la Commission européenne des droits de l'homme – dont on ne dira jamais assez l'œuvre importante qu'elle a accomplie dans le développement de la jurisprudence européenne – a critiqué l'application d'une loi de validation qu'elle estime contraire à l'article 6 de la Convention, en dépit du fait que le Conseil constitutionnel français s'était prononcé en faveur de sa constitutionnalité⁶. La Commission montre bien en quoi le contrôle de conventionnalité diffère du contrôle de constitutionnalité et rappelle, comme une évidence héritée des principes généraux du droit international, la primauté nécessaire de la norme internationale.

Le rattachement au droit international public d'instruments relatifs aux droits de l'homme peut également être précieux pour garantir leur autonomie et leur effet utile dans certaines circonstances. Nous pensons ainsi à des situations présentant un lien d'extranéité, qui concernent en principe des relations entre personnes privées et sont régies par le *droit international privé*. Il nous semble que les droits fondamentaux internationalement définis devraient être pris en considération dans chaque pays au titre de l'ordre public international, et en tant « qu'exception d'ordre public » en vue, par exemple, d'écarter l'application d'une loi étrangère ou la reconnaissance d'un jugement étranger qui y seraient contraires. Dans une telle hypothèse nous sommes conscients que les normes internationales ne sauraient produire d'effets qu'en suivant les principes généraux ou l'esprit du droit international privé. Tout en étant ouvert à une telle éventualité Pierre Mayer a raison de rappeler cette dernière exigence⁷.

Mais précisément, si l'on prend l'exemple de la Convention européenne des droits de l'homme, on relève que la Cour suit déjà une voie de ce genre,

5. Contrairement à l'autorité reconnue aux traités, conformément à l'article 55 de la Constitution française, le Conseil d'Etat refuse à la coutume internationale toute primauté sur la loi (Assemblée, 6 juin 1997, Aquarone, concl. Bachelier, *RGDIP*, 1997, p. 840 s.).

6. Rapport du 9 septembre 1997, Zielinski et Pradal contre France. Voir notre chronique, « L'activité de la Commission », *AFDI*, 1997.

7. Voir la Communication de Pierre Mayer (p. 125 et s.) et nos conclusions générales (p. 195) au colloque de la Cour de cassation sur « les nouveaux développements du procès équitable au sens de la CEDH », Bruylant, 1996. Voir aussi Petra Hammje « Droits fondamentaux et ordre public » *RCDI privé* 19, n° 1, p. 1 et ss.

en marquant que dans certains types de situations, elle se contentait en quelque sorte d'un « effet atténué » de la Convention. *Mutatis mutandis*, on a pu citer l'arrêt Soering (7 juillet 1989) dans lequel la Cour a décidé que seules pouvaient être opposées à la demande d'extradition présentée par les Etats-Unis d'Amérique des exigences « essentielles » de la Convention, comme le risque grave de violation de l'article 3 ou l'interdiction d'un déni de justice flagrant. De manière plus adéquate on préfère ici mettre l'accent sur l'arrêt Drozd et Janousek du 26 juin 1992 dans lequel la Cour semble se contenter – s'agissant du transfèrement d'un détenu à la suite d'un jugement « suspect » rendu par le tribunal d'un Etat non partie à la Convention – d'une conception « minimale » de l'interdiction de « déni de justice flagrant ». Cet arrêt prouve que la Convention européenne constitue un « ordre public » qui peut être modulé à l'instar de l'ordre public international français et connaître des seuils de tolérance différents⁸.

A cet égard, on remarquera l'utilisation intensive de l'article 5 du protocole n° 7, par exemple, de la part de la Cour de cassation française. Il s'agit aujourd'hui d'un fondement explicite pour refuser de reconnaître les effets de répudiations prononcées à l'étranger, en contradiction non seulement avec les droits de la défense mais aussi avec le principe de l'égalité des époux dans la dissolution du mariage. L'arrêt Bahri de la Cour de cassation du 11 mars 1997 le confirme pleinement.

Par contre nous sommes assez opposés à une thèse, quelquefois proposée en doctrine, qui tend à « nationaliser » (ou « privatiser »...) les dispositions normatives de la Convention pour les incorporer d'une manière strictement matérielle dans l'ordre public national. Car, élargissant notre propos au-delà de la France, nous avons toujours pensé que la Convention européenne en étendant ses fonctions ne devait pas perdre son âme, c'est-à-dire plus juridiquement, sa spécificité. Or celle-ci est double : d'une part la norme européenne – telle qu'elle est interprétée de manière authentique par les instances de Strasbourg – garde toujours la nature formelle d'une norme conventionnelle qui lui confère en France, par exemple, une autorité supralégislative (qu'il n'est pas inutile de rappeler en cas de conflit avec un principe national fût-il d'ordre public) ; d'autre part la norme européenne comporte une garantie extraordinaire en cas de manquement imputable à quelque organe que ce soit, c'est le droit de recours supranational dont nul ne saurait priver le justiciable. Voilà donc qui illustre bien l'intérêt de rattacher la Convention – ou de tout autre instrument comparable – au droit international public pour mieux assurer son autorité dans l'ordre national y compris dans des domaines relevant du droit international privé, sans méconnaître les particularités des situations envisagées mais sans perdre aussi son autonomie (et donc son utilité) à l'égard des systèmes nationaux.

Mais là ne s'arrêtent pas les « emprunts » de la protection des droits de l'homme au droit international commun, qu'il s'agisse de la procédure internationale de mise en œuvre ou même du contenu normatif des droits garantis.

8. V. notre étude dans les *Mélanges* H. Schermers « The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe », Martinus Nijhoff Publishers, 1994, vol. III, p. 105.

B. Le droit international général et les procédures de mise en œuvre des droits de l'homme

Un tel recours est quelquefois expressément envisagé dans le texte même des traités (ou, selon les questions, dans les règlements intérieurs) par exemple à propos de l'épuisement des voies de recours internes. De manière plus large, comme la Cour européenne l'a déclaré (arrêt *Loizidou* (fond), 18 décembre 1996, § 43) « les principes qui sous-tendent la convention ne peuvent s'inter-préter dans le vide » et elle marque que l'ordre de rattachement est le droit international. En l'espèce elle précise « considérant le caractère particulier de la Convention en tant que traité sur les droits de l'homme, elle (la Cour) doit aussi prendre en compte toute règle pertinente de droit international lorsqu'elle se prononce sur les différends concernant sa juridiction en vertu de l'article 46 de la Convention » (§ 43).

Ainsi, sous réserve que ce renvoi au droit international ne soit pas incompatible avec sa spécificité, la Cour européenne, comme les autres organes de contrôle internationaux se réfèrent, même sans clause explicite, aux principes généraux du droit international chaque fois que cela est utile au bon fonctionnement du système de protection.

Tel est le cas depuis longtemps pour déterminer les termes de sa compétence *ratione temporis*. Son attitude est particulièrement intéressante dans l'affaire *Loizidou* précitée. Pour contester la compétence de la cour concernant la requête d'une Chypriote d'origine grecque privée de sa propriété, qui se situait dans la République turque de Chypre du Nord (RTCN) (Etat « fantoche » créé en 1983 sous l'égide des troupes d'occupation turques), le gouvernement turc faisait valoir que la propriétaire avait été privée de son bien par une disposition constitutionnelle définitive de la RTCN de 1985 ; or la Turquie n'avait accepté la juridiction de la Cour qu'en 1990 sans rétroactivité.

La question semblait donc être réglée selon le droit international applicable. Or, c'est au contraire en son nom que la Cour devait se livrer à un contrôle original. Les juges de Strasbourg ont en effet constaté, sur la base du droit international général, que la RTCN ne possédait pas le statut d'Etat. Dès lors, les prétendues mesures constitutionnelles étaient invalides. Mme Loizidou était donc toujours propriétaire d'un bien dont elle restait privée en 1996 du fait des troupes turques. La Cour était dès lors compétente pour se saisir de la plainte.

Pour parvenir à ses conclusions le juge européen s'appuie d'abord sur l'invalidité de la création de cet Etat « fantoche » proclamée par le Conseil de sécurité depuis 1983 ; de plus, cette recommandation a été confortée par la pratique générale des Etats de la « Communauté internationale », obéissant à la doctrine de non-reconnaissance collective prônée par le Conseil. Enfin la contestation de la qualité d'Etat résultait des déclarations sans équivoque de l'Union européenne et du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

Si nous avons développé cet exemple, c'est surtout pour illustrer la liberté d'allure de la Cour n'hésitant pas à apporter une sanction exemplaire (l'invalidité des normes constitutionnelles) à la violation du droit international, dans le cadre de la Convention. Finalement elle souligne nettement les principes généraux du droit international applicables et en tire toutes les conséquences juridiques, ici en ce qui concerne la compétence de la Cour. Il est rare de voir ainsi une Cour internationale tirer de la sorte les conséquences d'une situation

illicite⁹. Une fois de plus, la Cour européenne raisonne en termes de validité et non d'opposabilité pour les besoins certes de l'application de la Convention européenne ; mais quelle leçon vigoureuse de droit international elle offre !

Dans d'autres hypothèses, et au-delà encore des cas de renvoi explicite, la Cour considère parfois que la Convention se réfère implicitement au droit international. On en trouve un nouvel exemple à propos de la notion cardinale de « juridiction » inscrite à l'article 1 de la Convention (selon lequel les HPC reconnaissent les droits garantis à toutes personnes se trouvant sous leur juridiction). La Cour a analysé la notion de juridiction au sens large selon la théorie des compétences en droit international. Elle a ainsi estimé que la Turquie était responsable des violations de la Convention qui pouvaient être imputées directement ou indirectement aux membres de ses forces armées agissant sur un territoire étranger. Cette conclusion est conforme à la notion de compétence relative aux services publics exposée par Charles Rousseau, par exemple.

En dépit d'un texte littéralement plus restrictif (art. 2 du Pacte sur les droits civils), le Comité des droits de l'homme des Nations Unies observe des principes tout à fait semblables (constatation du 29 juillet 1981, *Celiberti c. Uruguay*).

Avec l'épuisement des voies de recours internes, nous sommes *a priori* sur un terrain plus ferme puisque cette dernière règle doit être explicitement interprétée selon les principes généraux du droit international.

Ainsi, dans son arrêt *Ahmet Sadik c. Grèce*, du 15 novembre 1996, la Cour décide que le requérant, qui, tout au long de la procédure pénale dirigée contre lui pour trouble à l'ordre public, n'a jamais soulevé explicitement la question d'une atteinte à la liberté d'expression est réputé ne pas avoir invoqué en substance un grief tiré de la violation de l'article 10 de la Convention. Par suite, il n'a pas satisfait aux exigences de l'article 26 analogues à la règle qui conditionne la recevabilité de l'action diplomatique ou judiciaire internationale. Ici, l'obligation est stricte et répond au principe bien connu en droit international de la subsidiarité des procédures internationales.

Il est vrai que, dans le cadre d'un système de protection des droits de l'homme, la tendance est de faire preuve de moins de formalisme, de plus de souplesse. Toutefois, cette tendance ne doit pas être illimitée. En particulier, « vouloir supprimer ou réduire à l'extrême certaines conditions (comme l'invocation en substance) en vue d'une plus complète protection des droits de l'homme, s'inspirerait certes d'un souci de justice – fort louable – mais d'une conception bien cavalière du droit international » (opinion concordante du juge Valticos).

De même dans l'arrêt *Asker contre Turquie* (24 avril 1998) la Cour rappelle que l'article 6 n'impose pas d'user de recours qui ne sont ni adéquats ni effectifs. De plus, ajoute-t-elle « selon les principes du droit international généralement reconnus » certaines circonstances particulières peuvent dispenser le requérant d'épuiser les recours. Ce peut être le cas lorsque les autorités nationales n'ouvrent aucune enquête ou ne proposent aucune aide face à des allé-

9. En droit international interétatique, la seule sanction de l'illicéité – en dehors de la responsabilité internationale, si d'autres conditions sont remplies – réside dans l'inopposabilité ou la non-reconnaissance. La théorie des nullités des actes juridiques internationaux n'est pas encore très élaborée.

gations sérieuses selon lesquelles des agents de l'Etat ont commis des fautes ou causé un préjudice. Une doctrine comparable est formulée par la Cour interaméricaine dans l'arrêt *Vélasquez* du 29 juillet 1988.

— Un dernier exemple concerne l'autorité des arrêts de la Cour européenne. Ces derniers bénéficient d'une autorité (relative) de la chose jugée généralement bien observée par les Etats défendeurs.

Cependant, si l'on veut que le système de la Convention se rapproche de cet « ordre public européen des libertés » bien mis en lumière dans l'arrêt *Loizidou* du 23 mars 1995 (§ 75, 93,...) il faut que l'autorité de la jurisprudence « bien établie » irradie au-delà du cas concret tranché par la Cour, soit exemplaire pour l'avenir et, si possible, pour tous les Etats Parties. C'est tout le problème de « l'autorité de la chose interprétée » selon l'expression de J. Velu. Il faut aussi assurer une réparation plus effective et plus appropriée des victimes concrètes de la violation.

A ce dernier point de vue, il est clair que certaines violations ne peuvent se résumer à avoir pour conséquence le seul versement d'une somme d'argent. Leur constat impose d'abord de faire cesser d'urgence l'acte illicite s'il se perpétue. Or cette obligation est issue du droit international. Comme l'a déclaré à la Commission du droit international, M. Arangio-Ruiz, ancien rapporteur sur la responsabilité internationale, l'obligation de mettre un terme à une situation illicite qui perdure n'est pas à proprement parler une réparation mais le retour à l'obligation initiale (ce qui n'exclut pas, en plus, l'octroi d'une indemnité). Ceci concerne, par exemple, la libération d'une personne détenue de manière illicite ou dans des conditions contraires aux règles d'humanité. C'est la leçon de l'arrêt rendu en 1980 par la CIJ dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*. On remarquera que, sur cette base juridique, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies n'hésite pas, en cas de violation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques à demander à l'Etat fautif de prendre des mesures particulières propres à assurer, autant que faire se peut, une véritable *restitutio in integrum*. En Europe, c'est plutôt le Comité des Ministres qui, depuis peu, s'efforce, sur la base de l'article 54, d'obtenir des solutions concrètes et justes pour la victime elle-même au-delà de l'allocation d'une « satisfaction équitable ».

La Cour européenne semble aussi avoir compris la leçon mais sa position est encore à consolider en s'appuyant justement sur les principes généraux du droit international¹⁰.

D'ailleurs, dans son arrêt du 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos contre Grèce*, elle s'est reconnue d'une manière un peu indirecte mais bien réelle un début de pouvoir d'injonction en vue d'assurer l'autorité de la chose jugée, s'agissant en l'espèce d'une dépossession gravement illicite de biens privés. Se référant à l'arrêt de la CPJI dans l'affaire de *Chorzow*, la Cour rappelle que la réparation doit autant que possible effacer toutes les conséquences de l'acte illicite ; sur cette base elle estime qu'à défaut de *restitutio in integrum* dans un délai de six mois le gouvernement grec devait verser une somme très importante... qui incitait à restituer le bien en question...

C'est la première fois que la Cour se montre aussi directive, en prenant

10. G. Cohen-Jonathan, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber amicorum M.A. Essein*, Bruylant, 1995, p. 41 et s.

appui sur le droit international. Ce dernier a également dessiné les contours de « l'assurance de non-répétition de faits illicites comparables » dont l'utilisation par la Cour européenne et le Comité des Ministres serait également un argument fort pour convaincre certains Etats qui ne savent pas toujours tirer les conséquences générales d'un acte ou d'une omission contraire à la Convention, de façon à éviter de faire de nouvelles victimes pour les mêmes causes. En cette matière encore, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, qui est le plus dynamique des Comités d'experts indépendants à l'échelle universelle, ne craint pas d'explicitier cette doctrine. Il est symptomatique d'ailleurs que certaines de ses constatations aient été citées au cours des travaux de la Commission du droit international.

C. Les principes du droit international et la détermination du contenu des obligations normatives

Sur ce plan, le droit international général a peut-être un rôle moins important à jouer, mais son intérêt n'est pas pour autant négligeable.

— D'abord pour l'application des textes qui consacrent notamment le droit au respect des biens, les organes de contrôle ont intérêt à recourir à la coutume et à la jurisprudence internationale ; nous pensons par exemple au droit des contrats et arbitrages internationaux.

Ainsi, dans l'arrêt du 9 décembre 1949, *Raffineries grecques c. Grèce*, la Cour a sanctionné l'Etat pour ne pas avoir respecté la sentence d'un arbitrage prévu dans un contrat d'Etat conclu avec une personne privée. Cette sentence avait été rendue le 27 février 1984 condamnant l'Etat à verser une indemnité du fait de la résiliation anticipée du contrat. L'Etat prétendait que la résiliation du contrat par une loi avait « aboli la clause d'arbitrage ».

Pour se borner à cet aspect, la Cour considère que, selon le droit international, l'Etat a un pouvoir souverain pour résilier, moyennant compensation, un contrat conclu avec des particuliers. Toutefois il a l'obligation de *respecter les clauses essentielles du contrat*, telle la clause d'arbitrage qui n'est pas affectée par la résiliation du contrat : « modifier le mécanisme mis en place par un changement d'autorité à une telle clause permettrait à l'une des parties d'échapper à la juridiction dans un différend pour lequel l'arbitrage a été précisément prévu » (§ 72). Les références fournies par la Cour témoignent d'une « culture » internationale, voire transnationale, puisqu'elle cite aussi bien la sentence qui était au cœur de l'arrêt *Losinger* du 11 octobre 1935 (C.P.J.I.), la sentence de la *Lena Goldfields Cie contre URSS* (Annual Digest, vol. 5, n° 258), la sentence *Texaco* du 27 novembre 1975 (décision préliminaire) rendue par l'éminent juriste que fut René-Jean Dupuy.

Ce précédent nous semble important pour montrer l'esprit d'ouverture de la Cour européenne des droits de l'homme et la consécration solennelle que ces principes généraux, issus du droit international des contrats, trouve auprès de l'organe judiciaire de l'Europe des 40¹¹.

— Si nous faisons abstraction de l'interaction des traités internationaux

11. Dans l'arrêt *Agrotexim c. Grèce* (1995), le juge européen cite expressément l'arrêt de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (1970). La Cour interaméricaine se réfère aussi souvent à la jurisprudence de la CIJ, en particulier dans les arrêts *Vélasquez* déjà cités.

relatifs aux droits de l'homme et de la jurisprudence des organes de contrôle respectifs¹², il apparaît cependant que le droit international coutumier comprend désormais des normes relatives aux droits de l'homme et au droit humanitaire qui permettent éventuellement d'éclairer ou de compléter certaines dispositions conventionnelles. Nous devons cependant être prudents dans la détermination de tels droits. Dans son observation générale sur les réserves en 1994, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies n'hésite pas à classer comme coutumes la grande majorité des dispositions du Pacte sur les droits civils. Ce qui peut sembler excessif à un « positiviste » sensible à la pratique des Etats. Il nous semble — de manière plus restreinte — qu'il existe vraisemblablement un corpus coutumier, commun au droit humanitaire et aux droits de l'homme, qui correspond en substance à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève applicables aux conflits armés non internationaux ainsi qu'au « noyau dur » des droits de l'homme, qualifiés de « droits indérogeables » dans les traités relatifs aux droits de l'homme (art. 4, § 2 du Pacte, art. 15, § 2 de la CEDH...) ¹³. Cette conception découle des considérations émises par la CIJ dans l'affaire *Nicaragua-Etats-Unis* (1986) ¹⁴. Mais ce n'est là qu'un point de départ...

La Cour européenne tient certainement compte de ces règles coutumières (et d'autres encore telles que l'interdiction du déni de justice invoquée dans l'arrêt *Golder* (1975)), surtout lorsque la Convention le lui demande. Tel est le cas au titre de l'article 15, § 1, en cas de troubles graves menaçant la vie de la nation, puisque certains des droits garantis peuvent être suspendus mais à condition de ne pas méconnaître d'autres obligations internationales, conventionnelles ou non conventionnelles, qui engagent l'Etat en cause.

— De même la Commission fait appel quelquefois aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », appliquant ainsi scrupuleusement l'article 7, § 2 qui introduit une exception au principe de non-rétroactivité pénale si « au moment où elle a été commise (une infraction) était criminelle d'après les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées » (au sens de l'article 38 al.1c du Statut de la CIJ).

Ainsi dans l'affaire *Touvier*, la Commission « rappelle qu'il ressort des travaux préparatoires de la Convention que le paragraphe 2 de l'article 7 a pour but de préciser que le principe de non-rétroactivité n'affecte pas les lois qui, dans les circonstances... qui se sont produites de la seconde guerre mondiale, ont été passées pour réprimer les crimes de guerre et les faits de trahison et de collaboration avec l'ennemi... ». Elle estime que ce raisonnement vaut également pour les crimes contre l'humanité ¹⁵.

12. G. Cohen-Jonathan, « Les rapports entre la CEDH et les autres traités conclus par les Etats Parties », in *Mélanges H.G. Schermers*, vol. III, *The Dynamics of the protection of human rights in Europe*, M. Nijhoff, 1994, p. 79-111.

13. Selon la jurisprudence internationale on devrait y ajouter l'interdiction du déni de justice flagrant.

14. Comme l'a constaté la Cour de La Haye, l'article 3 commun comporte des normes qui ont un caractère coutumier en tant qu'expression des « principes généraux de base du droit humanitaire » et sont applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux. Ne doit-on pas considérer que ces principes généraux et bien reconnus ont un caractère encore plus absolu en temps de paix qu'en temps de guerre ?

15. Décision du 13 janvier 1997 (n° 294.20/95) *Paul Touvier contre France* ; RUDH, 1997, p. 105.

Pour le reste, certains textes comme la Déclaration universelle en tant qu'expression des principes généraux en matière de droits de l'homme constituent sans doute une source précieuse d'interprétation mais, à l'instar de certains droits présentés comme ayant une nature coutumière, elle ne saurait atténuer le pouvoir des juges européen ou américain d'apprécier leur caractère approprié au système dont ils ont la garde. Comme on aura l'occasion de le préciser à nouveau, le juge n'a en tout cas pas la latitude de créer *ex nihilo* des droits totalement nouveaux (c'est la fonction des protocoles additionnels) ou d'aller à l'encontre de la volonté clairement exprimée des Etats au moment de la rédaction du traité de base, en principe tout au moins.

D'une manière plus globale le recours aux principes généraux du droit international peut donc s'avérer très utile. Il comporte inévitablement des limites tenant à la sauvegarde de la spécificité des droits de l'homme.

II. L'AUTONOMIE DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

Une fois encore, la logique des droits de l'homme, c'est sa raison d'être, dépasse le jeu et le droit des relations purement interétatiques. C'est pourquoi si le droit international général est le droit commun, il doit admettre la spécificité de certains régimes comme celui du droit international des droits de l'homme, domaine où l'on ne se borne pas à prendre en considération les seuls droits ou intérêts des Etats.

A. La spécificité du droit international des droits de l'homme

Le caractère singulier de la Convention européenne, par exemple, tient à quelques facteurs bien connus. D'abord, comme le relève l'arrêt de la Cour du 18 janvier 1978, « à la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations *objectives* qui... bénéficient d'une garantie collective ». On notera immédiatement qu'à l'instar de certains traités-loi comme la Convention sur la prévention et la répression du génocide (selon l'analyse faite par la C.I.J. dans son avis de 1951) les traités relatifs aux droits de l'homme ne visent pas les intérêts réciproques des Etats. Ces derniers ont à souscrire pour l'essentiel à des obligations d'une façon qui ne dépend pas de l'adhésion par les autres parties à des obligations similaires. Il s'agit donc d'obligations absolues qui ne sont pas assujetties à des considérations de réciprocité, pour la raison évidente que la caractéristique essentielle de tels traités est d'obliger les Etats à respecter certains standards à l'égard principalement de leurs propres nationaux ¹⁶. Sans doute, les instruments en cause restent rattachés au droit des

16. T. Méron, *Human rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, 1989, p. 99 et s.

traités et, dans cette mesure, chaque Etat est en quelque sorte le gardien du respect de son exécution pour la sauvegarde de l'intérêt commun (« ordre public objectif ») lequel concerne le respect des droits de chaque individu et transcende donc les droits et intérêts réciproques des Etats.

C'est en ce sens que la Commission européenne affirmait justement... « les obligations souscrites par les Etats contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère *objectif* du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des Etats contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces Etats » (Décision du 11 janvier 1961¹⁷).

La Commission reprend ici la théorie déjà formulée par Sir Gerald Fitzmaurice à propos de la Convention sur le génocide : « it is... an obligation toward all the world rather than toward particular parties. Such obligations may be called self-existent¹⁸... »

D'autre part, sauf spécification expresse éminemment rare, les obligations relatives aux droits de l'homme, en particulier celles concernant les droits civils et politiques constituent le type même des « obligations intégrales ». C'est dire qu'elles impliquent l'uniformité de conduite, sans condition de réciprocité, à l'égard de tous les individus destinataires réels des droits garantis qui se trouvent sous la « juridiction » d'un Etat, sans aucune discrimination d'aucune sorte. Enfin, l'objet et le but de la protection internationale des droits de l'homme appellent à interpréter et à appliquer les normes qui y ont trait d'une manière qui en rendent les exigences concrètes et effectives.

C'est pourquoi la Cour européenne, comme toutes les instances internationales de contrôle, rejette tous les arguments issus du droit international qui ne répondent pas à cette cohérence d'ensemble.

B. Les réserves dans les traités relatifs aux droits de l'homme

Le problème des réserves est à cet égard symptomatique de la controverse entre ceux qui voudraient tout ramener à l'application du droit international interétatique et ceux qui mettent en évidence l'autonomie – au moins relative – du régime international concernant les droits de l'homme.

L'enjeu est important car, comme l'a mis en exergue M. Boutros-Ghali à la Conférence mondiale sur les droits de l'homme en 1993, la plaie du monde contemporain est que la ratification des traités en la matière est accompagnée de réserves si exorbitantes qu'elles sont totalement *destructrices des fins poursuivies*. Or, sous peine de paralyser totalement la protection des droits de l'homme, il est impossible de tirer des solutions utiles à partir d'une analyse classique de la seule Convention de Vienne de 1969. Les travaux de William Schabas sur les réserves apportées à la Convention sur les droits de l'enfant ou à celle sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les

17. Annuaire de la Convention 1961, p. 138-140, G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p. 54-55.

18. Commission du droit international, deuxième rapport sur le droit des traités, Annuaire, 1957, II, p. 54.

femmes sont éloquentes¹⁹. Le jeu subjectif des acceptations-objections est impropre à apporter une solution appropriée au problème de savoir si la réserve est conforme à l'objet et au but du traité. La nature particulière du droit international des droits de l'homme commande que la réponse soit objective à l'égard de tous et en particulier des ressortissants de l'Etat auteur de la réserve.

Dès lors on comprend que la Cour européenne (depuis l'arrêt *Belilos*²⁰), comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme et comme encore le Comité des droits de l'homme, dans sa célèbre observation générale n° 24 (52) du 2 novembre 1994, se soient séparés des leçons du droit international « classique » sur cette question du régime des réserves. Nous avons tenté d'en expliquer les fondements dans une étude publiée dans le n° 4 (1996) de la *RGDIP* (p. 915 s).

Sur tous ces points, je ne suis pas du tout d'accord avec les propos exprimés par Alain Pellet. Je pense qu'il est impossible d'appliquer telle quelle, et dans sa totalité, la Convention de Vienne sur le droit des traités. Les raisons nous paraissent évidentes. Il suffit – pour ne pas être « bête » selon l'expression utilisée par un participant à la table ronde – de se demander quelles seraient – selon le « régime de Vienne » – les conséquences juridiques d'une réserve qui serait incompatible avec l'objet et le but essentiel d'un traité relatif aux droits de l'homme.

En effet, si un autre Etat *accepte* la réserve faite par un premier Etat, quelle est la conséquence juridique ? Peut-on imaginer dans quel degré d'absurdité on tombe ? Est-ce que cela veut dire que c'est la clause telle qu'elle est modifiée par la réserve qui s'appliquera, et à l'égard de qui ? On sait que de toute façon les traités s'appliquent à l'égard de tous les individus sans distinction de nationalité, et que l'on ne saurait adopter un régime discriminatoire à l'égard des ressortissants d'un Etat donné.

Si un Etat fait une *objection*, quelle est la conséquence de cette objection même si le traité reste en vigueur entre les deux Etats concernés ? Dans les traités « classiques » la réciprocité ménage une sanction aux Etats dans le cadre de leurs rapports mutuels. Dans les traités où la réciprocité ne doit jouer aucun rôle, il n'y a aucune sanction à l'égard de qui que ce soit. D'abord l'Etat qui a fait objection sera obligé de remplir toutes ses obligations vis-à-vis de tous les individus (il serait d'ailleurs curieux qu'un Etat puisse modifier ou réduire ses obligations, notamment à l'égard de ses ressortissants, en fonction de l'attitude d'autres Etats). D'autre part, l'objection n'empêche pas la réserve de subsister en déployant ses effets à l'égard des individus placés sous la juridiction de l'Etat, auteurs de la réserve²¹, y compris, naturellement, ses ressortissants. Comme le constatait Sir Gerald Fitzmaurice, « c'est peu de relever la fausse efficacité des objections dans le cadre de conventions de ce type ».

Ceci ne signifie pas que les objections des Etats soient dénuées d'intérêt.

19. *Journal of Women and the Law*, 1997, n° 1, p. 79-112.

20. G. Cohen-Jonathan, « A propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988 », *RGDIP*, 1989, n° 2, p. 273 et s.

21. Pour que la protestation des autres Etats contractants ait une conséquence, il faudrait que le texte le précise en indiquant (comme le fait la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965) quel pourcentage d'objections est susceptible de déclencher un tel effet général. En fait, même dans cette hypothèse, les résultats ne sont pas décisifs puisque la clause n'a pratiquement jamais été utilisée.

Si elles sont convergentes, cela facilitera l'interprétation donnée par l'organe de contrôle et lui apportera un appui utile pour affirmer l'autorité de sa contestation en particulier dans le cas où ledit organe n'a pas une nature judiciaire. Encore faut-il que tous les Etats prennent conscience de leur responsabilité, que leur vigilance soit permanente, non politisée et si possible basée sur le droit. Or la lecture des réserves et des objections montre que l'attitude des Etats est assez peu significative. Contrairement à ce que pense le gouvernement français (position adoptée dans sa note au Comité des droits de l'homme à propos du paragraphe 17 de l'Observation générale 24/52) il ne s'agit pas d'un « présumé » ; il suffit de lire avec attention toutes les déclarations. De toute façon, juridiquement, les objections n'apportent pas une réponse efficace et objective à la question posée.

Vouloir, de manière dogmatique, dénier toute autonomie au régime international des droits de l'homme dans certaines hypothèses, est une position peut-être concevable politiquement (pour sauvegarder l'unité du droit international, ménager la souveraineté...) — quoique ne manifestant pas un esprit d'ouverture excessif et un souci très profond de protéger effectivement la personne humaine — mais sur le plan juridique, elle emporte des effets qui confinent à l'absurde.

Et c'est pourquoi il y a cette convergence extraordinaire entre les analyses de juridictions internationales comme la Cour européenne et la Cour inter américaine²² alors que, pour cette dernière, une disposition placée sans grande réflexion dans la Convention américaine semblait s'opposer à son intervention dans ce domaine des réserves.

A cela s'ajoute la prise de position du Comité des droits de l'homme — qui n'a pas provoqué une hostilité générale — qui a été reprise d'une manière encore prudente parfois — selon le degré d'institutionnalisation auquel ils sont parvenus — par les autres Comités d'experts chargés de contrôler les traités relatifs aux droits de l'homme. Il y a donc là toute une pratique juridictionnelle, adoptée après mûre réflexion, toute une tendance affirmée, quelquefois avec courage, par de nombreuses institutions de contrôle dans le but de donner enfin une véritable cohérence et une véritable effectivité aux engagements des Etats relatifs aux droits de l'homme²³. Les Chancelleries, comme la Commission du droit international, ne peuvent ignorer ces données. D'ailleurs, au sein même de la CDI, plusieurs membres ont relevé que cette « unité » du régime juridique des réserves aux traités ne convenait pas aux instruments relatifs aux droits de l'homme qui « par leur nature même constituaient une « catégorie à part ». La critique y est même parfois assez vive²⁴.

22. Avis consultatif OC-2/82 du 24 septembre 1982, A n° 2 ; Avis OC, 3/83 du 8 septembre 1983, A n° 3. V. la chronique de C. Cerna, *AFDI*, 1983, p. 306.

23. R. Higgins et autres, *Human Rights As general Norms And A State's Right to Opt Out Reservations Rights Conventions*, The British Institute of international and Comparative Law, 1997.

24. Rapport de la CDI sur les travaux de la 42^e session (12 mai-18 juillet 1997), A/52/10 n° 129 et 130 notamment. Pour plusieurs membres, les faiblesses du régime de Vienne « devenaient encore plus apparentes dans le cas particulier des traités de droits de l'homme où le système interétatique ne pouvait tout simplement pas fonctionner parce que d'une part, il aboutirait à des résultats absurdes (sic...) et parce que, d'autre part, la non-application réciproque d'une clause n'aurait pas d'effet limité vis-à-vis de l'Etat réservataire seulement, mais constituerait une violation

Faut-il encore rappeler que dans le régime de la Convention de Vienne, le problème des réserves est réglé par le principe de l'opposabilité. Ceci amène un petit dialogue intersubjectif entre les Etats et qui se solde par l'opposabilité ou la non-opposabilité de la réserve en cause. Mais, il faut tout autre chose dans un système de protection des droits de l'homme. Il faut une réponse objective et non pas subjective, qui fasse prévaloir « la logique de la validité » sur la « logique de l'opposabilité²⁵ » dans le cas du système des Nations Unies, dans le cadre du système européen, dans tous les systèmes relatifs aux droits de l'homme, on a besoin d'avoir une réponse objective valable « erga omnes », et notamment valable à l'égard des ressortissants de l'Etat qui a formulé la réserve. Raisonner autrement, c'est nier la raison d'être de la protection des droits de l'homme, qui a pour but principal de protéger les ressortissants de l'Etat à l'égard de l'action de l'Etat lui-même.

S'agissant des conséquences de l'invalidité, la Cour européenne, depuis l'arrêt *Belilos*, applique la doctrine dite de la divisibilité. Cela revient à dissocier la réserve du reste du texte conventionnel, lequel reste applicable à l'Etat en cause sans qu'il bénéficie de la réserve (cette conception est également partagée par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies).

Voilà qui semble aussi forcer quelque peu la volonté des Etats. Toutefois, sous peine de saper les fondements d'un ordre européen des libertés, il est indispensable de sanctionner à l'égard de tous des réserves trop générales concernant le droit à un procès équitable, par exemple (*arrêt Belilos*) ou une conception totalement appauvrie de la notion de juridiction et de garantie collective (*arrêt Loizidou* 1995)²⁶.

Si la Convention européenne représente bien « l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen des droits de l'homme », elle comporte des contraintes pour la souveraineté des Etats qui veulent en faire partie.

Il est naturel que parmi les organes de contrôle, les juridictions proprement dites, dans le cadre européen en particulier, soient mieux acceptées comme les garantes de l'intégrité et du respect des droits de l'homme, à propos du problème de la licéité des réserves notamment. Sur le plan universel, les Comités d'experts ne possèdent pas les mêmes pouvoirs et ne fonctionnent pas de manière identique. Toutefois, rien ne leur interdit, à l'occasion de l'examen d'une communication individuelle ou d'un rapport périodique de se prononcer sur la licéité d'une réserve. Même s'ils ne possèdent pas formellement un pouvoir de décision, leur appréciation n'est pas négligeable. Nous pensons précisément au Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dont la méthodologie s'apparente le plus à un organe de caractère judiciaire. De plus, si l'on se réfère aux définitions de l'Ecole de Bordeaux, un acte juridictionnel comporte trois éléments : une contestation, une constatation sur la base du droit et l'autorité de chose jugée. Le cœur de l'acte juridictionnel se trouve donc dans la constatation faite sur la base du droit par un organe indépendant et impartial. Tel est le cas du Comité de New York et son « avis » possède ainsi

du traité vis-à-vis de tous les Etats parties. Par conséquent la nature particulière de ces traités et le caractère indivisible des obligations qu'ils comprennent méritaient une étude à part... »

25. J. Combacau, « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », *Mélanges Michel Virally*, Pedone, Paris, 1991, p. 195-204.

26. V. notre note, *RGDIP*, 1998, n° 1, p. 123 s.

une réelle valeur. Politiquement et juridiquement il serait erroné de ne pas en tenir compte.

D'autres Comités sont moins institutionnalisés (et moins anciens) ; ils ne possèdent pas forcément la faculté de trancher des communications individuelles. Même s'ils ne sont chargés que de l'examen de rapports périodiques, il rentre naturellement dans leurs fonctions d'interpréter les termes de la Convention qui les a créés et d'opérer un contrôle de son application par les Etats.

A ce titre, ils devraient se prononcer sur la compatibilité de certaines réserves trop générales ou manifestement contraires à l'objet et au but du traité. Nous répétons que moins l'organe de contrôle est « institutionnalisé », davantage devrait s'exercer la vigilance des Etats parties qui, par leurs objections concordantes, viendraient appuyer politiquement l'autorité du Comité. Sur ce point comme sur d'autres, à l'échelle universelle, une procédure judiciaire n'est pas forcément nécessaire (et surtout désirée). Mais, à la limite, un dialogue « courtis mais ferme et concret » entre le Comité et les Etats parties peut s'avérer assez constructif. En toute occurrence, il faut reconnaître aux Comités d'experts indépendants le pouvoir d'apporter une réponse « objective » à des questions préalables à une bonne exécution des traités qui ne sont autrement que des chiffons de papier !

Comme Jean-François Flauss l'a très bien explicité dans son rapport, la spécificité des droits de l'homme et en particulier l'absence de réciprocité explique d'autres inflexions au droit international général des traités. Tel est encore le cas de l'exception *non ad impleti contractus*²⁷ que nous ne reprendrons pas ici.

III. LA PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME ET L'ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL

Le fait de constituer une branche autonome dans l'ordre juridique international a permis, à notre sens, à la protection des droits de l'homme, d'être

27. Cela rejoint certaines des observations formulées par Denys de Bréchillon dans son étude « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », *RFDA*, 1998, mars-avril, p. 225-242 (235). Le major du dernier concours d'agrégation de droit public s'exprime ainsi : « ... S'il est une catégorie de traités multilatéraux pour lesquels l'invocation de la réciprocité doit passer pour franchement incongrue, ce sont bien les conventions de protection des droits de l'homme... L'on retrouve ici l'idée avancée plus haut : ces traités n'ont pas pour objet primordial d'édifier un cadre juridique propice à l'établissement de relations non conflictuelles entre les nations, mais visent à donner à un Etat qui le désire le moyen de s'engager, devant la communauté internationale, à reconnaître et protéger les droits qu'il entend octroyer aux personnes séjournant sur son territoire, et a fortiori à ses ressortissants... On ne voit donc absolument pas en quoi la violation d'une telle convention par un Etat tiers pourrait justifier que cet Etat s'affranchisse des contraintes qu'il s'est ainsi donné à lui-même. Admettrait-on que la France prétexte les violations de droit commises en Turquie pour se libérer des obligations que la Convention des droits de l'Homme lui crée vis-à-vis de ses propres nationaux ? »

un facteur d'évolution du droit international. On le constatera sur trois plans principaux : au niveau des sources et actes juridiques ; en ce qui concerne la théorie des sujets du droit des gens et enfin à propos de la mise en œuvre du droit international.

A. Les sources et les actes juridiques

L'idée générale qui caractérise cette incidence du droit international des droits de l'homme est l'atténuation du volontarisme étatique. L'exigence du consentement de l'Etat n'a pas disparu (par exemple pour souscrire à un engagement normatif nouveau ou à une clause facultative de règlement des litiges), mais elle s'estompe en différentes circonstances.

1. Si l'on prend en considération l'interprétation des *traités* en premier lieu, on s'aperçoit, à l'aide notamment de l'excellent rapport de Patrick Wachsman, que les institutions de contrôle en matière de droit de l'homme se réfèrent volontiers aux dispositions de la Convention de Vienne. Toutefois, en fonction de la spécificité des traités en cause, elles ont tendance à les interpréter comme des « instruments vivants », adaptés aux conditions de la vie d'aujourd'hui, même si parfois il faut alors dépasser les enseignements issus des travaux préparatoires ou reposant sur la volonté initiale des parties. La Cour européenne a très bien systématisée cette doctrine en rejetant les restrictions « procédurales » de la Turquie dans l'affaire Loizidou. Il faut interpréter la Convention, répète la Cour dans son arrêt du 23 mars 1995, comme un instrument vivant et cette démarche ne se limite pas aux dispositions normatives mais vaut aussi pour le mécanisme de contrôle²⁸. Dès lors, même s'il est établi que les auteurs de l'acte (une minorité des parties contractantes actuelles...) avaient admis, voici plus de quarante ans, que les restrictions autres que *ratione temporis* passaient pour être admissibles au titre des articles 25 et 46, « pareille preuve ne saurait être déterminante » (§ 71). D'autre part, « l'objet et le but de la Convention, instrument de protection des êtres humains, appellent à interpréter et à appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives » (§ 72).

Sur cette base, les organes de contrôle sont amenés à adopter une méthode d'interprétation « finaliste et progressiste ». Ils sont ainsi conduits à dégager une signification *autonome* des termes des traités constitutifs et ne se considèrent pas liés par le sens ordinaire des termes. Tel est le cas, dans le contentieux européen, des concepts de « tribunal impartial et indépendant », « d'accusation en matière pénale » ou de « contestations sur des droits civils », de « biens » (protocole 1), de « délai raisonnable », de « loi », etc. Comme l'a relevé M.A. Eissen, « pareil procédé aide à préserver l'indispensable égalité de traitement entre les Etats contractants ; il constitue en outre l'un des instruments que la Cour emploie pour élaborer une jurisprudence originale et cohérente »²⁹.

28. Pour un avis contraire, v. H. Golsong, « Faut-il interpréter la Convention au-delà de la Convention de Vienne sur le droit des traités ? », dans Macdonald et autres, *The European system for the protection of Human Rights*, Nijhoff, 1993, p. 147.

29. Cité dans G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne*, Economica, 1989, p. 195.

De même pour réaliser les autres buts de la Convention, et comme nous l'avons détaillé dès 1989³⁰, la méthodologie générale s'écarte le plus souvent des règles d'interprétation du droit international classique. Ce dernier postule que les limitations de souveraineté doivent être appréciées restrictivement. Par contre, la Cour européenne interprète de manière fonctionnelle et non restrictive les engagements des Etats et à l'opposé, elle interprète restrictivement les limitations que les Etats peuvent apporter à l'exercice des droits et libertés telles qu'elles figurent par exemple au paragraphe 2 des articles 8 à 11 de la Convention. Nous sommes loin d'une interprétation textuelle et qui protège de manière rigide la souveraineté des Etats.

Dès son arrêt du 27 juin 1968, *Wemhoff*, le juge européen résumait bien sa doctrine : « s'agissant d'un traité normatif, il y a lieu... de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des parties » (Série A, n° 7, § 8).

Une autre observation concerne l'interprétation dans l'ordre interne des traités en général. On remarque déjà que la recherche de la volonté commune des parties n'est pas toujours l'objectif prioritaire. En cas de difficulté, l'interprète se tourne plus commodément vers la version qui est la plus favorable à celle de l'Etat national. C'est pourquoi, pendant longtemps, chaque fois que le juge français se trouvait devant une difficulté sérieuse d'interprétation, il devait surseoir à statuer et demander l'interprétation du Ministre des Affaires étrangères (c'est-à-dire de l'exécutif), laquelle s'imposait à tous sans possibilité de débat contradictoire.

Sur ce dernier point, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg allait provoquer un changement qui va au-delà des instruments relatifs aux droits de l'homme. En effet le juge européen avait nettement condamné cette mutilation de la fonction juridictionnelle en estimant que le juge national dans son travail d'interprétation d'un traité devait rester indépendant à la fois par rapport à l'exécutif (*Beaumont c. France*, 1994) et au législateur (*Raffineries grecques*, 1994). Par anticipation, dès l'introduction de la requête *Beaumont*, le Conseil d'Etat avait modifié sa jurisprudence, fixée désormais par l'arrêt *GISTI* qui permet au juge d'interpréter toutes les difficultés d'interprétation sans renvoyer au quai d'Orsay³¹. La France fut cependant condamnée pour l'état du droit antérieur. Après quoi, seulement, la Cour de Cassation devait à son tour opérer un revirement de jurisprudence sur ce point dans l'affaire *Banque africaine de développement*³².

Ce qui est remarquable c'est que c'est sous la poussée des droits de l'homme que la technique d'interprétation du traité international en général a été ainsi modifiée.

Toujours à propos de l'interprétation, Benedetto Conforti et Patrick Wachsmann ont bien souligné le fait que les institutions de contrôle des droits de l'homme se réfèrent fréquemment pour préciser le contenu des droits garan-

30. *Ibid.*, p. 194-199.

31. Dans ses conclusions, le commissaire du Gouvernement Ronny Abraham avait d'ailleurs conseillé à juste titre au juge national, lorsqu'il avait à examiner un traité institutionnel, comme la Convention européenne des droits de l'homme, de ne pas interpréter le traité de manière « textuelle et nationale » mais de se référer à la « jurisprudence » de l'organe de contrôle.

32. Ch. civile, 19 décembre 1995 et notre chronique à la Gazette du Palais, 29 juin 1996.

tis aux autres normes conventionnelles figurant dans des traités comparables, et à la jurisprudence des organes respectifs de contrôle. Cette méthode comparative, que nous avons mise en exergue déjà en 1976³³, peut être très fructueuse et est révélatrice de la tendance à l'universalité des droits de l'homme. Elle comporte cependant des limites dans la mesure où l'institution de contrôle ne se sent pas toujours autorisée à créer des droits qui paraissent totalement nouveaux — il a fallu une action « législative » comme le protocole n° 7 pour résorber une partie du déficit normatif de la Convention européenne par rapport au Pacte international sur les droits civils — ou bien, parce que à propos d'un droit en substance comparable, elle estime devoir conserver une conception propre³⁴. Dans cette dernière hypothèse, si un Etat est lié par deux traités dont l'interprétation diffère sur certains points, il faut mettre en place un système original de coordination ou de coexistence sous forme notamment de réserves. M Conforti a évoqué ce problème.

Quoi qu'il en soit, devant le juge national, la règle de conflit entre deux normes contradictoires est caractéristique : en matière de droits de l'homme, primauté devra être accordée à la clause la plus favorable à l'individu³⁵.

2. *Le droit coutumier international* comprend désormais des règles relatives aux droits de l'homme. Nous nous sommes déjà exprimé à ce sujet qui a été traité de manière quasiment exhaustive par Jean-François Flauss. Nos observations seront donc assez brèves.

On remarquera cependant que des pays comme les Etats-Unis, et la doctrine américaine en général, sont partisans d'une conception extensive de la source coutumière en matière de droits de l'homme, même si on s'éloigne du consentement mutuel comme source d'obligation.

Tel est également l'avis du Comité des droits de l'homme des Nations Unies (ainsi qu'il est précisé dans l'observation générale de novembre 1994 (§ 88)) qui en tire plusieurs conséquences. Ainsi, à partir du moment où les droits qui figurent dans le Pacte prennent le plus souvent racine dans des coutumes, il est difficile de considérer comme licites des réserves de caractère général. En effet, il nous semble que l'expression coutumière d'un droit représente la substance essentielle, le « cœur » d'un droit auquel un Etat ne saurait déroger par voie de réserve : ce serait contraire à l'objet et au but essentiel du Pacte et de la clause visée en particulier³⁶.

A fortiori est-il difficile de dénoncer le Pacte dans de telles conditions. A propos des velléités exprimées par la Corée, le Comité a dû adopter le 29 octobre 1997 une observation générale (CC PR/C/21/Rev.1/Add.8). A partir des deux conditions posées par la Convention de Vienne sur le droit des traités,

33. « Les rapports entre la CEDH et le Pacte international sur les droits civils et politiques », S.F.D.I., colloque de Bordeaux, Pedone, Paris, 1977, p. 313-337.

34. A propos de l'application du droit à un procès équitable au contentieux de la fonction publique, v. la contradiction entre la constatation *Casanovas c. France* (1994) et l'arrêt *Neigel c. France* du 17 mars 1997.

35. Ce qui n'est pas si simple en cas de conflit entre deux libertés...

36. V. notre étude sur les réserves précitées, *RGDIP*, 1996, n° 4, p. 933 ss. Par contre des réserves relatives à certaines dispositions « particulières » d'un article du Pacte peuvent être acceptables comme le reconnaît d'ailleurs le Comité à propos de l'article 14 (droit à un procès équitable).

le Comité rappelle qu'on ne saurait dénoncer un traité qui ne comporte pas une telle clause à cet effet et, qu'en l'occurrence, une telle possibilité ne résulte pas de la « nature » du traité. En effet, le pacte ne fait que « codifier » une partie des droits inscrits dans la Déclaration universelle auxquels on semble reconnaître implicitement, pour la plupart d'entre eux, une nature coutumière. Le Comité ajoute que finalement cette protection qui découle du Pacte « appartient » de manière irréversible au peuple qui vit sur ce territoire quels que soient les changements politiques ou territoriaux.

Il est vrai que la coutume objectivise les grands principes universellement admis³⁷ dont un grand nombre ont été énoncés dans la Déclaration Universelle. En ce sens, on citera l'arrêt de la CIJ du 24 mai 1980, affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran dans lequel le juge international déclare : « que le fait de priver abusivement de leur liberté des êtres et de les soumettre, dans des conditions pénibles à une contrainte physique, est manifestement incompatible avec les principes de la Charte des Nations Unies et les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration Universelle des droits de l'homme » (Rec., p. 43, § 91).

Toutefois quand on recherche les normes coutumières relatives aux droits de l'homme, il faut faire acte de prudence, tout en admettant que le droit coutumier renferme au minimum le noyau dur des droits de l'homme qui correspond au contenu de l'article 3 commun aux conventions de Genève (Voir *supra*) ; que la pratique internationale légitime la condamnation des violations massives non seulement du droit à la vie et à l'intégrité physique mais aussi des principales libertés civiles politiques et sociales, notamment la liberté syndicale. A ce titre la Déclaration universelle sert encore de référence dans la vie diplomatique comme à la Commission des droits de l'homme ou à l'UNESCO. Il est symptomatique enfin que la coutume ait dernièrement fourni la base du droit applicable par les nouveaux tribunaux pénaux internationaux. L'arrêt Tadić du 2 octobre 1995 rendu par la Chambre d'appel du tribunal pour l'ex-Yougoslavie est en ce sens très instructif.

La Déclaration universelle fait partie de ce droit déclaratoire, de ces recommandations « incitatives », de ce « soft law », bien décrit par Emmanuel Decaux et qui aujourd'hui contribue notablement à préciser la coutume voire à présider à sa création. Ce qui en modifie quelque part le processus d'élaboration. Comme l'a déclaré Pierre Dupuy « Le phénomène de la "soft law", dû à la multiplication des négociations à vocation normative n'aboutissant pas nécessairement à l'adoption d'instruments juridiquement obligatoires, confirme la tendance contemporaine à faire bien souvent précéder la pratique par l'expression de "l'opinio juris", contrairement au schéma classique de la théorie des deux éléments... ».

Dans son avis consultatif sur la licéité des armes nucléaires (8 juillet 1966) la CIJ met en évidence certaines règles générales relatives à la protection de l'environnement. La Cour n'offre guère de justification décisive à ces affirmations. Il semble bien que telles normes ne trouvent pas directement (ou immédiatement) leur fondement dans la pratique des Etats mais plutôt dans une « opinio juris » qui, selon la Cour, ressortirait des résolutions de l'Assem-

37. B. Simma, « International Human Rights and General international Law : a comparative analysis », *Rec. Cours Académie de droit européen*, 1993, vol. IV, t. 2, p. 175 ss (p. 214).

blée générale. Pour M. Marc Perrin de Brichambaut « il semble bien que de telles affirmations constituent un écho aux constructions d'une partie de la doctrine selon laquelle l'accumulation de textes dans un domaine, quelle que soit leur valeur juridique serait, petit à petit, créatrice de normes qui s'imposeraient à tous³⁸ ».

Ici le ton est critique alors que la tendance esquissée est exacte ; elle est plutôt générale mais les droits de l'homme ont largement contribué à cette nouvelle démarche.

— Peut-on aller plus loin et considérer que certaines normes de protection présentent le caractère de *jus cogens* ? Pour le Comité des droits de l'homme cette qualité devrait au moins bénéficier aux normes condamnant la torture et la privation arbitraire de la vie (Observation générale précitée, § 1a). Voilà une audacieuse avancée qui interpelle le droit international général. L'identification du *jus cogens* est cependant moins simple que celle du droit coutumier même si on en accepte le principe.

Michel Virally écrivait ainsi « un certain nombre d'opinions ont été exprimées, émanant de représentants d'Etats, de juges..., d'experts ou de la doctrine mais sans qu'on puisse dire que "la Communauté internationale dans son ensemble" s'est prononcée. Les listes qui circulent sont d'ailleurs diverses et hétérogènes³⁹... ».

On constatera à cet égard que la Cour internationale de justice en tant que telle (et sur le plan régional la Cour européenne comme la Cour interaméricaine) est restée très discrète à ce sujet. Dans l'affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats Unis à Téhéran en 1980, la CIJ multiplie les périphrases pour souligner le « caractère fondamental » des règles relatives à l'inviolabilité diplomatique. Elle relève même le « caractère impératif des obligations incombant aux Etats ». Est-ce une reconnaissance d'une norme de *jus cogens* ? La réponse est négative car, comme l'explique Prosper Weil : « ...Dans la version anglaise faisant foi, c'est toutefois le mot "imperative" qui est employé et non pas le terme "peremptory" qui caractérise le *jus cogens*⁴⁰... » Au contraire, dans l'Observation générale n° 24 (52), le Comité, lui, utilise bien l'expression « peremptory norms ».

En vérité tout se passe comme si certaines autorités ou certaines juridictions manifestaient clairement le sentiment que certains droits sont d'une importance essentielle (ce qui constitue une démarche légitime) et qu'on ne pourrait y déroger sauf à encourir une responsabilité internationale aggravée. Elles utilisent alors un vocabulaire significatif mais qui reste à la « lisière » du *jus cogens*. Ainsi, à propos de l'avis consultatif de la CIJ du 8 juillet 1996 (licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé), le Président M. Bedjaoui estime que la « légitime défense – fut-elle exercée dans des conditions extrêmes mettant en cause la survie même d'un Etat – ne peut engendrer une situation dans laquelle un Etat s'exonérerait lui-même du

38. Les avis consultatifs rendus par la CIJ le 8 juillet 1996 sur la licéité de l'utilisation des armes nucléaires dans un conflit armé (OMS) et sur la licéité de la menace et de l'emploi d'armes nucléaires (AGNU) *AFDI*, 1996, p. 315-336 (326).

39. Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public, 183, 1983-V, p. 178.

40. Prosper Weil « Le droit international en quête de son identité », Cours général de droit international public, *RCADI*, 237, 1992-VI.

respect « des normes intransgressibles » du droit international humanitaire ⁴¹ » (expression aussi utilisée par la Cour).

Sans doute les notions de « noyau dur » des droits de l'homme (et de droit humanitaire) auquel on ne saurait déroger, ou encore la conception d'un « ordre public des libertés » évoque une hiérarchie des normes et les manifestations d'un *jus cogens*. En vérité, nous l'avons dit plus haut, le juge ne s'est jamais prononcé clairement en ce sens. La Commission du droit international cite toujours les mêmes exemples : interdiction du génocide et de l'esclavage. Quelques comités d'experts, et la doctrine sont plus persuasifs et incitatifs... Si ce dernier mouvement se concrétisait, ce serait un progrès manifeste en droit international sous la poussée des droits de l'homme. Mais, on peut rétorquer que la notion « d'ordre public » international universel des droits de l'homme, et son corollaire le *jus cogens*, exigent peut-être une « communauté internationale » plus homogène et mieux institutionnalisée.

Pour le moment du moins, on peut faire l'économie d'une démarche encore ambitieuse (et en tout cas contestée), sinon pour fixer des objectifs que l'on espère atteindre progressivement.

3. On ne saurait omettre de signaler ici l'importance des *principes généraux de droit reconnus in foro domestico*. C'est la source la moins volontariste du droit international, ce qui explique la rareté de son utilisation en droit international interétatique. Par contre, le droit international des droits de l'homme recourt fréquemment à cette source du droit pour interpréter ou compléter les normes internationales. On n'en sera pas surpris car les textes relatifs aux droits de l'homme empruntent les concepts qu'ils utilisent, surtout normatifs, au droit interne. Pour aider les institutions chargées de les appliquer à en préciser le contenu et à en assurer une évolution conforme aux conditions de vie d'aujourd'hui, force est de recourir au droit comparé ou aux principes généraux de droit reconnus dans l'ordre national tels qu'ils se présentent à l'époque actuelle. C'est de cette manière que l'on peut garantir une interprétation évolutive et constructive, voire qui prolonge (par des textes additionnels ou par voie jurisprudentielle) l'état du droit actuel. On constate d'ailleurs que dans tous les secteurs qui ne concernent pas que les seuls droits et intérêts des Etats (Droit de l'environnement, de la fonction publique et surtout droit des contrats « transnationaux ») l'utilisation des principes généraux du droit est également intensive.

Naturellement si tous les organes internationaux ont recours à de tels principes il faut reconnaître que la démarche est plus simple dans un milieu juridique régional apparemment plus homogène que dans un cadre international universel ⁴². C'est pourquoi la Cour européenne des droits de l'homme procède à de nombreux emprunts en ce sens ⁴³. Cette méthode rencontre celle de la

41. Avis consultatif demandé par l'OMS préc. Déclaration de M. Bedjaoui, Annexe au communiqué de presse 96/23 de la CIJ, p. 1.

42. S'agissant du « droit à un tribunal », la Cour européenne, dans l'arrêt *Golder* (1975) note cependant : « le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus ; il en va de même du principe de droit international qui prohibe le déni de justice. L'article 6, § 1 doit se lire à leur lumière ».

43. Sur ce sujet, voir notre contribution dans les *Mélanges offerts au Juge Louis-Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998 (à paraître).

Cour de Luxembourg puisque aux termes de l'article F, § 2, TUE, « L'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la CEDH et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ». Les Accords d'Amsterdam confirment et formalisent cette position. Précisons, au surplus, que dans le cadre communautaire ces principes ont une valeur juridique autonome, supérieure à celle du droit dérivé communautaire (ou à celle des actes des Etats agissant dans la « sphère communautaire », dans les conditions prévues par l'arrêt *Cinethèque*, 11 juillet 1985).

4. Enfin, il faut bien voir que sous l'impulsion du droit international des droits de l'homme les *actes unilatéraux* des organisations internationales, régionales et universelles, se sont multipliés.

D'abord les arrêts des Cours régionales européennes (le juge de Strasbourg a rendu plus de 700 arrêts sur le fond), interaméricaines (surtout depuis 1988) sont de plus en plus nombreux ; à cela s'ajoute, l'activité des Cours pénales *ad hoc* et de tous les Comités d'experts indépendants établis à l'échelle universelle.

Toute cette jurisprudence à laquelle s'ajoute celle résultant du contrôle de l'OIT et, sur un autre plan, des différentes procédures thématiques, en particulier au sein de la Commission des droits de l'homme, est considérable et témoigne de la richesse du droit international des droits de l'homme. Elle pose cependant un problème général de coordination qui à lui seul mériterait un colloque.

D'autre part, en dépit des progrès réalisés, cette « jurisprudence » soulève encore des difficultés particulières d'exécution dans certains pays ; sa prise en considération « quotidienne » dans l'ordre national, pour les différentes autorités et juridictions est bien insuffisante, en particulier à l'égard des actes des instances universelles. Ce qui reste remarquable cependant, c'est le foisonnement des méthodes et des procédures qui, avec l'aide précieuse des ONG (on y reviendra), concourt à améliorer l'application effective des droits de l'homme. Dans leur rapport si dense, Andrew Drzemczewski et Paul Tavernier nous incitent vivement à la réflexion.

Bien entendu, les actes unilatéraux des organes politiques internationaux, concernant les droits de l'homme, se sont également multipliés, de l'Union européenne aux Nations Unies. On ne signalera ici que pour mémoire la « résurrection » du pouvoir coercitif du Conseil de sécurité en cas de violation collective des droits de l'homme ⁴⁴. Très significative nous paraît être en ce sens la résolution 940 (1994) autorisant la création d'une force multinationale disposant de tous les pouvoirs pour rétablir la démocratie et les droits de l'homme à Haïti.

Cette dernière résolution est d'ailleurs tout à fait symptomatique de l'évolution du droit international. Dans une étude intitulée « Pour un droit international de la démocratie ⁴⁵ », M. Boutros-Ghali a très bien montré

44. Pour plus de détails, voir notre étude sur « Le Conseil de sécurité et les droits de l'homme », dans *Le droit des Organisations internationales, Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, Bruylant, 1997, p. 19-70.

45. *Essays in honor of Krystof Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, p. 99 (Idées qui seront reprises dans l'Agenda pour la démocratie).

comment de nombreuses opérations du Conseil, « de la deuxième ou troisième génération... », n'avaient pas pour seule préoccupation de sauvegarder le droit humanitaire mais étaient polyvalentes, puisqu'elles visaient à la fois la préservation de la paix et la restauration de la démocratie et des droits de l'homme. Il cite, par exemple, les opérations des Nations Unies au Salvador et au Mozambique.

En ce qui concerne la répression pénale internationale, le Conseil de sécurité a joué également le rôle de maître d'œuvre de la Communauté internationale, quitte à s'octroyer un nouveau mandat. On sait tous les patients efforts entrepris jusqu'à aujourd'hui pour promouvoir une Cour permanente pénale internationale ; il devenait urgent cependant de créer un tribunal international *ad hoc* chargé de juger les crimes commis en ex-Yougoslavie. C'est encore au titre du chapitre VII que le Conseil de sécurité par sa résolution 827 du 25 mai 1993 adoptera le statut de ce Tribunal. Là encore, le Conseil de sécurité a fait œuvre heureusement novatrice sous l'impulsion de son Secrétaire général.

De la même manière sera créé, le 8 novembre 1994, le Tribunal international pour le Rwanda.

En dehors de cette situation et de manière plus générale, j'ajouterai simplement un élément. En matière de droits de l'homme, ce qui compte c'est la *prévention*. Elle est naturellement fondamentale. La répression est certes nécessaire pour lutter contre l'impunité ; elle est certes aussi utile dans la mesure où elle est exemplaire et présente alors un caractère préventif. M. Boutros-Ghali, dont l'action a toujours été extrêmement courageuse et très constructive, a toujours déploré la lenteur des Etats pour lui donner les moyens d'intervenir à temps pour éviter un massacre. Néanmoins aujourd'hui, avec les moyens dont l'ONU dispose et qui ne sont pas considérables, elle a su multiplier les procédures d'urgence et d'alerte rapide qui postulent l'envoi d'un représentant spécial, de commissions d'enquête du Haut commissaire des Nations Unies pour tenter d'enrayer des violations graves des droits de l'homme dans un pays à propos duquel la presse ou les ONG ont déjà établi un danger menaçant. Il reste bien entendu, nous le savons, de vastes zones de non-droit. Mais l'effort signalé est intéressant et doit être inlassablement poursuivi, avec si possible des moyens renforcés...

C'est dans la même esprit que fonctionne en Europe la Convention sur la prévention de la torture. C'est la raison aussi pour laquelle nous pensons que, dans le cadre des systèmes juridictionnels ou parajuridictionnels, les mesures conservatoires qui sont décidées par les organes de contrôle pour éviter un préjudice irréparable et grave devraient avoir un effet obligatoire. Ceci suppose le revirement de certains arrêts de la Cour européenne et en particulier du sinistre arrêt Cruz Varas de 1991 rendu à une voix de majorité, et qui est l'expression la plus aberrante de la négation de la spécificité de la protection internationale des droits de l'homme (voir notre commentaire à la *Revue universelle des droits de l'homme*, 1991, n° 6 p. 205 ss.). Ce revirement est d'autant plus nécessaire que la Cour européenne est souvent un miroir pour les autres organes internationaux de contrôle, pour le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, par exemple, qui, après cet arrêt de 1991 a quelque peu changé d'orientation en ce qui concerne la force juridique à accorder aux mesures conservatoires ou plutôt a été impuissant pour résister aux refus opposés par quelques Etats d'observer les demandes conservatoires.

B. La théorie des sujets de droit international

Le second volet, ou la deuxième catégorie d'incidences, concerne la théorie des *sujets de droit international*. « Si les Etats demeurent les sujets originaires du droit international, et de loin ses sujets principaux, le mécanisme des organisations internationales permet d'accorder à des particuliers un accès direct aux relations internationales et de faire de ceux-ci, dans certaines limites, des sujets de droit international. » Cette phrase ne m'est pas personnelle, mais elle a été exprimée par le professeur Paul Reuter dans son célèbre *Thémis* (1983, p. 38).

Et déjà, dans sa contribution dans les mélanges Georges Scelle intitulée « Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international », citant les sentences de la *Lena Goldfields Company* ou *Radio Corporation of America* contre Chine, vieille sentence de 1935, Paul Reuter constatait l'internationalisation du rapport de droit en ajoutant, je cite : « On pourrait toujours contester, malgré la forme, qu'il s'agisse d'un véritable arbitrage international, il faut néanmoins bien reconnaître que les espèces de ce genre montrent au moins la puissance d'un besoin social. » N'était-ce pas dire si ce besoin s'amplifiait (ce que prouve par exemple la création du CIRDI) qu'il serait difficile au nom d'une conception statique du droit international de dénier ces éléments de progrès. Et Paul Reuter lui-même en tire la conclusion après avoir cité la sentence *Texaco* à la page 46 de son manuel.

Bien entendu il ne s'agit pas de conférer à l'individu une capacité juridique générale comparable à celle de l'Etat, mais une capacité fonctionnelle et limitée, affectée à des fins déterminées⁴⁶. Parmi ces fins se trouvent, au-delà des contrats d'Etat⁴⁷, la défense par l'individu de ses libertés ou la sanction de ses obligations devant un organe international. La définition de départ nous paraît claire : un individu peut être considéré comme un sujet du droit international, certes de manière limitée et relative, si ses droits et obligations sont définis par le droit international et s'il peut immédiatement s'en prévaloir ou en être directement responsable devant un organe international indépendant. Or, s'agissant d'abord des devoirs internationaux, que l'individu a à l'égard de son prochain comme de la communauté internationale, il nous semble bien être consacrés par l'évolution du droit international pénal. S'agissant des droits de l'homme proprement dits, définis dans des normes internationales, il existe déjà toute une gamme de procédés de contrôle, de recours, dont certains ont un caractère judiciaire dans le cadre européen, ou dans le cadre latino-américain. Et ce recours direct au juge au sens strict, déjà accentué en Europe avec l'entrée en vigueur du protocole 9, sera la règle le 1^{er} novembre 1998 devant la « Cour unique »⁴⁸.

C'est pourquoi, au moins dans un cadre limité et de manière relative,

46. L'évolution du droit international économique a montré que certaines de ces idées étaient juridiquement bien fondées. A propos de la sentence *Texaco* voir notre commentaire *AFDI*, 1977, p. 452-479, p. 457-459.

47. On lira avec profit sur ce point dans les Mélanges offerts à Hubert Thierry (1998, à paraître) l'excellente étude de Charles Leben.

48. Dans le cadre latino-américain, comme son homologue européen, la Commission inter-américaine est un organe quasi-judiciaire. Il existe cependant un projet d'accès direct de l'individu à la Cour.

l'individu doit être qualifié comme un sujet du droit international à côté des Etats. Nous ne voyons pas pourquoi certains auteurs comme le professeur Weil, dans son cours précité à l'Académie de La Haye, ajoutent une condition supplémentaire : selon lui, pour être considéré comme sujet de droit, l'individu devrait élaborer le droit international des droits de l'homme. A cela il faut répondre qu'on peut être sujet de droit sans être législateur, ce qui existe déjà dans tous les systèmes juridiques internes. D'autre part, les individus ont aujourd'hui de nombreuses façons de faire entendre leur voix : par la presse, par l'intermédiaire des commissions nationales consultatives des droits de l'homme qui fournissent des avis à leur gouvernement, par l'intermédiaire surtout des ONG qui de mille façons contribuent, non seulement à la dénonciation, mais aussi l'élaboration du droit international des droits de l'homme. Les individus ont cette fois-ci les moyens de jouer un rôle « paralégislatif » et ils ne s'en privent pas. Que l'on considère par exemple le lobbying exercé à propos de réunions d'instances internationales comme la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, ou de la Conférence diplomatique sur la création d'une Cour pénale permanente internationale. Même si l'on met à part la caisse de résonance que constituent certaines assemblées parlementaires internationales ou certains organes qui ne sont pas composés uniquement de représentants d'Etat (CIT par exemple...), une part de la contrainte sociale internationale est exercée dans le domaine de la formation du droit par la montée en puissance d'une sorte de *société civile internationale* représentée par le nombre croissant d'ONG⁴⁹, particulièrement actives dans certains domaines comme celui des droits de l'homme, du droit humanitaire et du droit de l'environnement et même au-delà...

C. La mise en œuvre du droit international

Qu'on nous permette enfin une dernière série d'observations concernant l'incidence de la protection internationale des droits de l'homme sur la mise en œuvre du droit international.

1. Au niveau déjà de la responsabilité internationale, les systèmes sur les droits de l'homme ont permis de « façonner » bien des institutions classiques. Si l'on pense par exemple au principe de l'épuisement des voies de recours internes (ou encore aux règles sur l'imputation des actes illicites), la jurisprudence des cours de Strasbourg ou du Costa Rica se réfère comme nous l'avons montré aux principes de la coutume internationale. Toutefois, cette jurisprudence est aujourd'hui si abondante et si précise que c'est elle qui dessine les contours évolutifs de la règle internationale. Juste retour des choses ou interaction qui n'est pas forcément illégitime ?

Mais, c'est à propos de la mise en cause de la responsabilité internationale que le droit international des droits de l'homme apporte une ouverture considérable. En effet, reprenant la formule utilisée par la C.I.J. dans l'affaire de la Barcelona Traction (1970), l'Institut de droit international déclare que l'obli-

49. Dont certaines ont un statut consultatif auprès des Organisations intergouvernementales. V. le livre de Sara Guillet « Nous peuples des Nations Unies – L'action des ONG au sein du système de protection des droits de l'homme », CEDIN, Paris I, Montchrestien, 1995.

gation internationale de respecter les droits de l'homme correspond à une obligation *erga omnes* : « Elle incombe à tout Etat vis-à-vis de la Communauté internationale dans son ensemble et tout Etat a un intérêt juridique à la protection des droits de l'homme. » L'innovation est de taille puisque le caractère *erga omnes* est étendu à l'obligation de respecter l'ensemble des droits de l'homme.

Il est vrai que dans le cadre de certains traités, comme notamment la Convention européenne des droits de l'homme, tout Etat contractant a un intérêt juridique *objectif* à présenter une réclamation à l'égard d'un autre Etat contractant auquel serait imputable une violation quelconque de la Convention (art. 24).

En d'autres termes, lorsqu'il introduit une requête, un Etat contractant ne fait donc qu'exercer une « compétence » qu'organise la Convention. Sans doute est-il libre d'exercer cette compétence mais l'important est ce qu'elle traduit : c'est un engagement pur et simple, inconditionnel, au bénéfice d'un intérêt supérieur. De cette façon, la Convention européenne engendre bien des obligations *erga omnes* dont l'infraction peut être dénoncée par toute partie contractante. Néanmoins de telles requêtes interétatiques sont cependant trop peu fréquentes et pour l'essentiel elles ne concernent que des cas de violations graves et généralisées des droits de l'homme. De plus, hormis le cadre européen, elles constituent des procédures facultatives, assez rarement acceptées et pratiquement jamais mises en œuvre.

Dans ses travaux actuels de codification et de développement progressif de la responsabilité internationale, la Commission tente d'une certaine manière de faire accepter cette idée d'action publique et d'obligation *erga omnes* à l'égard de tous les traités relatifs à des droits fondamentaux, ainsi qu'en témoigne l'ancien article 5 du projet d'article (2^e partie) relatif à la responsabilité internationale devenu sans changement l'article 40 du nouveau texte⁵⁰ :

« 2. En particulier, l'expression "Etat lésé" désigne : (...)

e) Si le droit auquel le fait d'un Etat porte atteinte résulte d'un traité multilatéral ou d'une règle du droit international coutumier, tout autre Etat partie au traité multilatéral ou lié par la règle du droit international coutumier, lorsqu'il est établi : (...)

iii) que le droit a été créé ou est reconnu pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

3. En outre, l'expression "Etat lésé" désigne, si le fait internationalement illicite constitue un crime international, tous les autres Etats. »

Cet article s'applique théoriquement aussi au cas où la violation des droits de l'homme résulte de l'infraction à une norme coutumière protectrice des droits de l'homme. Là, le cercle des Etats susceptibles d'intervenir s'agrandit dans la mesure où il s'agit d'une coutume générale... Encore faudrait-il prouver qu'une telle coutume lie les dits Etats. On retrouve ici encore un problème de preuve et d'identification des règles coutumières. Mais, par définition, de telles actions ou « réactions » ne portent nullement atteinte au principe de non-inter-

50. Pour le commentaire de l'article, voir Annuaire de la Commission du droit international 1985, vol. II (2^e partie), p. 25-27.

vention. En effet, un Etat violant une obligation internationale de ce genre engage sa responsabilité internationale à l'égard de tout Etat lésé et ne peut plus prétendre que ce domaine relève essentiellement de sa compétence nationale. De telles formules sont sans doute généreuses, encore faudrait-il trouver un cadre institutionnel adéquat⁵¹. De manière générale, et pour les violations graves et généralisées, la pratique internationale tend à admettre la possibilité de « contre-mesures » en vue de faire respecter des normes essentielles. Un Etat, un groupe d'Etats ou une organisation internationale (l'Union européenne par exemple) peuvent dès lors réagir face à une violation grave en prenant des mesures contraignantes appropriées sur le plan *diplomatique ou économique*.

Néanmoins, en dehors d'un système conventionnel déterminé, la rareté de la pratique internationale ne permet pas d'affirmer que le droit coutumier est définitivement établi en ce sens, ni surtout qu'il pourrait concerner n'importe quel type de violation⁵². En toute occurrence, de telles contre-mesures sont exclusives en principe de toute contrainte par la force armée, sauf si les Etats qui interviennent sont spécialement habilités à agir en ce sens par une décision du Conseil de sécurité, qui doit fixer précisément les limites et le contrôle de leurs actions. Car, et c'est l'élément nouveau, la violation massive des droits de l'homme fonde désormais la compétence du Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la Charte. Pour la première fois dans l'histoire des Nations Unies, des actions *coercitives* ont été entreprises de ce chef dans des situations de conflits internes considérés comme des « menaces pour la paix » par référence à l'article 39 de la Charte. Dans plusieurs cas de ce genre, ce n'est pas l'incidence externe des faits en cause qui motivait l'intervention du Conseil de sécurité, mais bien la répression interne. En effet le *principe de non-ingérence dans les affaires intérieures n'est plus opposable en cas de violation de « grande envergure » des « droits fondamentaux de l'homme »*, pour reprendre des expressions utilisées par de nombreux Etats avant la résolution 688 du 5 avril 1991 concernant les minorités en Irak (Kurdes, Chiites...). Et ce même fondement a été explicitement exprimé en ce qui concerne l'action en ex-Yougoslavie comme l'aide des forces de l'OTAN. Même si la pratique n'est pas encore très cohérente il reste que le principe de non-intervention dans les affaires intérieures subit une érosion certaine et que l'intérêt juridique à agir d'une manière ou d'une autre est grandement élargi en cas de violation patente des droits de l'homme⁵³.

— D'une façon moins formalisée et avec d'autres moyens, il est aussi notable que de très nombreux particuliers ou groupes interviennent quand se produisent des violations de droits de l'homme. Il s'agit quelquefois d'un rôle

51. Voir notre étude sur la responsabilité internationale en matière de droits de l'homme, *op. cit.*, 1991, p. 101 ss.; voir de manière plus large mais dans le même sens J. Frowein, « Reactions by not directly affected States to breaches of Public International Law », *RCADI*, 248, 1994-IV, p. 349 ss.

52. Comme le signale Prosper Weil (cours préc., p. 117) la résolution de l'Institut de droit international présente encore quelques points peu clairs. Sur l'ensemble de ce problème on consultera avec profit Denis Alland, *Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, Pedone, 1994.

53. Sur tous ces points on trouvera de très utiles développements dans le livre de M. Bettati, *Le droit d'ingérence - Mutations de l'ordre international*, Ed. O. Jacob, 1996. On se reportera également à notre étude précitée sur « Le Conseil de Sécurité et les droits de l'homme », *Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob*, p. 69-70.

d'*amicus curiae* (que la Cour européenne autorise); il peut s'agir d'une assistance plus soutenue.

René-Jean Dupuy aimait à citer cette phrase de Dostoïevsky, « nous sommes tous responsables de tous à l'égard de tous ». C'est de la sorte qu'apparaît une vision plus ouverte de l'homme et de la société, proche de celle exprimée par l'Institut de droit international à Saint-Jacques-de-Compostelle, puisqu'on défend ses droits en se mettant au service des autres. Une telle idée est bien mise en pratique par de nombreuses ONG et défenseurs des droits de l'homme : médecins, journalistes ou avocats sans frontière.

C'est pour consacrer ce progrès que la Commission des droits de l'homme a adopté, par consensus, le 30 avril 1998, le projet de « Déclaration sur le droit de la responsabilité des individus, groupes et organes de la Société de promouvoir et de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus ».

2. L'évolution du droit international concerne aussi le contenu des obligations. Nous constatons en effet là aussi que la « jurisprudence » internationale relative aux droits de l'homme permet de façonner certaines règles du droit commun, ou de provoquer une évolution et, en tout cas, d'assigner parfois des limites à leur application.

Ainsi, s'agissant du statut des étrangers, nous avons montré en commentant l'arrêt Velasquez, comment la Cour interaméricaine tout en s'inspirant du droit international commun avait en retour su donner un contenu plus concret et plus précis au double devoir de prévention et de répression qui pèse sur l'Etat territorial en ce domaine. La même réflexion peut être faite sur le principe de non-discrimination ou le régime de la propriété privée.

Le second exemple est puisé dans le droit des immunités des Etats. Il a été évoqué par le professeur Ress, rapporteur sur ce sujet à l'IDI. Il a également fait l'objet d'un excellent ouvrage de Michel Cosnard⁵⁴. Il apparaît donc que les droits de l'homme ont une double influence sur le droit des immunités.

En insistant d'abord sur la *lex lata*, il paraît clair que le souci de respecter le droit à un procès équitable a justifié la restriction de l'immunité dans certaines circonstances. Ce fut d'abord la doctrine qui a avancé l'idée que l'immunité des Etats était contraire au droit de l'individu à un procès équitable et justifiait donc la théorie de l'immunité restreinte (Lauterpacht, *BYBIL*, 1951, p. 220). Ce raisonnement a été repris bien plus tard par le Comité judiciaire du Privy Council au Royaume-Uni en 1975, par la Cour suprême espagnole en 1986 ou par la Cour constitutionnelle italienne le 15 juin 1992. Mais il faut aller plus loin et considérer que la violation des droits de l'homme par l'Etat étranger serait une cause de « non-immunité ». Il n'y a encore que peu de précédents en ce sens mais l'avancée conceptuelle est prometteuse.

C'est à propos de l'exercice du pouvoir répressif que les droits de l'homme doivent constituer une limite à ne pas transgresser et viennent de la sorte conditionner l'exercice des compétences étatiques.

Ainsi à propos des infractions de pêche dans la zone économique, l'article 73 du Traité de Montego Bay stipule que le pouvoir de sanction des Etats

54. « La soumission des Etats aux tribunaux internes. Face à la théorie des immunités des Etats », préface de Brigitte Stern, Pedone, 1996.

rencontre une double frontière : pas de peine d'emprisonnement et surtout pas de châtiement corporel⁵⁵.

Les limites internationales au pouvoir d'extrader sont plus connues : on sait qu'il ne doit pas exposer le fugitif à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention, à l'article 2 également si l'Etat requis a ratifié un protocole sur l'abolition de la peine de mort ; enfin l'extradition ne peut aussi avoir lieu vers un pays où le fugitif risque de subir un déni de justice flagrant.

Le respect des droits de l'homme s'impose également au pouvoir de contrainte des Etats autorisé par le droit international.

Ainsi dans l'avis consultatif sur la Namibie, la CIJ devait définir la portée de la non-reconnaissance des actes juridiques et conventionnels de l'Afrique du Sud. Elle a pris soin d'apporter des exceptions en ce qui concerne tous les actes ou traités (humanitaires notamment) qui allaient dans le sens des intérêts et droits essentiels de la population.

De manière plus large le régime des *contre-mesures*, fussent-elles économiques, trouve une limite dans le respect des droits de l'homme. D'ailleurs, la pratique des Etats-Unis ou de l'Union Européenne tend à mettre à part ce qui est consacré à l'assistance alimentaire et sanitaire. La codification entreprise dans le cadre de la CDI va dans ce sens. Là encore la limite existe quelle que soit la nature du fait générateur de la contre-mesure, qu'elle relève des domaines économique, politique ou social.

Finalement cette série de constatations nous suggère une analogie : dans l'Union Européenne la Cour de Luxembourg a maintes fois exprimé que le droit communautaire ne s'appliquait que sous réserve d'être conforme aux droits fondamentaux et ce contrôle vise aussi bien les actes des institutions communautaires que les mesures nationales d'exécution du droit communautaire, qui se situent bien dans la « sphère communautaire » (Wachauf, 1989 ; Demirel, 1987).

Sans doute l'ordre communautaire est un ordre bien intégré et cet enseignement aussi largement conçu est difficile à transposer tel quel dans l'ordre international. Ne peut-on cependant reprendre cette idée d'une manière moins ambitieuse ou en donnant aux droits de l'homme un effet relativement « atténué ». Par exemple, est-il exclu de prétendre, que n'importe quelle norme du droit international ne puisse être appliquée à un individu, si la disposition considérée est manifestement contraire à la « substance » d'un droit fondamental, parmi ceux essentiels qui sont consacrés dans la Déclaration universelle. Il ne serait pas question d'exercer un contrôle tâtilon mais de considérer que le corpus commun aux droits de l'homme et au droit humanitaire, circonscrit dès le début des présentes conclusions (et qui en substance correspond à l'article 3 commun aux Conventions de Genève, sans oublier l'interdiction du déni de justice flagrant) constitue la base d'une exception d'ordre public international qui empêcherait l'application d'une norme internationale comme d'une norme interne, étrangère ou nationale.

Il n'est pas illégitime de considérer que les normes internationales relatives aux droits de l'homme occupent une place à part au sein de l'ordre

55. Sur un tout autre plan notons que c'est par application du Pacte international relatif aux droits civils que les juridictions pénales internationales connaissent un double degré de juridiction et ne peuvent en aucun cas infliger la peine de mort.

juridique international. Dans une étude antérieure⁵⁶, nous avons notamment examiné les rapports entre la Convention européenne et les autres traités internationaux, supposés contradictoires, conclus entre un Etat partie et un Etat tiers. Dans cette hypothèse, nous pensons que la Convention devait toujours bénéficier d'une priorité d'application, au moins en ce qui concerne le respect de sa substance fondamentale. Et, pour compléter notre pensée, il nous semble difficile, dans des circonstances de ce genre, que l'Etat tiers, par définition lésé, puisse de ce chef engager la responsabilité internationale de l'Etat partie à la Convention.

En effet le risque de violation d'une disposition essentielle des droits de l'homme – dont le contenu est évolutif – ne doit-il pas être analysé comme un fait justificatif exonérant l'Etat partie d'une mise en cause éventuelle de sa responsabilité internationale ? Ne peut-on pas au surplus aujourd'hui estimer que l'Etat tiers ne saurait exiger d'un autre Etat qu'il ne respecte pas certains droits fondamentaux. En nous inspirant de l'article 1 commun aux Conventions de Genève est-il illogique de prétendre que le droit international coutumier, dans le prolongement de l'article 55 de la Charte des Nations Unies, impose à tous les Etats de respecter et de faire respecter les normes les plus essentielles relatives aux droits de l'homme.

Finalement, et puisqu'il faut conclure..., le droit international des droits de l'homme qui doit sans doute encore gagner en effectivité, n'a peut-être pas bouleversé la nature du droit international. Mais, comme le constatait déjà en 1983 Michel Virally dans les belles pages de son cours général à l'Académie de la Haye, il en a profondément modifié la rigidité, et cette évolution, encore trop lente et inégale, ne peut être qu'un facteur de progrès et d'espoir pour l'ensemble de la communauté internationale, et du droit qui la régit.

Finalement encore, il n'est pas illégitime de penser que, grâce aux droits de l'homme, le droit international ait acquis ou tente, en tout cas, d'acquiescer le fondement éthique qui lui faisait gravement défaut.

56. « Les rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme et les autres traités conclus par les Etats parties », *Mélanges Schermers Nijhoff 1994*, vol. III, p. 79-III.