HAL
open science

Le droit international humaniste : entre crise et révolution de l'ordre juridique international

David Andrés Murillo Cruz

To cite this version:

David Andrés Murillo Cruz. Le droit international humaniste : entre crise et révolution de l'ordre juridique international. Droit. Université de Bordeaux, 2018. Français. NNT : 2018BORD0380 . tel-02076747

HAL Id: tel-02076747

https://theses.hal.science/tel-02076747

Submitted on 22 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT
SPÉCIALITÉ DROIT INTERNATIONAL

Par **David Andrés MURILLO CRUZ**

Le droit international humaniste : entre crise et révolution de l'ordre juridique international

Sous la direction de Madame le Professeur **Leila LANKARANI**

Soutenue le 17 décembre 2018

Membres du Jury :

Madame Francette FINES
Professeur de droit public, Université de la Rochelle, **président**
Monsieur Emmanuel DECAUX
Professeur émérite, Université de Paris II, **rapporteur**
Monsieur Jean-Pierre MARGUÉNAUD
Professeur émérite, Université de Limoges, **rapporteur**
Monsieur Olivier DUBOS
Professeur de droit public, Université de Bordeaux, **examinateur**
Madame Leila LANKARANI
Professeur de droit public, Université de Bourgogne Franche-Comté, **directrice de recherche**

« L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses, celles-ci doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

En hommage à ma mère, pour être partie et réalisatrice de tous mes rêves, pour me donner son soutien permanent et inconditionnel, pour m'avoir hérité la vertu et l'amour pour l'académie ; à ma sœur, pour devenir une seconde mère pour ses frères et pour son affection et son amour permanents ; à mon frère, pour être le complice et le compagnon de nombreuses aventures d'enfance ; et enfin, à tous ceux qui, dans l'ardu travail de recherche, sont toujours présents pour donner leur vie pour le bien de l'humanité.

Remerciements

Une recherche doctorale est un travail exténuant qui demande de grands sacrifices à son auteur. Bien que la recherche soit passionnante, sa réalisation laisse des traces ineffaçables pour celui qui la réalise car, une thèse doctorale génère l'expérimentation d'une infinité d'émotions. En vivant cet électrocardiogramme de sentiments, on a besoin de l'écoute, du soutien et de l'affection de nombreuses personnes, devant lesquelles des dettes de gratitude infinie sont acquises.

Pour cette raison, mes remerciements à Susana, ma mère, pour ne m'avoir jamais laissé défaillir, pour être toujours présente et pour me transmettre toute sa sagesse, en particulier, lorsque la solitude et la distance s'emparaient de mes journées ; pour m'avoir enseigné que dans la vie, les choses les plus importantes nécessitent du temps, du dévouement et d'efforts. Merci de faire de moi un meilleur être humain chaque jour.

Je tiens également à remercier ma directrice, Madame le Professeur Leila LANKARANI qui, malgré sa rigueur et son exigence, a eu la patience de diriger, lire et conseiller en permanence mes recherches ; pour faire tout ce qui était possible à l'aboutissement de cette thèse comme ma contribution, j'espère, au droit international, je la remercie beaucoup.

Aux membres du jury, Monsieur le Professeur Emmanuel DECAUX, Monsieur le Professeur Jean Pierre MARGUÉNAUD, Madame le Professeur Francette FINES et Monsieur le Professeur Olivier DUBOS, je les remercie pour le temps de lecture et de réflexion consacré à cette recherche, toutes les personnes n'ont pas la vertu et la patience de lecture d'un écrit aussi long.

Je voudrais, également, remercier toutes les personnes qui, sans être nommées, m'ont accompagné dans la réalisation de cette thèse. Certains, écoutant mes idées et réfléchissant en permanence sur elles ; d'autres, me lisant, corrigeant mes écrits ou me conseillant simplement sur la vie. Ma gratitude à toutes. Leur aide sincère et désintéressée a été un bastion.

Enfin, je tiens à remercier mes étudiants et collègues de différentes universités de Colombie et de France qui, durant toutes ces années de recherche, m'ont permis de socialiser et d'enrichir mes pensées. Merci de m'accompagner dans l'éternel chemin de la construction du savoir.

Titre : Le droit international humaniste : entre crise et révolution de l'ordre juridique international

Résumé : L'arrivée de la globalisation a révélé l'existence de deux crises, la crise de l'État-nation et la crise du droit international. Ces crises sont devenues plus aigües à cause des nouveaux problèmes de l'humanité. Problèmes qui échappent tant au contrôle de l'État qu'à la régulation du droit international interétatique. Face à cette problématique, il est apparu le droit global, qui prétend substituer le droit international, en supprimant les Nations Unies, à travers la création d'une nouvelle organisation internationale dénommée : l'Humanité Unie. Afin de sauver le droit international ainsi que d'éviter les conséquences nuisibles que pourrait porter le droit global à la communauté internationale, il est proposé la création d'un nouveau droit, le droit international humaniste, fondé sur la protection des intérêts des personnes humaines et de l'humanité. Pour faire effectif le droit international humaniste, il est proposé le concept d'*État-outil* ainsi que la mise en œuvre du contrôle de conventionnalité, dans le but d'harmoniser les droits étatiques avec la régulation de l'ordre juridique humaniste.

Mots clés : Droit international humaniste, ius cogens, droits de l'homme, systèmes internationaux de protection, contrôle de conventionalité, État-outil.

Abstract : The arrival of the globalization revealed the existence of two crises, the crisis of the nation state and the crisis of the international law. These crises became more acute because of the new problems of the humanity. Problems which escape both the control of the State and the regulation of the interstate international law. In the face of this problem, it appeared the global law, which claims to substitute the international law, by eliminating the United Nations, through the creation of a new international organization : The United Humanity. To save the international law as well as avoid the harmful consequences who could wear the global law for the international community, is proposed the creation of a new law, the international law for humankind, based on the protection of the interests of the human persons and the humanity. To make staff the international law for humankind, is proposed the concept of *Tool-State* as well as the implementation of the conventionality control, with the aim of harmonizing the state rights with the humanist regulation.

Keywords : Humanist International Law, Ius Cogens, Human Rights, International Systems of Protection, Conventionality Control, Tool-State.

Listes des principales abréviations et acronymes

ASEAN : Association des Nations de l'Asie du Sud-Est
CADH : Convention américain relative aux droits de l'homme
CADHP : Charte africaines des droits de l'homme et des peuples
CAT : Comité contre la tortue
CCPR : Comité des droits civils et politiques
CDI : Commission de droit international
CED : Comité des disparitions forcées
CEDAW : Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CEDH : Convention européenne des droits de l'homme
CEPAL : Commission économique pour l'Amérique-Latine
CERD : Comité sur l'élimination de la discrimination raciale
CESCR : Comité des droits économiques, sociaux et culturels
CIJ : Cour internationale de justice
CJCE : Cour de justices de la Communauté européenne
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
CMW : Comité de travailleurs migrants
COMMISSION ADHP : Commission africaine des droits de l'homme et des peuples
COMMISSION IDH : Commission interaméricaine des droits de l'homme
COUR ADHP : Cour africaine des droits de l'homme et des peuples
COUR EDH : Cour européenne des droits de l'homme
COUR IDH : Cour interaméricaine des droits de l'homme
CPI : Cour pénale internationale
CPJI : Cour permanente de justice internationale
CRC : Comité des droits de l'enfant
CRPD : Comité des droits des personnes handicapées
DADDH : Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme
DIH : Droit international humanitaire
DUDH : Déclaration universelle des droits de l'homme
ICISS : Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États
OEA : Organisation d'États Américains
OIT : Organisation international du travail
ONG : Organisation non gouvernementale
ONU : Organisation des Nations Unies
OUA : Organisation de l'Union africaine
PIDCP : Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC : Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
PNUD : Programme des Nations Unies pour le développement
R2P : Responsabilité de protéger
SADHP : Système africain des droits de l'homme et des peuples
SDN : Société des Nations
SEDH : Système européen des droits de l'homme
SIDH : Système interaméricain des droits de l'homme
TPIY : Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
UA : Union africaine
UE : Union européenne
UNESCO : Organisation des Nations Unies pour la science, l'éducation et la culture

UNHCR : Agence des Nations Unies pour les réfugiés

SOMMAIRE

INTRODUCTION _____ *- 15 -*

I. LES ENJEUX DU DROIT INTERNATIONAL À L'ÉGARD DE LA GLOBALISATION _____ - 17 -

A. Le développement d'une société civile globale _____ - 18 -

B. Les dynamiques entre le droit international et le droit global _____ - 22 -

II. LE BESOIN D'HUMANISER LE DROIT INTERNATIONAL _____ - 25 -

A. La revendication des intérêts de l'humanité _____ - 26 -

B. L'humanité comme point de départ du droit international humaniste _____ - 29 -

C. Problématisation, méthode et présentation du plan de la thèse _____ - 34 -

PREMIÈRE PARTIE. _____ *- 39 -*

LE DROIT INTERNATIONAL HUMANISTE, ALTERNATIVE À LA CRISE DU DROIT INTERNATIONAL FACE AUX PROPOS DU DROIT GLOBAL _____ *- 39 -*

TITRE I : La mobilisation d'un droit international humaniste comme rempart au droit global - 42 -

Chapitre 1 : Le droit global, critique existentielle au système juridique international _____ - 43 -

Conclusion Chapitre 1 _____ - 98 -

Chapitre 2 : Le droit international humaniste, regard alternatif à la disparition du droit international - 99 -

Conclusion Chapitre 2 _____ - 148 -

CONCLUSION TITRE I _____ - 149 -

TITRE II : L'État et la souveraineté face aux défis menés par le droit international humaniste - 151 -

Chapitre 1 : Les fonctions de l'État dans le droit international humaniste _____ - 152 -

Conclusion Chapitre 1 _____ - 187 -

Chapitre 2 : Le concept proposé de souveraineté et son rôle dans la garantie des droits de l'homme- 188 -

Conclusion Chapitre 2 _____ - 234 -

CONCLUSION TITRE II _____ - 235 -

DEUXIÈME PARTIE : _____ *- 237 -*

LE DROIT INTERNATIONAL HUMANISTE, UNIVERSALISATION RÉELLE DES DROITS DE L'HOMME _____ *- 237 -*

TITRE I : L'universalisation des droits de l'homme : le résultat du droit international humaniste - 239 -

Chapitre 1 : Le processus d'universalisation matricielle des droits de l'homme _____ - 240 -

Conclusion Chapitre 1 _____ - 307 -

Chapitre 2 : L'intégration des règles et des principes des droits de l'homme aux droits internes ___ - 309 -

Conclusion Chapitre 2 _____ - 382 -

CONCLUSION TITRE I _____ - 384 -

TITRE II : Le contrôle de conventionnalité : le mécanisme pour l'universalisation des droits de l'homme _____ - 385 -

Chapitre 1 : Le contrôle de conventionnalité comme mécanisme de protection des droits de l'homme __- 386 -

Conclusion Chapitre 1 _____ - 452 -

Chapitre 2 : La vérification de la rigueur des systèmes de contrôle de conventionnalité au niveau universel et régional _____ - 454 -

Conclusion Chapitre 2 _____ - 535 -

CONCLUSION TITRE II _____ - 538 -

CONCLUSION GÉNÉRALE _____ - 539 -

INTRODUCTION

L'empreinte interétatique du droit international a déterminé sa naissance, son évolution et détermine aujourd'hui sa possible disparition[1]. Le monde du passé a connu le droit international que les États ont construit à leur mesure[2]. Cependant, progressivement le monde a changé et le droit international a évolué vers la protection de nouveaux sujets de droit qui, par la suite, ont demandé la protection des leurs intérêts[3]. C'est le cas des individus et des peuples, qui ont passé par la barbarie étatique et la souffrance avant de se voir, au moins, représentés dans leurs droits et intérêts. Dans l'actualité, le monde connait un moment historique où le concept du global détermine les institutions sociales, politiques et culturelles, ainsi que les institutions juridiques[4].

La globalisation, par elle-même, comprise comme l'ouverture des frontières dans un sens large, a mis en question la pertinence de l'État et du droit international interétatique en tant qu'outils pour la satisfaction des besoins des individus, en changeant, pour ceux-ci, leur manière de percevoir la réalité sociale, culturelle, juridique et économique. Pour Willem Witteveen, « la globalisation apparaît comme une vaste interrelation systématique qui fonctionne de manière si puissante et sans agir comme sujet qu'il est presque obscène de montrer la signification de l'individu en tant qu'agent conscient »[5]. Le droit global surgit alors spontanément comme un épiphénomène de la globalisation, comme la réponse légale à l'interdépendance croissante des personnes et organisations au-delà des frontières nationales et dans le but de donner une solution à la crise du droit international[6].

De la même manière, de théoriciens et chercheurs du droit global ont commencé à apparaitre dans le scénario académique[7]. D'après leur pensée, l'ouverture du monde, exacerbée par les nouvelles façons de communication, oblige à la réflexion sur des problèmes au dehors des frontières et intérêts étatiques pour se plonger dans la réflexion de problèmes d'ordre général, voire universel, qui dépassent le pouvoir et les structures des États.

Pour Karton, le droit global ne prétend pas régler tout le droit existent, il prétend seulement régler les aspects juridiques qui sont susceptibles d'une codification globale, sans se souscrire à la traditionnelle division de droit public et droit privé[8]. « Par exemple, tout le commerce n'est pas susceptible à la réglementation globale, mais le commerce transnational

---

[1] Randall LESAFFER et Rainne LETSCHERT, *The Global Challenge to Public International Law : Some First Thoughts*, Tilburg Law Review, 2012, Vol. 17, No. 2, pp. 256 et 257.
[2] Joshua KARTON, *Global Law : The Spontaneous, Gradual Emergence of a New Legal Order*, Tilburg Law Review, 2012, Vol. 17, No. 2, p. 276.
[3] Ibidem.
[4] Kadambari ANANTRAM, Christopher CHASE-DUNN et Ellen REESE, « Global Civil Society and The World Social Forum », *in* Bryan S. TURNER (Ed.), *The Routledge International Handbook of Globalization Studies*, London, New York, Routledge, 2010, pp. 604 – 621.
[5] Willem WITTEVEEN, *Jurisprudence for Global Law ?*, Tilburg Law Review, 2012, Vol. 17, No. 2, p. 219.
[6] Joshua KARTON, *Global Law : The Spontaneous, Gradual Emergence of a New Legal Order*, Op. Cit., p. 278. Voir également, Pierrick LE GOFF, *Global Law : A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization*, Indiana Journal of Global Legal Studies, 2007, Vol. 14, Issue 1, pp. 119 – 145.
[7] Philip JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956 ; Wilfred JENKS, *The Common Law of Mankind*, New York, Frederick A. Praeger, 1958 ; Wilfred JENKS, *Law in the World Community*, New York, David McKay Co., 1968 ; Wilfred JENKS, *A New World of Law? A Study of the Creative Imagination in international Law*, Harlow, Longmans, 1969 ; John RAWLS, *The Law of Peoples with The Ideas of Public Reason Revisited*, London, Harvard University Press, 2000 ; et Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, New York, Cambridge University Press, 2010.
[8] Joshua KARTON, *Global Law : The Spontaneous, Gradual Emergence of a New Legal Order*, Op. Cit., p. 278.

et certains aspects des relations familiales peuvent être réglés à l'échelle globale ; il n'y a pas besoin d'une loi mondiale de vol ou d'assassinat, mais des règles globales concernant les entreprises criminelles commencent à émerger »[9]. Il y a alors des problèmes qui dépassent le domaine des États et qui doivent être réglés globalement, tels que la migration à grande échelle, produite par les guerres, la pauvreté et le changement climatique, la contamination de la mer et du sol, le contrôle d'armes de destruction massive, la lutte contre le terrorisme, la protection des ressources naturelles ainsi que du patrimoine immatériel de l'humanité[10].

Les problèmes décrits, génèrent évidemment pour les États et le droit international de nouveaux défis, face auxquels les théoriciens du droit global assurent que l'État n'est pas à la hauteur, principalement, par l'élément territorial qui limite son action extraterritoriale[11]. C'est pourquoi pour ces théoriciens, est un impératif l'élimination du système administratif interétatique construit par les États et ordonné par le droit international, c'est-à-dire les Nations Unies[12].

Pour les partisans du droit global, la communauté internationale d'États doit céder sa place à une communauté unie de l'humanité, où les États ne sont pas le centre du débat mais l'humanité et les personnes humaines[13]. C'est ainsi qu'on est conduit au débat sur la crise du droit international, exploité ou soulevée par le droit global dans le but de présenter de nouvelles solutions et remèdes aux problèmes globaux de l'humanité.

Cependant, la réflexion sur ce débat entre dans une « zone de pénombre », car il présente une problématique assez délicate par rapport à la mise en fonctionnement du droit global et l'affaiblissement de l'entité étatique. Selon Rafael Domingo, l'organisation étatique construit jusqu'à notre temps, doit céder sa place à une sorte d'organisation où l'humanité, l'être humain et leurs problèmes globaux soient ceux qui déterminent la normativité qu'aujourd'hui règle le droit international interétatique[14].

L'idée d'origine de rejoindre l'humanité dans une organisation ou une communauté globale n'est celle de Domingo. Cette idée trouve ses origines dans l'affrontement du système international « westphalien » ou « hobbesien » et le système international « grotien » ; le premier, concevant l'État souverain comme dominant, étant au même temps le seul sujet, auteur et exécuteur du droit international, et le deuxième, manifestant que le monopole de l'État s'est progressivement érodé par la montée d'organisations internationales et plus fondamentalement, par le retour de l'individu –principalement à travers la protection internationale des droits de l'homme et l'émergence de poursuites pénales internationales– dans le scénario international et du droit[15].

---

[9] Ibidem.
[10] James N. ROSENAU, « The Drama of Human Rights in a Turbulent, Globalized World », *in* Alison BRYSK (Ed.), *Globalization and Human Rights*, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 2002, pp. 153 et 154 ; et Alison BRYSK, « Human Rights and National Insecurity », *in* Alison BRYSK et Gershon SHAFIR (Ed.), *National Insecurity and Human Rights*, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 2007, pp. 1 – 14.
[11] Pierre LAROUCHE, *A Vision of Global Legal Scholarship*, Tilburg Law Review, 2012, Vol. 17, No. 2, pp. 206 – 216.
[12] Rafael DOMINGO, *The new global law*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 119.
[13] Ibid., pp. 119 – 120.
[14] Ibid., pp. 121 – 123.
[15] Randall LESAFFER et Rianne LETSCHERT, *The Global Challenge to Public International Law : Some First Thoughts*, Op. Cit., p. 257.

Ainsi, la globalisation change la position centrale de l'État dans l'ordre politique et légal mondial de deux manières différentes. « Premièrement, la globalisation améliore le rôle des acteurs non-étatiques sur la scène internationale, commençant par les êtres humains jusqu'aux organisations non-gouvernementales et des entreprises globales, et stimule la montée d'un corps de droit transnational en dehors des limites du droit international public. Deuxièmement, l'interdépendance croissante du monde et les défis mondiaux face à l'humanité mettent en péril la pertinence des États, même les plus grands, en tant que moyens d'atteindre les aspirations des peuples et des personnes »[16].

D'après Turner, « le développement des études sur la globalisation a été caractérisé par un extrême pessimisme ou un optimisme naïf »[17], puisque, d'une part, la globalisation a été saluée comme l'épanouissement des droits de l'homme et la paix globale, et les philosophes politiques l'ont vue comme un éclaircissement vers l'aspiration d'Emmanuel Kant d'un gouvernement mondial et d'une paix perpétuelle en tant que modèle d'une future société civile globale »[18] ; mais d'autre part, la globalisation a déclenché un débat critique et pessimiste sur la possibilité de « nouveaux conflits autour de l'ethnicité et la religion », en faisant « emphase sur l'État, les frontières politiques et la sécurité », afin de montrer que « la globalisation entraîne aussi la globalisation de la violence, les conflits de faible intensité, la criminalité internationale et le trafic des personnes »[19]. C'est pourquoi, dans cette recherche il est important d'étudier *les enjeux du droit international à l'égard de la globalisation (I)* avant de parler du *besoin d'humaniser le droit international (II)*.

I. LES ENJEUX DU DROIT INTERNATIONAL À L'ÉGARD DE LA GLOBALISATION

L'une des premières difficultés à affronter par le droit international est l'impact de la globalisation sur ses acteurs. La deuxième difficulté, qui d'ailleurs a une relation par rapport aux acteurs, est la régulation du droit international car, les nouveaux défis du droit international sont les problèmes d'ordre global qui affectent l'humanité et pour lesquels la régulation du système international, en principe de nature interétatique, se montre assez insuffisante[20]. À cet égard, il est particulièrement important d'analyser le *développement d'une société civile globale (A)* en tant que nouvel acteur du droit international, dans le but de tenir en compte des problèmes d'ordre global ; de même qu'il est ainsi déterminant d'examiner les *dynamiques entre le droit international et le droit global (B)* afin de réussir une régulation harmonisée des relations normatives vis-à-vis les problèmes globaux de l'humanité.

---

[16] Ibid., p. 258.
[17] Bryan S. TURNER, « Theories of Globalization. Issues and Origins », *in* Bryan S. TURNER (Ed.), *The Routledge International Handbook of Globalization Studies*, London, New York, Routledge, 2010, p. 6.
[18] Ibidem.
[19] Ibidem, voir à cet égard, Samuel P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations*, Foreign Affairs, 1993, Vol. 72, No. 3, pp. 22 – 49 ; et Samuel P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilization and The Remaking of World Order*, New York, Simon & Schuster, 1996, pp. 183 – 186.
[20] Pierrick LE GOFF, *Global Law : A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization*, Op. Cit., pp. 130 – 133.

A. Le développement d'une société civile globale

À l'heure actuelle, on assiste au phénomène de l'émancipation de l'individu de l'État[21], mais plus précisément, à la participation des individus dans la régulation du droit international[22], soit en tant que représentants de l'État[23] soit en tant que membres de la société civile à travers les ONG[24]. Le rôle accompli par les ONG dans le développement d'une société civile globale qui participe à la création normative du droit international est de grande importance, dans la mesure où « elles sont censées d'agir dans une perspective non-nationale de ce qu'elles appellent l'intérêt commun des êtres humains (humanité) ou de l'environnement, plutôt que par les intérêts particuliers d'un certain pays »[25], donnant lieu à une sorte de *citoyenneté cosmopolite (1)* préoccupée plus pour les difficultés de l'humain que pour les difficultés des ressortissants et, que par la suite, commençant à nourrir consécutivement le chemin du *déplacement de l'État-nation vers la société civile globale (2)*.

1. La citoyenneté cosmopolite

La base pour le développement d'une société civile globale se trouve, comme l'exprime Müllerson, dans la démocratisation des États[26]. Cependant, le fait de démocratiser l'entité étatique amène l'analyse à deux tendances contradictoires, à savoir, l'homogénéisation et la fragmentation des cultures[27]. À cet égard, il existe actuellement un accord général sur l'origine de l'humanité et la diversité culturelle, coïncidant que l'homo sapiens a sa source commune en Afrique et que c'est au fil des millénaires, que les ancêtres se sont répandus dans le monde entier en créant divers groupes sociaux, tribus et communautés, parmi lesquelles quelques-unes sont devenues complètement isolées des autres, permettant la construction d'une diversité culturelle[28]. Ainsi, l'être humain n'est pas si différent, l'humanité n'est pas née différente, mais simplement, les êtres humains sont devenus progressivement et lentement différents par la distance et l'éloignement[29].

Cependant, dans l'ère postindustrielle où le phénomène des communications a réduit les distances et la manière de transférer les idées entre cultures[30], les sociétés d'aujourd'hui sont conscientes non seulement de coexister sur la même planète, mais de l'interaction et

---

[21] Gerhard HAFNER, *The emancipation of the individual from the state under international law*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2011, Vol. 358, pp. 352 – 368.
[22] Ibid., p. 352.
[23] Jeffrey RUBIN, « The Actors in Negotiation », *in* Victor KREMENYUK (Ed.), *International Negotiation : Analysis, Approaches, Issues*, San Francisco, Jossey-Bass, 2002, p. 107.
[24] William Michael REISMAN, *The Quest for World Order and Human Dignity in the Twenty-First Century : Constitutive Process and Individual Commitment*, Boston, Brill, 2012, p. 248 et Andrea BIANCHI, « The Fight for Inclusion : Non-State Actors and International Law », *in* Irich FASTENRATH, Rudolf GEIGER, Daniel-Erasmus KHAN, Andreas PAULUS, Sabine Von SCHORLEMER et Christoph VEDDER (Eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 48.
[25] Gerhard HAFNER, *The emancipation of the individual from the state under international law*, Op. Cit., p. 367.
[26] Rein MÜLLERSON, *Democracy Promotion : Institutions, International Law and Politics*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2008, Vol. 333, p. 154.
[27] Ibidem.
[28] Voir, Luigi Luca CALVALLI-SFORZA, *Genes, Peoples and Languages*, New York, Farrar, Straus & Giroux, 2000, p. 81 et 131.
[29] Rein MÜLLERSON, *Democracy Promotion : Institutions, International Law and Politics*, Op. Cit., p. 155.
[30] Adda Bruemmer BOZEMAN, *The Future of Law in a Multicultural World*, Princeton, Princeton University Press, 2015, pp. 3 – 33.

l'étroite influence entre les unes et les autres. Les êtres humains ont passé de vivre dans un village africain à vivre dans un village global, où ils en trouvent des ressemblances[31].

À partir de ces arguments, il est valable de penser que « l'humanité peut être en train de terminer un cycle complet : d'une seule communauté née quelque part en Afrique de l'Est, qu'à travers la prolifération et la diversification des communautés est arrivée à tous les continents, vers l'émergence d'une communauté de communautés qui devraient probablement, sur quelques aspects importants, devenir de plus en plus semblables aux autres »[32]. En d'autres mots, l'homo sapiens est arrivé, par le biais d'un processus de construction commune sociale, à la conformation d'une communauté de communautés et à l'établissement d'une citoyenneté cosmopolite, unie par des aspects importants, sur lesquels, graduellement, les dissimilitudes existantes dans les diverses sociétés ont commencé à être surmontées.

John Rawls, partage cette manière de réfléchir, lorsqu'il parle de la constitution d'une société de peuples « Society of Peoples » régie par une loi universelle qu'il appelle la loi des peuples « Law of Peoples ». D'après Rawls, le peuple (libéral et démocratique) est un acteur dans la société civile, tel que les citoyens sont acteurs dans le droit interne[33]. Le peuple, selon lui, a trois caractéristiques basiques, à savoir, un gouvernement raisonnable, juste, constitutionnel et démocratique qui serve à ses intérêts ; une citoyenneté unie par des sympathies communes ; et finalement, une morale naturelle[34].

Chez Rawls, les sympathies communes de ceux qui font partie de la société des peuples permettent la reconnaissance des principes politiques pour traiter, le moment venu, les cas plus difficiles de tous les citoyens qui ne sont pas unis par une langue commune et n'ont pas de souvenirs historiques partagés[35].

En d'autres termes, Rawls reconnaît que l'humanité, représentée par la société des peuples, est la manifestation d'une citoyenneté cosmopolite ou universelle qui doit désormais substituer l'État sur la scène internationale. Principalement, parce que « les peuples libéraux ont des intérêts fondamentaux tels que permis par leurs conceptions du droit et de la justice »[36]. Selon Rawls, les peuples libéraux cherchent à protéger leur territoire, à assurer la sécurité et la sécurité de leurs citoyens, ainsi qu'à préserver leurs institutions politiques libres, les libertés et la culture de leur société civile. Au-delà de leurs intérêts, un peuple libéral tente d'assurer une justice raisonnable pour tous ses citoyens et pour tous les peuples ; un peuple libéral peut vivre avec d'autres peuples de semblables caractéristiques dans le maintien de la justice et la préservation de la paix »[37].

Pour sa part, Yasuaki Onuma, considère que grâce aux activités économiques transnationales et aux flux migratoires qu'elles générèrent, le concept de nationalité monolithique, fondé sur le dualisme entre ressortissant et étranger, est devenu érodé[38].

---

[31] Rein MÜLLERSON, *Democracy Promotion : Institutions, International Law and Politics*, Op. Cit., p. 159.
[32] Ibid., p. 164.
[33] John RAWLS, *The Law of Peoples with The Ideas of Public Reason Revisited*, Op. Cit., p. 23.
[34] Ibidem.
[35] Ibid., pp. 24 et 25.
[36] Ibid., p. 29.
[37] Ibid., pp. 29 et 30.
[38] Yasuaki ONUMA, *International Law in a Transcivilizational World*, Cambridge University Press, 2017, p. 342.

Actuellement, les droits conférés au passé exclusivement aux ressortissants d'un État, commencent à être reconnus aux « membres permanents de la société, y compris l'étranger avec résidence permanente »[39]. On est alors face à une transformation conceptuelle et culturelle du concept de nationalité qui dépasse les limites territoriales des États, pour s'approfondir dans la protection des personnes qui font partie d'une société même si elles ne partagent pas la nationalité[40]. Il est à partir de cette sorte de réflexions qu'on peut croire à l'existence d'un véritable déplacement de l'État-nation vers la société civile globale.

2. Le déplacement de l'État-nation par la société civile globale

Il existe dans la société d'aujourd'hui un mécontentement par rapport à la structure du système juridique international ainsi que sur la conception occidentale sur laquelle le droit international a été construit à partir de l'État-nation et sa souveraineté. On reconnaît dans la souveraineté la capacité juridique depuis laquelle l'État-nation et le droit international interétatique trouvent leur existence. Cependant, « la souveraineté constitue une barrière infranchissable qui peut masquer les pires violations des droits sans qu'aucune action des États ou recours internationaux des individus ne soient acceptés »[41]. Selon Emmanuelle Jouannet, « en insistant trop sur les différentialismes des États souverains et le respect de leur nécessaire liberté, on omet donc de prendre en compte *juridiquement* la dimension universaliste du genre humain et le nécessaire [globalisation] de certains droits et de certains domaines du droit »[42].

Pour Sperduti, « la souveraineté étatique conçue comme pouvoir originaire exclut tout droit au-dessus de l'État, elle exclut donc que l'on puisse reconnaître au droit international une dignité propre de droit, c'est-à-dire la dignité d'ordre juridique qui se pose au-dessus des États et les lie dans leur conduite. La soumission de l'État à l'autorité du droit international est un aspect, certes important, d'un problème plus général : celui de l'assujettissement de l'État au droit »[43].

Ce regard vis-à-vis l'État-nation est partagé par Barroche. Pour lui, « les États-nations ont conduit au nationalisme, à la guerre puis au totalitarisme, la paix est conditionnée par leur dépassement »[44]. La figure de l'État-nation souverain et tout-puissant doit être dépassée pour reconceptualiser les fonctions sociales de l'entité étatique autour des peuples que la constituent. « L'État : cet appareil décidément anachronique à l'heure de la « complexité sociale », est désormais cantonné à la seule gestion de son dernier camp retranché, le « sous-système » politique, définitivement inapte à piloter la société »[45]. À l'heure actuelle, la question essentielle « n'est pas de savoir si la société demande ou non à être dirigée ; elle est de savoir comment, dans un monde d'individus, la société advient et se maintient »[46].

---

[39] Ibid., p. 347.
[40] Armando MONTANARI, *Human mobility, global chance and local development*, Belgeo, 2005, Nos. 1-2, pp. 7 – 18.
[41] Emmanuelle JOUANNET, *L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des États et de la communauté mondiale*, Archives de philosophie du droit, 2003, No. 47, p. 213.
[42] Ibidem.
[43] Giuseppe SPERDUTI, *Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1976, Vol. 153, pp. 371 y 372.
[44] Julien BARROCHE, *L'État contre lui-même. Penser l'État en Europe après le totalitarisme : la contribution du concept de subsidiarité*, Raisons politiques, 2013, No. 49, p. 154.
[45] Ibid., p. 157.
[46] Ibidem.

À cet égard, Habermas considère que la « prise de conscience » des êtres humains sur les questions et problèmes qui les attachent en tant que membres de l'humanité, fait « surgir la conscience qu'une solidarité cosmopolitique est absolument nécessaire dans la société civile » pour faire comprendre aux êtres humains qu'ils sont, eux-mêmes, « les acteurs capables d'agir à l'échelle de la planète ». Qu' « il ne faut pas attendre que les élites gouvernementales opèrent un tel changement de perspective, qui consiste à passer des « relations internationales » à la mise en place d'une politique intérieure à l'échelle de la planète »[47].

Pour sa part, Yasuaki Onuma, propose pour résoudre l'actuel mécontentement par rapport au droit international et sa soumission à l'État-nation d'origine occidentale, que « le droit international soit vu, interprété et construit depuis une perspective trans-civilisationnelle afin d'être en mesure de répondre aux désirs, souhaits, attentes et aspirations d'un nombre beaucoup plus grand de personnes non-occidentales, qui ont été généralement ignorées »[48]. Autrement dit, que le droit international soit capable d'interpréter et comprendre depuis une vision plus ample et globale, non simplement occidentale, les problèmes juridiques qui affectent à tous les membres de la société civile globale.

Pour le professeur Onuma, il y a besoin de réinterpréter le droit international afin que ses normes aient une validité universelle avec le plus haut degré de légitimité. Dans une société civile globale, constituée par une citoyenneté cosmopolitique, la validité des normes internationales dépend de leur acceptation par tous les acteurs sociaux, y compris les non-étatiques ainsi que pour ceux qui appartiennent à différentes cultures et civilisations[49]. Le déplacement progressif de l'État-nation par la société civile globale est une question réelle et désormais, « les règles et principes du droit international général [doivent avoir] une légitimité non seulement internationale mais aussi transnationale et trans-civilisationnelle »[50].

Aujourd'hui, le processus de création normative internationale en plus de la participation des organes des États, comment à assister à la participation des organisations internationales, des entreprises multinationales, des ONG, des minorités, des peuples autochtones, des institutions médiatiques, ainsi que des individus. Afin que les normes globales réussissent le degré de légitimité le plus ample possible, elles doivent tenir en compte, à travers une dynamique dialogique entre le droit local et le droit global, les besoins de tous les acteurs du droit international, essentiellement des individus et des peuples, et non pas exclusivement les besoins des États-nations. En fin de compte, « la [globalisation] nous invite dès lors à réfléchir de façon plus pressante encore l'ordre juridique international et la notion de communauté humaine mondiale »[51].

---

[47] Jürgen HABERMAS, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, Paris, Pluriel, 2013, pp. 37 et 38.
[48] Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law : Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2009, Vol. 342, p. 95.
[49] Ibid., p. 239.
[50] Ibidem.
[51] Emmanuelle JOUANNET, *L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des États et de la communauté mondiale*, Op. Cit., p. 212.

B. Les dynamiques entre le droit international et le droit global

L'arrivée de la globalisation a changé les relations entre le droit étatique et le droit international. La globalisation a changé la position juridique des États-nations à l'égard de l'interprétation et la solution des problèmes juridiques sociales, en mettant en évidence les limitations conceptuelles de la souveraineté des États à l'heure de résoudre les difficultés des êtres humains qui dépassent les frontières étatiques. Il s'avère ainsi indispensable la consécration d'*un assujettissement du droit international au droit global de l'humanité (2)*, dans le but de parvenir à ce que tout *le droit soit au service des problèmes globaux (1)*.

1. Le droit au service des problèmes globaux

Le droit est conçu comme un mécanisme humain crée avec l'objectif de résoudre les problèmes des membres de la société. Cependant, la question contemporaine fixe l'attention sur le type de société actuelle que doit régler le droit, plus encore, quand « en raison des pressions démographiques [...], des expansions dans les moyens de communication et de transport, ainsi que certains autres développements, le monde devient de plus en plus petit ; au point que, on peut bientôt, sinon encore, vivre dans le même village global »[52].

Bien qu'historiquement « le droit [ait] eu pour *fin* l'humanité » [53], aujourd'hui le droit, y compris, le droit international, doit veiller à régler une société avec une humanité plus complexe et dynamique. Selon Mohammed Bedjaoui, « il est certes exact que le droit, qui est obligé de manier des concepts généraux, est conduit à « gommer » les aspérités de la réalité, et doit de ce fait se situer à un minimum inévitable d'abstraction. Mais il n'est pour cela ni théorique ni magique »[54]. Le droit en tant que « phénomène juridique ne s'explique pas en soi, par soi et pour soi, mais par le système politique et socio-économique global auquel il s'intègre et auquel il est fatalement lié par des rapports d'interaction »[55].

Nonobstant, ces rapports d'interaction ne se donnent pas toujours dans un cadre d'égalité. « Les égoïsmes d'États règnent encore trop »[56]. On assiste à la conformation d'une idée de communauté humaine unie autour de la solidarité de l'humanité, « lorsque existent en son sein des îlots de prospérité dans un océan de misère »[57], et dans laquelle un « État estime y être investi d'une mission particulière pour parer à des dangers que d'autres ne voient pas, s'il considère qu'il doit s'impliquer dans tous les affaires du monde, qu'il a droit à être traité différemment des autres et enfin qu'il peut marginaliser, si cela lui paraît nécessaire, le rôle des institutions internationales »[58]. On est, en définitive, dans un moment historique où le droit paraît avoir perdu son horizon, ainsi qu'avoir oublié sa raison d'être.

---

[52] Rein MÜLLERSON, *Democracy Promotion : Institutions, International Law and Politics*, Op. Cit., p. 155.
[53] « Dans la pensée stoïcienne, à Rome, puis, ensuite, chez Victoria, Suarez ou Grotius, les *jus gentium* s'apparente déjà à un droit du genre humain ». Catherine LE BRIS, *Le projet de déclaration universelle des droits de l'humanité de 2015 : implications et perspectives juridiques*, Revue des droits de l'homme, 2016, No. 10, § 3, Disponible [En ligne] : https://journals.openedition.org/revdh/2214 (29 septembre 2018).
[54] Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (II)*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2006, Vol. 325, p. 388.
[55] Ibidem.
[56] Otfried NIPPOLD, *Le développent historique du droit international depuis le Congrès de Vienne*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1924, Vol 002, p. 113.
[57] Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (II)*, Op. Cit., p. 512.
[58] Ibid., p. 513.

Par chance, l'histoire de l'humanité n'a pas fini et celle du droit non plus. Les êtres humains ont la capacité de transformer la réalité et de trouver l'espoir dans le chaos. Il est en ainsi qu'on espère que les humains d'une réalité inquiétante, où les problèmes globaux sont de plus en plus présents, trouvent sagement des solutions de droit. Autrement, on n'imagine pas comment résoudre les instabilités démocratiques dans des nombreux États, le vieillissement de la population, l'augmentation globale et exponentielle du VIH, les risques de l'utilisation de l'énergie atomique, le stockage de déchets, la garantie des droits des enfants, le changement climatique, la sécurité alimentaire, la promotion et la protection du droit à la santé des milliers des personnes, la promotion et le respect des droits de l'homme, l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, la promotion et l'accès à la justice, la garantie de la paix et la sécurité globales, la protection des réfugiés et l'accès à l'eau[59].

Le droit d'aujourd'hui, doit répondre alors, aux défis économiques et sociaux de tous, à travers « d'un développement véritablement mondial et d'une coopération « gagnant-gagnant » dont tous les pays et toutes les régions du monde pourront retirer des avantages considérables »[60], et dont « personne ne doit être laissé pour compte »[61]. Le droit actuel, a l'obligation de « favoriser l'entente entre les cultures, la tolérance, le respect mutuel et une éthique de citoyenneté mondiale et de responsabilité partagée » de tous les membres de la communauté humaine globale[62]. En somme, être au service des problèmes majeurs de l'espèce humaine.

On ne doit pas méconnaître que l'on est en train de voir une transformation de la réalité. « La conscience sur la nécessité de satisfaire les besoins fondamentaux de tous les êtres humains a conduit à la reconnaissance de la légitimité sur la préoccupation de l'ensemble de la communauté internationale par la situation et les conditions de vie des êtres humains, à partir d'une perspective nécessairement humaniste »[63]. L'assujettissement du droit international au droit global est nécessaire pour avoir un droit au service des problèmes globaux de l'humanité.

2. L'assujettissement du droit international au droit global de l'humanité

Il est certes que « d'un monde ingouvernable, l'homme est capable de faire un monde solidaire. *Tout nous enseigne la solidarité humaine*, depuis l'environnement, le climat et

---

[59] Voir, UN. GENERAL ASSEMBLY, *Transforming our world : the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/70/L.I, 21 October 2015, §§ 7 – 9. Voir également, les 17 objectifs de développement durable des Nations Unies, proposés dans le but d'aider à résoudre les principaux problèmes globaux de l'humanité, à savoir : pas de pauvreté, faim « zéro », bonne santé et bien-être, éducation de qualité, égalité entre les sexes, eau propre et assainissement, énergie propre et d'un côté abordable, travail décent et croissance économique, industrie, innovation et infrastructure, inégalités réduites, villes et communautés durables, consommation et production responsables, mesures relatives à la lutte contre les changements climatiques, vie aquatique, paix, justice et institutions efficaces, et partenariats pour la réalisation des objectifs. UN. GENERAL ASSEMBLY, *The Sustainable Development Goals Report 2018*, New York, 2018, Disponible [En ligne] : https://unstats.un.org/sdgs/files/report/2018/TheSustainableDevelopmentGoalsReport2018.pdf (29 septembre 2018).

[60] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Transforming our World : the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Op. Cit., § 18.

[61] Ibid., § 26.

[62] Ibid., § 36.

[63] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Boston, Martinus Nijhoff, 2013, p. 597.

l'écologie jusqu'à l'économie »[64]. Il s'agit, comme le propose ainsi Mohammed Bedjaoui, « de réapprendre vite cela, pour une nouvelle éthique de la solidarité humaine à l'âge de tous les dangers. La lente, trop lente avancée des droits de l'homme vers l'universalisation rend nécessaire l'adoption d'une *Charte internationale de solidarité humaine* rétablissant des consensus minimaux entre tous les hommes autour de la paix, du développement et de la protection de l'environnement »[65].

Les idées de solidarité humaine ainsi que d'un droit pour l'humanité ont été présentes dans la pensée de plusieurs auteurs. Par exemple, pour Habermas, « l'idée que les sociétés sont capables de réussir l'autocontrôle et l'autoréalisation jusqu'au présent a été réalisée de manière crédible uniquement dans le contexte de l'État-nation »[66]. Cependant, dans l'ère de la globalisation, il y a une « pression de dénationalisation », « les sociétés constituées en tant qu'États-nations s'ouvrent à une société mondiale économiquement conduite »[67]. Il faut comprendre que « l'autodétermination démocratique ne peut venir que si la population des États se transforme en une nation de citoyens qui prennent leur destin politique entre les mains »[68].

Pour Yasuaki Onuma, « si le droit international est la loi de la société internationale, il devrait changer en fonction du changement des désirs humains, des attentes, l'émotion et la poursuite des intérêts et des valeurs de la société internationale »[69]. Tout cela, « si on tient en compte que la société internationale composée par des États est en train de changer pour une société mondiale ou une communauté de l'humanité »[70].

Cette manière de réfléchir est partagée récemment par Catherine Le Bris, qui observe comment « les découvertes technologiques confirment le sentiment d'appartenance au genre humain »[71] ; un sentiment humain généralisé d'unanimité par lequel la Terre est désormais perçue comme une unité, les astronautes sont vus comme les envoyés de l'humanité, les activités spatiales sont qualifiées d'apanage de l'humanité tout entière, et la Lune ainsi que les corps célestes sont considérés appartenir au patrimoine commun de l'humanité[72].

Il y a tout un langage d'union par rapport à l'humain et l'humanité qui commence à déterminer la réalité juridique internationale et à laquelle le droit international doit répondre efficacement s'il ne veut pas entrer dans la désuétude. D'après Suzy Halimi, la globalisation a généré un changement de perspective fondée sur la diversité qu'entoure l'humain, entrainant la naissance d'un nouvel humanisme grâce auquel l'être humain doit être compris « dans son ensemble, dans sa complexité, en intégrant ses aspects contradictoires, tant d'*homo sapiens*

---

[64] Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (II)*, Op. Cit., p. 517.
[65] Ibidem.
[66] Jürgen HABERMAS, *The Postnational Constellation : Political Essays*, Cambridge, The MIT Press, 2001, p. 61.
[67] Ibidem.
[68] Ibid., p. 64.
[69] Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law : Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, Op. Cit., p. 101.
[70] Ibidem.
[71] Catherine LE BRIS, *Le projet de déclaration universelle des droits de l'humanité de 2015 : implications et perspectives juridiques*, Op. Cit., § 3.
[72] Ibidem.

que d'*homo démens* »[73]. De même, comme il est affirmé par Olivier De Frouville, « le principe de respect de la diversité culturelle, plutôt que de servir de caution au relativisme culturel, a-t-il été construit en droit international comme un outil visant à « mieux comprendre » et appliquer le principe d'universalité des droits de l'homme »[74].

Par exemple, la mise en place d'un projet de « déclaration universelle des droits de l'humanité » répond à ce nouvel humanisme, à la nouvelle façon de représenter la réalité humaine, en orientant le droit international vers une sorte de droit global pour l'humanité. Le projet de déclaration propose une normativité à laquelle le droit international doit s'assujettir. D'abord, sont proclamés six droits de l'humanité (le droit à l'environnement, le droit au développement, le droit au patrimoine commun et mondial, le droit aux bien communs, le droit à la paix et le droit au libre choix de son destin) ; ils sont suivis par six devoirs à l'égard de l'humanité (le devoir de respecter les droits de l'humanité, le devoir de préserver le patrimoine et ressources écologiques, le devoir de préserver les équilibres climatiques, le devoir d'orienter le progrès scientifique et technique, le devoir de promotion d'un développement humain et durable, et le devoir d'assurer l'effectivité des normes de la Déclaration) ; et enfin, ils sont accompagnés de quatre principes recteurs qui dirigent ces droits et devoirs (le principe de responsabilité, d'équité et de solidarité, le principe de dignité de l'humanité, le principe de continuité de l'existence de l'humanité, le principe de non-discrimination temporelle)[75].

Le droit est un moyen utile, voire essentiel, de gouvernance et d'administration qu'il faut adapter aux réalités. La « société internationale sans droit international serait un monde où la vie quotidienne de l'humanité telle que nous la connaissons serait impossible, parce que les activités par lesquelles la vie quotidienne des gens est menée, comme le commerce mondial, le transport, le financement et la diffusion de l'information sont tous gérés conformément au droit international »[76]. On doit alors faire que le droit international s'adapte à ce nouvel humanisme, et fasse siens, par exemple, les propos du projet de la déclaration universelle des droits de l'humanité précités. En bref, on a besoin d'humaniser le droit international et qu'il se trouve en accord à la réalité globale qu'il doit régler.

II. LE BESOIN D'HUMANISER LE DROIT INTERNATIONAL

La globalisation a créé pour le droit international le défi soit de claudiquer face aux exigences juridiques du monde globalisé et de se voir remplacé par le droit global, soit d'évoluer vers l'humanisation pour s'adapter aux exigences du monde globalisé, et survivre. La claudication n'est pas une option, le droit international doit subsister et faire face aux

---

[73] Suzy HALIMI, *A new humanism? Heritage and future prospects*, International Review of Education, 2014, Vol 60, Issue 3, p. 316.

[74] Olivier DE FROUVILLE, « Justifier le droit international, défendre le cosmopolitisme », *in Réciprocité et universalité : sources et régimes du droit international des droits de l'homme : Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux*, Paris, Pedone, 2017, p. 1171.

[75] Voir, Corine LEPAGE et Équipe de rédaction, *Déclaration universelle des droits de l'humanité, rapport à l'attention de Monsieur le Président de la République*, 25 septembre 2015, pp. 18 – 20, Disponible [En ligne] : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000687.pdf (29 septembre 2018).

[76] Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law : Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, Op. Cit., p. 103.

demandes de l'actuelle communauté humaine globale. L'évolution humaniste, pour sa part, plus qu'un propos est un impératif. Le droit international dans son défi de devenir humaniste, doit non pas seulement *revendiquer les intérêts de l'humanité (A)*, mais voir que désormais c'est *l'humanité précisément le point de départ du droit international humaniste (B)*.

A. La revendication des intérêts de l'humanité

Au début du XXème siècle, le professeur à l'Université de Berne, Otfried Nippold, se questionnait sur les problèmes de l'organisation internationale et l'avenir du droit des gens. Il exprimait qu' « on a fondé trop souvent le droit international sur la politique, et trop peu sur la morale »[77] ; voyant dans la morale ou plutôt dans la *recta ratio* de Grotius, une sorte de salut pour l'ordre juridique international, au point de croire que « le droit des gens ne [devait] pas tomber dans ce travers, mais il [devait] se mettre davantage en harmonie avec la morale »[78].

Aujourd'hui, au cours du XXIème siècle et tel que le formule Catherine Le Bris, le droit de gens conçu chez Vitoria, Suarez ou Grotius, est un « droit commun de la société universelle des hommes »[79], qui s'apparente déjà à un droit du genre humain, et qui a permis de comprendre que « la morale s'est révélée insuffisante pour protéger le genre humain de lui-même, [et] que l'humanité est devenue un *objet* du droit positif »[80]. Ce qui, outre de laisser en évidence *l'incapacité de l'État-nation pour protéger tout seul l'humanité (1)*, demande aussi *la transformation nécessaire de l'État-nation (2)* pour faire face à la réalité du monde global.

1. L'incapacité de l'État-nation pour protéger tout seul l'humanité

Avant de parler sur la question de l'incapacité de l'État-nation pour régler de manière exclusive les affaires de l'humanité, il faut préciser, appuyé sur la pensée de Marcel Sibert, que l'État-nation au sens du droit international peut se définir en tant qu' « une réunion permanente et indépendante d'hommes dans les limites d'un certain territoire, sous une autorité suprême apte à entretenir, en leur nom et sur la base du droit, des relations avec des groupes similaires »[81]. L'État-nation acquiert ainsi par cette autorité suprême une volonté juridique en tant que sujet de droit. Cependant, tel qu'il est révélé par Léon Duguit, l'entité étatique qui n'est rien d'autre qu'un groupement de personnes physiques, finit par être, au moins dans la sphère du devoir-être, « la volonté d'individus humains »[82].

On pourrait croire, à partir de ce postulat, que les manifestations de la volonté étatique seraient les manifestations de la volonté des individus et que, dans tous les cas, l'action des États correspondrait aux désirs des humains qu'ils représentent ou qui se trouvent soumis à leur juridiction. Mais la réalité, c'est que les États-nations, à travers la volonté étatique,

---

[77] Otfried NIPPOLD, *Le développent historique du droit international depuis le Congrès de Vienne*, Op Cit., p. 100.
[78] Ibidem.
[79] Antonio TRUYOL Y SERRA, *Théorie du droit international public : cours général*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1981, Vol 173, p. 34.
[80] Catherine LE BRIS, *Le projet de déclaration universelle des droits de l'humanité de 2015 : implications et perspectives juridiques*, Op. Cit., § 3.
[81] Marcel SIBERT, *Droit international public. Le droit de la paix*, Paris, Dalloz, 1951, t. I, pp. 99.
[82] Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Éditions De Boccard, 1927, t. I, p. 34.

représentent plus la volonté des gouvernants que des individus. Les États-nations n'accomplissent pleinement les obligations auxquelles ils sont liés d'après la Charte de Nations Unies en matière de bien-être de leurs populations et vis-à-vis de la communauté internationale ; celui-là n'est pas étrange pour personne[83].

D'après Ulrich Beck, « il faut donc surtout reconnaître que des abstractions traditionnelles comme la « politique intérieure » ou la « politique extérieure », ou la « société » et l' « État » sont de plus en plus inadaptées pour parvenir à une analyse satisfaisante des défis liés à la [globalisation] et au nouvel art de « gouverner sans frontières »[84]. C'est pourquoi les actes de l'État-nation dans l'ère de la globalisation, lorsqu'il agit par le biais de sa souveraineté, sont perçus comme l'exercice d' « un gouvernement tyrannique qui viole les droits de l'homme ou la manifestation de dirigeants incompétents qui faillent à leur population sur beaucoup d'autres aspects »[85].

La méfiance généralisée vis-à-vis des capacités des États-nations a focalisé l'attention de la communauté internationale vers des solutions d'ordre collectif pour les problèmes actuels de l'humanité. En d'autres termes, vu que les États-nations sont dépourvus des capacités techniques, économiques, et parfois même de la volonté d'agir, la communauté internationale a conclu que pour la solution de problèmes d'ordre universel, il faut la mise en place de mécanismes de caractère aussi universels. À titre d'exemple, on peut citer le mécanisme du principe de responsabilité de protéger ou la R2P[86], à travers lequel, en cas de défaillance de l'État-nation, sa souveraineté et sa volonté se trouveraient limitées en vertu de la sécurité collective de l'humanité. Ainsi, « la communauté internationale serait immédiatement chargée de se substituer à l'État défaillant et d'assumer ses obligations afin de mettre en place les moyens requis pour assumer la protection nécessaire au nom d'une obligation internationale de protection »[87].

Bien que ce mécanisme soit né avec un objet de protection assez restreint, protéger les populations « du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité »[88], son progressif élargissement à de nouveaux champs d'application tels que les catastrophes naturelles[89], montre bien que dans un monde globalisé les États-nations sont de plus en plus incapables de régler les affaires des individus et de l'humanité, et que désormais, on est en train de passer de la responsabilité de l'État-nation à la responsabilité collective de la communauté internationale[90].

D'autre part, l'initiative française de présenter au forum international un projet de Déclaration universelle des droits de l'humanité, précité, fondé sur l'idée que l'humanité

---

[83] Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (I)*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2006, Vol. 324, p. 463.
[84] Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Aubier, 2003, pp. 106 et 107.
[85] José E. ÁLVAREZ, « State Sovereignty is Not Withering Away », *in* Antonio CASSESE (Ed.), Realizing Utopia. The Future of International Law, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 28.
[86] Voir, ICISS, *The responsibility to protect*, Ottawa, IDRC, 2001 ; et UN. GENERAL ASSEMBLY, *2005 World Summit Outcome*, A/RES/60/1, 2005.
[87] Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (I)*, Op. Cit., p. 463.
[88] UN. GENERAL ASSEMBLY, *2005 World Summit Outcome*, Op. Cit., § 138.
[89] Samia AGGAR, « *La responsabilité de protéger : un nouveau concept ?* », Thèse, Bordeaux, Université de Bordeaux, 2016, p. 559.
[90] Maria Rita MAZZANTI, *From state sovereignty to responsibility to protect*, Thèse, Institut d'études politiques de Paris, Lille, Atelier national de reproduction de thèses, 2013, pp. 88 – 90.

répond à « une notion globale dans l'espace mais aussi dans le temps »[91] qui écarte, par corollaire, « le temps immobile de l'État au profit du temps évolutif des besoins humains et repousse les frontières en prétendant à l'universalité »[92], est un autre exemple de la recherche des mécanismes pour arriver à la protection générale voire intégrale de l'humanité. Dans ce contexte, paraissent pertinents un plus de diagnostic sur les incapacités contemporaines de l'État-nation, l'étude rationnelle de l'avenir de l'entité étatique ainsi que la transformation nécessaire qu'elle doit contenir afin de corriger son obsolescence et de prévenir sa disparition.

2. La transformation nécessaire de l'État-nation

Il est certes que dès le Moyen Âge le monde juridique a été conçu autour de l'État-nation[93], que les institutions juridiques nationales se trouvent créées par les orientations et les besoins identifiés depuis la structure étatique, le droit international interétatique ainsi que le droit communautaire ont eu leur naissance à partir de la volonté de l'entité étatique ; mais il est certes aussi que l'État-nation est une fiction humaine susceptible d'évolution ou disparition en accord aux transformations de la pensée des êtres humains. Le droit et ses institutions sont une création humaine au service des êtres humains. Les institutions juridiques sont donc au service de l'être humain depuis une conception individuelle, que de l'humanité depuis une conception collective de l'individu en tant qu'être social.

Par rapport à l'institution juridique dénommée État-nation, on peut dire, en suivant à Sadok Belaid, qu'elle répond comme construction humaine, à « l'expression politique et juridique d'une réalité socio-politique et culturelle »[94]. L'État-nation est, « le socle solide d'une identité collective (nationalité) suffisamment pérenne pour pouvoir garantir, à la fois, la cohésion et l'autonomie de décision et d'organisation politique interne minimal »[95]. Cependant, la réalité sur laquelle a été consolidé l'État-nation a changé, et par conséquent le postulat de nationalité a été remis en question. En effet, comme le dit Carrillo-Salcedo, « le fondement « national » s'est révélé fragile et sujet à toutes les atteintes et à toutes les contestations, au point qu'il [semble] incontestable que les États-nations sont aujourd'hui menacés d'émiettement »[96].

L'affaiblissement de l'État-nation a une corrélation avec les changements sociaux produits par la globalisation. Dans l'ère de la globalisation, le manque de communication entre les actions étatiques et les besoins des êtres humains accentue la déconnexion entre l'État-nation et la réalité. La transformation de l'État-nation vers une entité de sorte administrative, exécutive et réalisatrice des politiques publiques d'ordre universelle s'avère nécessaire. On ne croit pas que la seule issue pour l'affaiblissement de l'État-nation soit sa destruction. À vrai dire, « si les changements [produits par la globalisation] sont manifestes, et si, à certains

---

[91] René-Jean DUPUY, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica, 1986, p. 169.
[92] Catherine LE BRIS, *Le projet de déclaration universelle des droits de l'humanité de 2015 : implications et perspectives juridiques*, Op. Cit., § 5.
[93] Georges ABI-SAAB, *Cours général de droit international public*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1987, Vol. 207, pp. 49 – 51.
[94] Sadok BELAID, « Rapport de synthèse », *in* Rafâa BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI (Dir.), *Les nouveaux aspects du droit international*, Rencontres internationales de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Paris, Pedone, 1994, p. 283.
[95] Ibidem.
[96] Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, *Droit international et souveraineté des États*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1996, Vol. 257, p. 54.

égards, ils impriment des orientations nouvelles à l'ordre juridique international, il subsiste un important facteur de continuité, à savoir la présence de l'État »[97].

Pour l'instant, la survie de l'État continue à être nécessaire. Néanmoins, elle doit s'accompagner d'un changement de structure, consistant en la mutation du rôle de puissance au rôle d'exécuteur. Selon Christian Dominicé, l'État doit avoir « une transformation de son rôle qui est de moins en moins de décider, mais plutôt de participer à l'élaboration des décisions, et qui se prolonge ensuite dans la responsabilité de mettre en œuvre » les directives données par la communauté humaine globale[98]. C'est ainsi qu'on envisage l'avenir proche de l'État comme l'un des sujets normatifs –parmi d'autres– de l'ordre juridique international.

L'État dans son nouveau rôle, doit veiller pour la concrétisation des droits de l'homme et des droits de l'humanité. L'État doit laisser de côté les intérêts purement étatiques pour se plonger dans les affaires qui incombent à toute l'humanité. L'État ainsi conçu devient un récepteur politique et normatif à travers lequel la communauté humaine globale fait prévaloir ses intérêts et grâce auquel les raisons d'État sont abandonnées pour l'application de ce qu'appelle Cançado Trindade, des « considérations fondamentales d'humanité »[99].

En 1972, Paul De Visscher, dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye, affirmait que la « révolte des consciences devant les horreurs de la guerre et la brusque irruption sur la scène internationale des nations sous-développées et des anciens peuples colonisés » ont contribué à modifier progressivement les mentalités en faveur du *ius cogens*[100], ainsi que pour « exiger que des barrières objectives, directement inspirées par les idées d'humanité, de justice et de solidarité, soient dressées contre l'omnipotence de la raison d'État sur le plan interne et contre l'omnipotence des volontés communes sur le plan international »[101].

Presque un demi-siècle plus tard, les mots de De Visscher résonnent par leur actualité. La transformation de l'État-nation en un outil d'exécution des normes et des politiques au bénéfice de l'humanité, demandée par la communauté humaine globale, au nom des générations actuelles et futures, est une barrière objective dirigée à stopper l'omnipotence de la raison d'État. Cette transformation de la perspective des fonctions étatiques, répond au but de faire primer dans l'ordre juridique international l'humanité comme point de départ du nouveau droit international humaniste.

B. L'humanité comme point de départ du droit international humaniste

---

[97] Christian DOMINICÉ, *La société internationale à la recherche de son équilibre*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2015, Vol. 370, p. 31.
[98] Ibid., p. 32.
[99] D'après Cançado Trindade, les *basic considerations of humanity* sont la première étape à accomplir pour retourner l'être humain et l'humanité à la position centrale du droit international, ainsi que le mécanisme pour permettre que ce droit puisse faire face aux défis contemporains. Voir, Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium (II)*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2005, Vol. 317, p. 26.
[100] Paul DE VISSCHER, *Cours général de droit international public*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1972, Vol. 136, p. 103.
[101] Ibidem.

Les deux dernières décennies pour le droit international ont été cruciales, il y a eu un accroissement des conflits armés, une augmentation des violations des droits de l'homme motivées par la mobilisation humaine, le nombre de délits transnationaux tels que la traite des personnes et l'exploitation sexuelle qui se sont relevés, les catastrophes naturelles produites par le changement climatique qui sont à l'heure du jour, ainsi que les conflits pour l'exploitation de ressources naturelles. Les besoins de protection de l'être humain augmentent et par l'interconnexion existante entre eux, ils se déplacent au concept commun d'humanité. C'est pourquoi actuellement on peut considérer que *le droit international est déterminé par les besoins de l'humanité (1)* et qu'on est devant un changement social où *l'humanisation est une condition requise du droit international (2)*.

1. Le droit international déterminé par les besoins de l'humanité

L'humanisation du droit international est, comme l'exprime si bien Cançado Trindade, « la tâche à accomplir pour les nouvelles générations d'internationalistes »[102]. Cette phrase ne peut pas être plus en consonance avec la réalité contemporaine. L'histoire a montré que c'est dans les moments calamiteux et de crise profonde, comme ceux qu'on vit aujourd'hui, que des avancées qualitatives ont été réalisées dans le monde[103]. Il est certes que les crises aident à la consécution de grandes et nouvelles solutions.

En ce qui concerne le droit international, « les horreurs de la IIème guerre mondiale n'ont pas empêché l'émergence et la croissance du droit international des droits de l'homme. Les horreurs des génocides contemporains n'ont pas empêché le progrès du droit international pénal ni la mise en place d'une juridiction internationale pénale. Les abus fréquents et successifs contre les êtres humains dans différentes latitudes n'ont pas empêché la construction et l'expansion de la vaste et l'importante jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, une jurisprudence d'émancipation des êtres humains à l'égard de leurs propres États. Malgré le retour des atrocités au cours des dernières décennies, la conscience humaine a réagi en favorisant le processus actuel d'humanisation du droit international. Les considérations fondamentales d'humanité, qu'imprègne aujourd'hui l'ensemble de son *corpus juris*, constituent encore sur la voie des indications supplémentaires à suivre »[104].

À cet égard, il est important de signaler l'évolution du droit international par rapport aux obligations étatiques et comment celle-ci a nourri le chemin pour la satisfaction des besoins de l'humanité. Le droit international classique en partant des relations bilatérales sur lesquelles il s'est fondé, supposait que toute obligation étatique avait un droit subjectif correspondant. Pour James Crawford, il a été en partie pour cette raison que le droit international a eu du mal à développer une notion de « public interest standing » (intérêt

---

[102] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium (II)*, Op. Cit., p. 27.

[103] Voir sur ce sujet, comment « les événements calamiteux et les atrocités ont toujours conduit au développement du droit international humanitaire. Entre plus offensive et douloureuse a été la souffrance, plus forte est la pression pour l'ajustement du droit ». Theodor MERON, *International Law in the Age of Human Rights,* Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2003, Vol. 301, p. 25.

[104] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 400.

public) dans des domaines où le droit n'a pas pour objet la création de droits et d'obligations synallagmatiques[105].

Cependant, cette manière de concevoir les obligations étatiques s'est mise à l'écart lorsqu'elles s'appliquent aux droits de l'homme contemporains, aux normes humanitaires et à d'autres domaines avec une forte composante d'obligations *erga omnes*[106]. En effet, « la jurisprudence qui s'est établie autour des conventions américaine et européenne des droits de l'homme, reflète dans ces conventions l'existence d'obligations objectives, dont leur méconnaissance constitue une violation de l'ordre public international, opposée aux obligations bilatérales, dont leur infraction constitue la violation des droits subjectifs de certains États »[107].

La Cour EDH, par exemple, a eu du bien à préciser qu' « à la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une « garantie collective » »[108]. La Cour a rappelé aussi que la Convention a une nature « constitutionnelle »[109], en tant qu'instrument d' « ordre public *européen* pour la protection des êtres humains »[110].

La Cour IDH, pour sa part, a exprimé dès ses premiers arrêts, que « la Convention [américaine], ainsi que d'autres traités relatifs aux droits de l'homme, s'inspirent de valeurs communes plus élevées (axées sur la protection de l'être humain), que ces traités sont dotés de mécanismes de contrôle spécifiques, qu'ils sont conformes à la notion de garantie collective, consacrant des obligations de caractère essentiellement objectif, et qu'ils ont une nature spéciale, ce qui les différencie des autres traités, que réglementent exclusivement les intérêts réciproques entre États parties »[111].

Les traités modernes en général mais en particulier ceux relatifs aux droits de l'homme, « ne sont pas des traités multilatéraux de type traditionnel conclus pour accomplir l'échange réciproque des droits, pour le bénéfice mutuel des États contractants »[112]. Cette sorte de traités a des objets et des buts différents, dirigés vers la protection des droits fondamentaux des êtres humains, indépendamment de leur nationalité, tant devant de leur propre État que devant des autres États[113]. Dans son arrêt *Barcelona Traction*, la Cour internationale de justice

---

[105] James CRAWFORD, « The Standing of State : A Critique of Article 40 of the ILC's Draft Articles on State Responsibility », *in* Mads ANDENAS (Ed.), *Judicial Review in international Perspective : Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000, Vol. II, p. 24.
[106] Theodor MERON, *International Law in the Age of Human Rights,* Op. Cit., p. 250.
[107] Ibid., p. 251.
[108] COUR EDH, *Affaire Irlande Vs. Royaume-Uni*, Requête n° 5310/71, 18 janvier 1978, § 239.
[109] COUR EDH, *Affaire Al-Dulimi et Montana Management Inc. Vs. Suisse*, Requête n° 5809/08, 21 juin 2016, § 145.
[110] COUR EDH, *Affaire, Banković et autres Vs. Bélgique et autres*, Requête n° 52207/99, 12 décembre 2001, § 80.
[111] COUR IDH, *Affaire Massacre de Mapiripán Vs. Colombie,* Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 134, 15 septembre 2005, § 104.
[112] COUR IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre derechos humanos*, Avis consultatif OC-2/82, 24 septembre 1982, § 29.
[113] Ibidem.

soulignait aussi de manière générale en droit international l'existence de deux catégories d'obligations, réciproques et *erga omnes*, à la charge des États[114].

Le champ des obligations objectives s'est étendu pour répondre aux besoins actuels de l'être humain, mais plus spécifiquement aux besoins de la communauté à laquelle il appartient par sa « nature humaine » et son appartenance au « genre humain »[115]. C'est pourquoi le message présenté à travers la proposition d'une Déclaration universelle des droits de l'humanité montre bien l'esprit d'un nouveau courant du droit international fondé sur les obligations objectives et focalisé vers les besoins de l'humanité.

D'après Alix Ottou et Marion Doris, l'essence de la « Déclaration prend racine dans le fait qu'aujourd'hui l'humanité serait face à un péril majeur et sans précédents »[116]. Le propre préambule de la Déclaration rappelle que « l'humanité et la nature sont en péril et qu'en particulier les effets néfastes des changements climatiques, l'accélération de la perte de la biodiversité, la dégradation des terres et des océans, constituent autant de violations des droits fondamentaux des êtres humains et une menace vitale pour les générations présentes et futures »[117].

Le préambule rappelle, également, que la Déclaration est attachée aux principes et droits reconnus dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, y compris à l'égalité entre les femmes et les hommes, aux buts et principes de la Charte des Nations Unies[118], ainsi qu'à d'autres instruments du droit international où les droits de l'humanité sont présents : la Déclaration sur l'environnement de Stockholm de 1972, la Charte mondiale de la nature de New York de 1982, la Déclaration sur l'environnement et le développement de Rio de 1992, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies « Déclaration du millénaire » de 2000 et « L'avenir que nous voulons » de 2012[119].

Le projet de Déclaration universelle des droits de l'humanité est le reflet d' « une nouvelle génération des droits, inspirés de ceux de la personne humaine »[120], demandant au droit international un assujettissement normatif de l'ordre juridique international pour la protection des « droits que les générations futures pourraient opposer aux générations actuelles, essentiellement sur le plan de l'écologie, de l'environnement et de la préservation des ressources, mais également dans d'autres domaines tels que le développement économique, l'accès à l'eau potable ou encore la paix mondiale »[121]. On est face à une demande de transformation du droit international dans le but de répondre aux nécessités de l'humanité, mais surtout aux fins de « [protéger] les intérêts fondamentaux de la

---

[114] CIJ, *Affaire de la Barcelona traction, light and power company, limited (Belgique Vs. Espagne)*, Arrêt du 5 février 1970, p. 32, §§ 33 et 34.
[115] Catherine LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, Paris, LGDJ, 2012, p. 155.
[116] Alix OTTOU et Marion DORIS, *Vers une déclaration universelle des droits de l'humanité ?*, Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, 2016, janvier, § 3, Disponible [En ligne] : https://journals.openedition.org/revdh/1769 (29 septembre 2018).
[117] Corine LEPAGE et Équipe de rédaction, *Déclaration universelle des droits de l'humanité, rapport à l'attention de Monsieur le Président de la République*, Op. Cit., Préambule, §. 1.
[118] Ibid., Préambule, §. 2.
[119] Ibid., Préambule, §. 3.
[120] Alix OTTOU et Marion DORIS, *Vers une déclaration universelle des droits de l'humanité ?*, Op. Cit., § 4.
[121] Ibidem.

communauté internationale dans son ensemble »[122]. En d'autres termes, on est devant une humanisation requise du droit international.

2. L'humanisation requise du droit international

Le droit international est confronté actuellement au manque de légitimité en raison des changements sociaux et de l'incompatibilité de ses normes à l'égard de la réalité que vit la communauté humaine globale. Cette situation marque le destin du droit international et détermine les actions à entreprendre pour sa transformation. On ne s'en doute pas que l'un des aspects le plus sensible par rapport à l'avenir de la légitimité du droit international est son degré d'humanisation, sa capacité de bien répondre aux besoins de l'humanité.

L'humanisation demandée au droit international exige de la discipline son éloignement de la volonté étatique –volonté qui, d'ailleurs, ne représente plus ni exclusivement la volonté des êtres humains– et son rapprochement aux considérations fondamentales d'humanité[123]. Bien qu'on puisse déjà trouver dans le droit international des éléments sur son humanisation, dans la mesure où il contient « un ensemble de règles substantielles, ainsi qu'un appareil institutionnel, tant régional qu'universel, pour la sauvegarde des droits de l'homme »[124], il faut un changement de paradigme consistant à l'abandon progressif de la conception classique de la souveraineté de l'État ainsi qu'à l'intégration des soucis humanistes pour la justification de l'action étatique[125].

En effet, pour bien arriver à l'humanisation nécessaire de l'ordre juridique international l'identification et l'application d'obligations *erga omnes* sont de grand intérêt. Les normes portant obligations de caractère général contribuent à mettre en place l'empreinte communautaire dans une société de souverainetés individuelles. À partir de cette empreinte, les États réagissent à la violation d'une obligation *erga omnes* non plus dans le but de protéger ses intérêts individuels, mais pour protéger les intérêts et les valeurs qui sont communs à leur ensemble, c'est-à-dire, à la communauté humaine globale[126]. À travers le concept d'*erga omnes*, il est possible de passer d'une société individuelle à une communauté d'acteurs engagés mutuellement ; d'une société où la réciprocité à l'égard des obligations cède la place à une société où les obligations sont d'application collective[127].

Dans un monde où, les contradictions sont à l'heure du jour, les avancées technologiques sont accompagnées tragiquement par l'augmentation de la destruction et de la cruauté, et la prospérité économique suivie par l'incrémentation des disparités socio-

---

[122] Alain PELLET, « Les traités de droits de l'homme entre banalité et spécialité », in *Réciprocité et universalité : sources et régimes du droit international des droits de l'homme : Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux*, Paris, Pedone, 2017, p. 69.

[123] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium (II)*, Op. Cit., p. 26.

[124] Vassilis TZEVELEKOS, *Revisiting the Humanisation of International Law : Limits and Potential. Obligations Erga Omnes, Hierarchy of Rules and the Principle of Due Diligence as the Basis for Further Humanisation*, Erasmus Law Review, 2013, No. 1, p. 66.

[125] Ruti G. TEITEL, *Humanity's Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 9 – 35.

[126] Vassilis TZEVELEKOS, *Revisiting the Humanisation of International Law : Limits and Potential. Obligations Erga Omnes, Hierarchy of Rules and the Principle of Due Diligence as the Basis for Further Humanisation*, Op. Cit., p. 68.

[127] Theodor MERON, *The Humanization of international Law*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 248.

économiques et de l'extrême pauvreté, il est important, tel que pensé par Cançado Trindade, que la fonction du droit international se transforme graduellement plus dans un *corpus juris* de libération qu'en un *corpus juris* de régulation[128].

À cet égard, il est impératif que le droit international soit saisi par l'humanisation, afin de remettre à l'homme et à l'humanité dans la position centrale de l'ordre juridique international ; que le droit international joue un rôle humanisant, de défense et de garantie des intérêts de l'être humain et l'humanité, dans la recherche de la science et de la technologie sans qu'elles soient utilisées pour la destruction et la cruauté ; que dans la limitation du commerce des armes, le droit international tire des conséquences juridiques de l'illégalité de toutes les armes de destruction massive, y compris les armes nucléaires ; que le droit international veille à ce que la croissance de la prospérité de certains ne soit plus suivie par la croissance alarmante des inégalités ni de l'extrême pauvreté au sein des nations et entre elles ; en définitive, que le droit international assure que la régulation d'un nouvel ordre juridique international, aille au-delà du modèle classique westphalien de dimensions et d'entendements strictement interétatiques[129].

L'humanisation du droit international doit amener au dépassement du caractère artificiel du point de vue exclusivement interétatique qui est encore présent dans l'interprétation et l'application de la norme internationale[130]. « Cette perspective repose sur un dogme d'un passé ancien, qui a survécu à ce jour en raison d'une léthargie mentale »[131], qu'il faut rapidement surmonter afin de récupérer la crédibilité et la légitimité de l'ordre juridique international.

La restitution de la légitimité du droit international, tel qu'il est exprimé tout récemment par Christophe Swinarski, dépend seulement de l'intégration complète qu'il puisse faire de la protection de la personne humaine et de la communauté humaine à laquelle il appartient. Autrement, le droit international n'arrivera pas à ce stade de transformation et d'acceptation de ceux à qui il s'adresse[132].

C. Problématisation, méthode et présentation du plan de la thèse

1. Problématisation

On vient d'observer les enjeux auxquels s'affronte le droit international en raison de l'arrivée de la globalisation, ainsi que de voir comment les intérêts de l'humanité mettent sur la scène internationale le besoin de prendre au sérieux la question d'humaniser le droit international afin de surmonter sa crise et de restituer sa légitimité[133].

---

[128] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 394.
[129] Ibid., p. 399.
[130] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice : développements, état actuel et perspectives*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2018, Vol. 391, p. 40.
[131] Ibidem.
[132] Christophe SWINARSKI, *Effets pour l'individu des régimes de protection de droit international*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2018, Vol. 391, p. 338.
[133] Judith GARDAM, *The contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law*, Leiden Journal of International Law, 2001, No. 14, p. 352 ; Zlata Drnas DE CLÉMENT, « The Humanization

La problématique générale, consistant à déterminer la manière à travers laquelle il est possible de sauver le droit international face aux propos du droit global[134], a généré d'autres inquiétudes de recherche, par exemple, de savoir quel est le chemin à suivre par le droit international dans le but de répondre aux besoins actuels de l'humanité dans son ensemble ? Quelle transformation doit vivre l'État-nation pour surmonter les limites que lui impose sa souveraineté pour protéger l'humanité ? Quel est le mécanisme judiciaire à mettre en place pour réussir la protection harmonieuse des intérêts globaux de l'être humain et l'humanité dans l'ordre juridique interne et dans l'ordre juridique international ?

2. Méthode

La recherche réalisée est menée par la méthode de l'étude générale de la situation contemporaine du droit international à l'égard des critiques qui lui sont portées par le droit global. Pour ce faire, l'analyse se focalisera dans les principaux questionnements que les globalistes font sur la politisation du droit international ainsi que sur les organisations et les organes qui le composent. Suivant leur propos, on abordera l'étude des situations concrètes au sein des organisations internationales, afin de vérifier la certitude des problématiques évoquées par le droit global qui soutient la perte de capacité d'action du droit international, de même que de l'État-nation par rapport aux problèmes de la communauté humaine globale.

Par le biais de l'étude des théories sur l'humanisation du droit, l'analyse approfondira sur l'inconvenance de céder la place du droit international au droit global, et pour proposer l'établissement d'une nouvelle conception du droit international, le droit international humaniste, dans l'objectif de servir de mécanisme pour surmonter la crise du droit international interétatique et d'empêcher que le droit international se voie substitué par le droit global. En d'autres mots, l'analyse présentera le droit international humaniste en tant que troisième voie entre le droit international interétatique en crise, et le droit global.

Sur la base de la dialectique, l'analyse présentera la structure du droit international humaniste, construite conjointement grâce aux éléments du droit international existante, principalement le *ius cogens* et les obligations *erga omnes*, et du droit global, tel que la composition juridique de la pyramide globale qu'il propose[135].

---

of International Courts », *in* Budislav VUKAS and Trpimir SOSIC (Eds.), *International Law : New Actors, New Concepts – Continuing Dilemmas. Liber Amicorum Božidar Bakotić*, Leiden, Boston, Mass, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 407 ; Vassilis TZEVELEKOS, *Revisiting the Humanisation of International Law : Limits and Potential. Obligations Erga Omnes, Hierarchy of Rules and the Principle of Due Diligence as the Basis for Further Humanisation*, Op. Cit., p. 62 ; et Mathias SCHMOECKEL et Christophe WAMPACH, *L'humanisation du droit de la guerre : une utopie combattue par la doctrine allemande ?*, Clio Thémis, 2016, No. 2, p. 13.

[134] Maurice BOURQUIN, « L'humanisation du droit des gens », *in La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, Vol. 1, pp. 24 – 38 ; Theodor MERON, *The Humanization of international Law*, Op. Cit., pp. 86 – 89 ; Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 239.

[135] Voir notamment, Rafael DOMINGO, *The new global law*, Op. Cit., pp. 147 – 153 ; David Andrés MURILLO CRUZ, *L'être humain comme le sommet du système juridique et sa protection internationale*, Verba Iuris, 2013, Vol. 30, pp. 15 – 43 ; et Selem HIKMAT NASSER et José GARCEZ GUIRARDI, *Around the Pyramid : Political-Theorical Challenges to Law in the Age Global Governance*, Brazilian Journal of International Law, 2018, Vol. 15, No. 1, pp. 62 – 70.

D'autre part, par voie d'induction, l'analyse démontrera l'existence d'un processus d'humanisation du droit international de même que la présence de mécanismes judiciaires (contrôle de conventionnalité, contrôle de compatibilité et la technique d'arrêts pilotes) au sein des systèmes régionaux des droits humains. Ces mécanismes confirmeront l'évolution du droit international vers l'humanisation de son ordre juridique à travers l'identification et la construction progressive d'un *corpus juris humaniste*[136]. De la même manière, par la méthode inductive, l'analyse mettra en évidence que le droit international humaniste est une issue appropriée à la crise du système juridique international ainsi que la révolution à suivre par l'ordre juridique international.

3. Présentation du plan de la thèse

La présente thèse est une étude critique sur le droit international public classique et le droit global par le biais de laquelle est proposée une solution à la crise et au manque de crédulité du droit international à l'égard des changements sociaux que la communauté internationale est en train de vivre au niveau global. Par l'analyse des propositions du droit global, dont l'un des concepteurs est Rafael Domingo, s'arrivent à l'identification de certains périls que pourrait amener la disparition du droit international. Parmi les plus importants, se trouve la transformation fonctionnelle de l'État-nation ainsi que de la structure de l'ordre juridique international, telle que conformée par la Charte des Nations Unies.

Néanmoins, dans la présente recherche quelques éléments du droit global sont extraits pour la construction de l'idée du droit international humaniste. Ainsi, la proposition du droit global de mettre l'être humain au sommet du système juridique international, par le retour à la pensée des pères fondateurs de la discipline du droit international, a été empruntée à la théorie du droit global. Également, l'étude de la pensée des humanistes du droit international a légitimé, à travers exemples concrets, l'idée de mettre en exergue les intérêts et les besoins de l'être humain et l'humanité dans l'élaboration normative du droit international (*lege ferenda*).

Cette recherche, telle qu'entreprise, tente de contribuer à l'enrichissement d'une théorisation juridique nécessaire pour l'issue de la crise profonde dans laquelle se trouve le droit international. L'inspiration principale de la recherche se trouve dans la défense du droit international comme ordre juridique de régulation, l'éloignement des postures destructives du droit global à cet égard, et l'élaboration dialectique d'une structure juridique capable de répondre aux exigences de la globalisation.

La présente recherche débute à travers l'examen et l'exposé du droit global, pour décrire sa genèse et ses implications juridiques négatives à l'égard du droit international, en mettant l'accent sur deux questions fondamentales qui ont marqué la critique à l'encontre du droit international. En premier lieu, la politisation rampante des organisations internationales qui avilit l'effectivité du droit international à l'heure de résoudre les problèmes de la communauté internationale ; et en deuxième lieu, la structure normative sur laquelle a été

---

[136] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium (II)*, Op. Cit., p. 20 ; Christian DOMINICÉ, *La société internationale à la recherche de son équilibre*, Op. Cit., p. 77 ; Isabelle FOUCHARD, *Crimes internationaux : entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international,* Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 147 – 163 ; et Claudia SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne,* Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 565 – 596.

érigé l'ordre juridique international dès le traité de Westphalie en 1648, en créant un système juridique fondé sur le volontarisme étatique et la primauté de l'État en tant que principal acteur du droit international.

Par la suite, la recherche introduit la réflexion sur un nouveau schéma pour le droit international, en proposant la consécration d'un regard alternatif du droit en résiliant les propos dévastateurs du droit global, ainsi qu'en donnant une solution face à la perte de légitimité que pendant décennies a étouffée le système international du droit.

La recherche aborde à cet égard le monisme comme point d'ancrage du nouveau droit international humaniste, dans la mesure où le monisme avec primauté du droit international a la capacité d'unifier le *corpus juris* de nature humaniste et d'identifier les obligations *erga omnes*. La recherche présente aussi l'idée d'une pyramide humaniste pour le droit international afin de la mettre au service de l'être humain et de la communauté humaine. L'État et la souveraineté sont aussi tenus en compte dans le schéma du droit international humaniste pour présenter une transformation à l'égard des fonctions étatiques et du concept de souveraineté. L'ensemble de ce propos est de sauver ces deux institutions juridiques et de les rendre compatibles avec le système juridique international refondé sur les idées de l'humanisation. **Sera examiné ainsi en première partie, le droit international humaniste, comme alternative à la crise du droit international face aux propos du droit global.**

Dans la deuxième partie, l'avancée sur les propos d'un droit international humaniste a dirigé la recherche vers la réflexion **sur la réalité de l'universalisation des droits de l'homme par un tel droit international humaniste**. Cette réalité est démontrée par l'existence d'un chemin déjà parcouru dans la juridictionnalisation universelle des droits humains, mais laissant au découvert l'incapacité de l'État pour protéger tout seul les droits de l'humanité. Néanmoins, si la thèse montre bien que l'État est incapable seul de répondre aux besoins de l'humanité, elle dévoile aussi l'existence d'un mouvement qui cherche à intégrer, par le biais de mécanismes juridiques tels que les blocs de constitutionnalité et de conventionnalité, des règles et des principes universels qui servent à encadrer l'activité normative des entités étatiques vers la protection de tous les êtres humains.

Ainsi, ont été développées quelques précisions sur l'universalisation et la standardisation des droits, afin d'éviter le phénomène de l'homogénéisation qui peut se cacher derrière le processus d'universalisation, et de proposer la protection des droits de l'être humain et l'humanité à partir de la construction d'un patrimoine commun des droits de l'homme respectueux de la diversité. Le patrimoine commun des droits humains du droit international humaniste, tel qu'il ressort de la présente recherche, a deux piliers fondamentaux, la prise au sérieux du principe de l'autodétermination des peuples et la prise en compte prioritaire des groupes en état de vulnérabilité. Par ailleurs, en tenant compte que tout droit tombe dans le champ de l'illusoire et l'utopique s'il n'a pas de mécanisme judiciaire pour sa concrétisation, la recherche démontre que le contrôle de conventionnalité est le mécanisme judiciaire adéquat pour faire du droit international humaniste une réalité. Une vérification des systèmes de contrôle de conventionnalité a été faite au niveau universel et régional des droits de l'homme, quant à l'emploi et à la mise en œuvre du contrôle de conventionnalité des normes et des pratiques administratives et judiciaires, afin de constater au niveau étatique l'application des règles et des principes qui protègent l'humain dans son ensemble. On arrive ainsi à la démonstration d'un processus universel d'humanisation du

droit international en cours, au-delà du volontarisme étatique et au service des intérêts de la communauté internationale.

L'examen de cette universalisation réelle des droits de l'homme par le droit international humaniste **(2ème partie)**, est ainsi le succédané de l'examen des paramètres pour un droit international dit humaniste, susceptible de dépasser sa crise actuelle, tout en évitant sa substitution par le concept du droit global **(1ère partie)**.

PREMIÈRE PARTIE.

LE DROIT INTERNATIONAL HUMANISTE, ALTERNATIVE À LA CRISE DU DROIT INTERNATIONAL FACE AUX PROPOS DU DROIT GLOBAL

Le droit international est caractérisé dans son parcours pour avoir connu plusieurs étapes qu'on peut considérer comme évolutives ou involutives, selon le regard critique ou non porté à la politisation et à l'oubli de l'être humain qui existent à l'intérieur de sa régulation.

Le droit international public a déjà traversé dans son histoire deux étapes : l'étape *naturaliste*, caractérisée par la primauté du *jus cogens*, où se trouvent ses origines avec les pères fondateurs de la discipline ; l'étape *positiviste*, où se trouve centrée la discussion moniste et dualiste du droit international. Désormais, il doit parcourir l'étape *humaniste*, où le droit international cherche à faire primer l'être humain sur les États et leurs normes positives. Dans l'actualité, la plupart des normes internationales positives méconnaissent tant l'être humain comme sujet de droit que tout autant les postulats du principe *pro homine*[137], en vertu duquel il faut « recourir à la norme la plus large, ou à l'interprétation la plus extensive, quand il s'agit de reconnaître des droits protégés et, à l'inverse, à la norme ou à l'interprétation la plus restrictive quand il s'agit d'établir des restrictions à l'exercice des droits »[138]. Néanmoins, il faut reconnaître que la réflexion ou l'amorce de cette troisième étape ne sont pas le fait du hasard, mais une conséquence circonstancielle de l'apparition d'un nouveau concept de droit qui se veut en construction par réaction, et appelé le *droit global*.

Le droit global présente le droit international comme un droit insuffisant et dépassé par rapport aux problèmes juridiques actuels de la « société internationale »[139], principalement par son processus de globalisation. En effet, tel que l'affirme Carrillo-Salcedo, « la société internationale actuelle est devenue une société mondiale »[140], par le biais de laquelle « on assiste aujourd'hui […] au développement d'un phénomène de mondialisation généralisé : mondialisation de l'économie, mondialisation scientifique et technique, mondialisation des communications et des échanges, mondialisation de l'information »[141].

---

[137] Ana Lucía GASPAROTO, Jayme Wanderley GASPAROTO et José BLANES SALA, *La Corte interamericana de derechos humanos y el Tribunal europeo de derechos humanos : una comparación sobre el punto de vista de la aplicabilidad del principio de la primacía de la norma más favorable*, Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2014, Vol. 60, pp. 53 – 85.

[138] Mónica PINTO, « El principio pro homine, criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos », *in* Martín ABREGÚ et Christian COURTIS (Dir.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 163.

[139] On préfère l'expression « communauté internationale » plutôt que celle de « société internationale ». Néanmoins, on utilisera initialement cette dernière pour faire comprendre qu'avec le phénomène de la globalisation et son concept de la conscience humaine globale sur l'existence d'un bien commun supérieur, on est face aujourd'hui à une communauté internationale, voire une « communauté humaine globale ». En effet, grâce à la conscience humaine globale, la « communauté internationale » partage des préoccupations et besoins communs que dirigent les actions concrètes de ses membres. Sur la différence entre « société internationale » et « communauté internationale », on peut dire, en suivant Kolb, que la première est de caractère neutre et descriptive, dans la mesure où elle désigne la somme des liens et des relations qui se tissent au-delà des frontières nationales des États ; tandis que la deuxième, connote l'idée d'un certain type de rapports sociaux, ordonnés à un « bien commun et supérieur aux membres sociaux pris individuellement ». Ainsi, la communauté internationale se réfère « à une unité plus élevée que l'État *uti singulis*, capable de posséder une dignité qui lui soit propre et, par conséquent, d'articuler et d'influencer l'action des membres sociaux par l'idée d'un bien commun à l'ensemble des États (intérêts collectifs), de l'humanité entière (intérêts humains), voire de la nature et de la biosphère (intérêts de l'espèce de vie) ». (Robert KOLB, « Société internationale ! Communauté internationale ? », *in* Jean-François AKANDJI-KOMBÉ (Dir.), *L'homme dans la société internationale : Mélanges en hommage au professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 57 – 89) ; voir aussi, Santiago VILLALPANDO, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*, Paris, Presses universitaires de France, 2005, pp. 42 – 74.

[140] Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, *Droit international et souveraineté des États*, Op. Cit., p. 51.

[141] Ibidem. Voir aussi, Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Bogotá, Dike, 2009, pp. 101 et 102 ; et José MEGÍAS, « Una constante histórica : el derecho global », *in* Rafael DOMINGO, Martín SANTIVÁÑEZ et

Le droit global met en cause le caractère politique du droit international et la mauvaise conduite des États. Les États, fondés sur le volontarisme étatique dans ses rapports avec le positivisme et la primauté des intérêts gouvernementaux, ont nié le devoir contraignant d'accomplissement de leurs obligations internationales et par conséquent, à protéger leurs ressortissants, et en général, les êtres humains qui se trouvent sur leurs territoires. Ainsi, pour le juge à la Cour internationale de justice (CIJ), Cançado Trindade, le positivisme juridique « a conduit à personnifier l'État en le dotant d'une volonté propre, réduisant les droits des êtres humains à ceux que l'État leur « permettait » d'avoir ». La volonté étatique est « devenue le critère prédominant en droit international, niant les *jus standi* aux individus, aux êtres humains »[142].

La mission principale que s'est donnée le droit global consiste à contester la théorie volontariste et la souveraineté étatique pour, dans l'immédiat, révéler l'incapacité des États lors de règlement des difficultés que rencontrent leurs sociétés[143]. Partant du constat que l'État, comme « acteur principal des relations internationales » selon le courant positiviste du droit international[144], n'est plus capable de résoudre les problèmes actuels de l'humanité, le droit global propose aussi la suppression de l'État et avec lui, l'extinction du droit international[145].

Les défis menés par le droit global au droit international sont lourds. D'une part, ils suscitent la réflexion sur *la mobilisation d'un droit international humaniste comme rempart au droit global (Titre I)*, en tant qu'alternative valable pour sauver le droit international et revendiquer sa mission régulatrice de la communauté internationale. D'autre part, ils demandent une analyse particulière sur l'avenir de *l'État et de sa souveraineté, en tant qu'axe de la régulation internationale, devant les défis menés par le nouveau droit international humaniste (Titre II).*

Aparicio CAICEDO (Coord.), *Hacia un derecho global : Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 32.

[142] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine,* Paris, Pedone, 2012, p. 97. Voir également, Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., pp. 217 – 219.

[143] Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Op. Cit., pp. 108 et 109.

[144] José Antonio PASTOR RIDRUEJO, *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle : normes, faits et valeurs*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1998, Vol. 274, p. 155. Voir aussi, Theodor MERON, *International Law in the Age of Human Rights,* Op. Cit., p. 275.

[145] Rafael DOMINGO, « ¿Por qué un derecho global ? », *in* Rafael DOMINGO, Martín SANTIVÁÑEZ et Aparicio CAICEDO (Coord.), *Hacia un derecho global : Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 23.

TITRE I : La mobilisation d'un droit international humaniste comme rempart au droit global

Penser à la mise en place d'un droit international humaniste pour faire rempart au droit global et sauver le droit international de l'action de ce dernier, signifie clairement qu'il faut développer quelque chose qui manque au droit international ; un manquement qui, par l'arrivée progressive de différentes circonstances, se fait plus évident et met en péril la survie de l'État et du droit international. Il faut avouer que l'idée d'une société sans États et sans droit international, portée par le droit global, semble étrange et, peut-être, utopique. Cependant, une telle idée attire certainement l'attention et fait réfléchir rapidement aux problèmes substantiels du droit international qui sont la politisation et l'oubli de l'être humain.

Pour nourrir la réflexion sur le point de savoir si le droit global est une utopie ou l'occasion d'intégrer plusieurs changements dans le droit international à travers son humanisation[146], il faut examiner d'abord *le droit global en tant que critique au système juridique international (Chapitre 1)*, avant d'examiner *le droit international humaniste en tant que solution de substitution à la disparition du droit international préconisée par le droit global, et susceptible de sauver l'État et préserver le système juridique international (Chapitre 2).*

[146] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium (II)*, Op. Cit., p. 19.

Chapitre 1 : Le droit global, critique existentielle au système juridique international

La globalisation se trouve au centre de la formulation théorique du droit global. L'ouverture du marché, l'intégration, voire, la désintégration initiale des frontières économiques qui seront par la suite sociales, culturelles et politiques, grâce à la mobilité humaine, vont donner forme à des idées juridiques adaptées aux besoins d'une communauté humaine plus globale[147]. La fragmentation frontalière des espaces qui étaient, avant la globalisation, de la régulation exclusive de l'État, a révélé les failles de l'organisation étatique ainsi que sa crise existentielle[148]. À cause de la conception interétatique et la théorie volontariste, cette crise a été transmise au droit international, remettant en question sa pertinence, non seulement pour son incapacité à régler les nouvelles relations sociales mais aussi pour avoir perdu sa raison téléologique qui est l'être humain[149].

La genèse du droit global (Section 1) peut s'expliquer comme une réaction à la politisation que la vision interétatique a donnée au droit international où, l'être humain se perd à l'intérieur de l'abîme normatif construit pour satisfaire les besoins des États et restreindre tout type d'humanisme[150]. La conséquente méconnaissance du caractère humaniste du droit dans le système juridique international classique sera le détonateur des *implications du droit global (Section 2)* face à l'État et devant le droit international, qui annoncent l'idée de la suppression de l'entité étatique et le désir de faire remplacer le droit international sans chance de survie, par le droit global[151].

Section 1 : La genèse du droit global

Le droit global trouve sa genèse dans la régulation que *la doctrine dépassée du droit international –séduite et dominée par les enjeux de la politisation– fait du phénomène de la globalisation (§ 1)*. Il trouve sa genèse aussi dans l'erreur de la pyramide normative du cercle juridique de Vienne, défendue et expliquée par Hans Kelsen. La complexité de la démarche en fonction de la pyramide normative montre que la création de normes juridiques se voit toujours entourée par la politique et la politisation du travail législatif au niveau étatique, et dont la problématique ne pouvait que se transposer au cadre international, aux dépens de l'effectivité des normes du droit international, et confrontant l'être humain à l'heure actuelle à *une normativité excessive mais peu pertinente du droit international (§ 2).*

§ 1 : Une genèse germée de la politisation du droit international

La genèse du droit global est étroitement liée au phénomène de la politisation du droit international classique, étant donné que celui-ci est devenu incapable de répondre aux défis

---

[147] Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Op. Cit., pp. 101 – 102. Voir aussi, Jean SALMON, *Quelle place pour l'État dans le droit international d'aujourd'hui ?* Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2011, Vol. 347, pp. 26 et 27.
[148] Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, *Droit international et souveraineté des États*, Op. Cit. p. 51.
[149] Rafael DOMINGO, *La pirámide del derecho global*, Revista Persona y Derecho. Navarra, No. 60, 2009, pp. 30 et 31.
[150] Ibid., p. 31.
[151] Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Op. Cit., p. 141.

que la globalisation porte sur la communauté internationale[152]. En effet, « l'une des caractéristiques de la globalisation consiste même dans le fait que cette dernière va jusqu'à se moquer de l'international au sens strict », par son incapacité de comprendre et de régler les nouveaux problèmes de la société à vocation universelle[153]. Les activités développées par *l'Organisation des Nations Unies (A*) ainsi que d'autres *organisations régionales, sont le reflet le plus fidèle de la politisation décriée du droit international* (B).

A. La politisation et l'Organisation des Nations Unies

La politisation du droit international (I) est considérée comme une violation inacceptable des limites de la discipline. La politisation a conduit le droit international à la perversion et l'a empêché de réaliser ses objectifs. Le caractère politique qui caractérise *l'Organisation des Nations Unies a permis que le phénomène de la politisation soit aussi le sien dans sa prise de décisions lors de la résolution des problèmes les plus complexes soulevés par la communauté internationale (II).*

I. La politisation du droit international

La politisation ne doit pas se confondre avec la politique. La politique si on emprunte le concept tel que développé par Max Weber, c'est « l'ensemble des efforts que l'on fait en vue de participer au pouvoir ou d'influencer la répartition du pouvoir, soit entre les États, soit entre les divers groupes à l'intérieur d'un même État »[154].

La politisation est un phénomène qui rend aveugles ceux qui sont contaminés par les enjeux que la « politique politicienne » entraîne. Autrement dit, la politisation implique la transgression des règles, à cause de laquelle est mise en cause l'essence d'une activité précise[155]. Pour Jacques Lagroye, la politisation se perçoit comme un « processus de requalification des activités sociales les plus diverses, requalification qui résulte d'un accord pratique entre des agents sociaux enclins, pour de multiples raisons, à transgresser ou à remettre en cause la différenciation des espaces d'activité »[156].

Dans la pratique, la politisation résulte soit du « détournement de finalités », lorsqu'il y a une intervention d'acteurs considérés socialement comme politiques, dans une activité qui ne l'est pas, à travers par exemple, de « l'intrusion de préoccupations et d'objectifs relevant de la politique, c'est-à-dire habituellement portées par des organisations et des acteurs politiques spécialisés »[157] ; soit du « dépassement des limites », quand il y a une énonciation par des acteurs non politiques du caractère politique de leurs actions[158]. Ainsi,

---

[152] Ibid., pp. 102-103.
[153] André-Jean ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation : leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 2004, p. 23.
[154] D'après ce concept, la politique est toujours présente au sein du droit et en interaction harmonieuse avec lui. Ainsi le droit, en tant qu'entité politique par excellence, permet que la politique imprègne tout l'univers juridique. Max WEBER, *Le savant et le politique*, Paris, Éditions Plon, 1959, p. 111.
[155] Jacques LAGROYE, « Le processus de politisation », *in* Jacques LAGROYE (Dir.), *La politisation*, Paris, Belin, 2003, pp. 361 – 364.
[156] Ibid., p. 360.
[157] Ibid., p. 365.
[158] Ibid., p. 366.

tant le « détournement de finalités » que le « dépassement des limites » assignées à une discipline, peuvent pervertir et salir les plus nobles activités et compromettre la réussite des entreprises les plus ordinaires.

La transgression des règles prétend à travers le processus de requalification des activités sociales que de nouveaux « objectifs soient vus comme légitimes par ceux qui les poursuivent, par leurs partenaires, par l'ensemble des interprètes autorisés de la vie sociale »[159]. La politisation est alors la transgression de la différenciation fondamentale des ordres ou espaces d'activités, qui suscite un intense travail de légitimation et justification, « qui ne peut réussir qu'autant qu'il fait appel à des expériences –souvent élémentaires– de la convergence possible des objectifs d'acteurs tenus pourtant par des rôles différenciés »[160]. C'est le cas concret de politiciens élus avec la finalité d'agir par rapport aux règles du bien commun, que finissent par défendre des intérêts particuliers autant que de méconnaître le rôle de leur activité.

Pour sa part, la politisation du droit est le phénomène qui soustrait le droit de son effectivité et l'éloigne de sa téléologie, à savoir, la régulation des relations sociales et la réalisation de la justice. La politisation du droit est la cause pour laquelle le droit international a oublié que l'être humain et son bien-être sont les éléments les plus importants de la finalité de la construction d'un système juridique. À cause de la politisation, le droit international a omis que les sociétés doivent être réglées par le droit et servir à la justice « *servus iustitiae ius est* ». Par la politisation, le droit international a ignoré que « le droit doit être l'esclave de la justice, jamais son propriétaire »[161]. Lorsque le droit est contaminé par la politisation, il dépasse toutes ses finalités, il perd ses horizons.

Quand le droit se politise, explique Rafael Domingo, l'un des tenants du droit global, « il délaisse la recherche de la justice et devient l'esclave de la politique, de l'économie, ou du bien-être social »[162]. « À la politique sert le positivisme juridique, à l'économie, l'analyse économique du droit, et au bien-être social, l'utilitarisme. Bien que ces trois grandes doctrines juridiques apportent à la science du droit des nuances importantes, que doivent être tenues en compte par les juristes et les législateurs, elles tergiversent la correcte position du droit dans la société, que « d'être au service de » passe à « être serf de » »[163].

Dans le scénario international, la politisation a marqué le début de la crise conceptuelle du droit international. Par compte de la politisation, le droit international s'est appuyé et attaché à la doctrine volontariste ainsi qu'aux idéaux du positivisme du droit, éloignant l'être humain de sa reconnaissance comme sujet du droit international[164]. Selon Cançado Trindade, le positivisme juridique, en sus d'appuyer la personnification de l'État tout-puissant et l'idée d'une souveraineté étatique absolue, souveraineté qui par ailleurs a conduit à l'irresponsabilité et à la prétendue omnipotence de l'État, sans empêcher les atrocités successives que ce dernier a commises contre les êtres humains, « est devenu le critère prédominant en droit international, niant le *jus standi* aux individus, aux êtres humains »[165].

---

[159] Ibid., p. 371.
[160] Ibid., p. 372.
[161] Rafael DOMINGO, *La pirámide del derecho global,* Op. Cit., p. 50. (Notre traduction).
[162] Ibid., p. 51.
[163] Ibidem.
[164] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Boston, Martinus Nijhoff, 2013, pp. 218 et 219.
[165] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine*, Op Cit., p. 97.

Le grand problème que pose la politisation au droit est qu'elle ouvre « la voie à l'inhumanité du droit »[166]. Par le biais de cette ouverture, la politisation peut affecter toute la communauté internationale au point de la rendre à l' « état de nature », où c'est la loi du plus fort qui prime.

On retient ici l'une des conséquences de l'état de nature décrit par Hobbes, celle de l'absence de loi au sens juridique et la primauté de la loi du plus fort[167]. Dans le scénario international on voit souvent que la volonté des puissances est retenue au mépris des droits des êtres humains. Une illustration de l'état de nature et la primauté de la loi du plus fort dans le droit international, c'est le cas du déversement illégal des déchets toxiques, la pêche illégale et la piraterie en Somalie. Dans cette délicate problématique l'Organisation des Nations Unies, à travers le Conseil de sécurité, s'est montrée très faible dans la recherche des responsables du déversement illégal des déchets toxiques provenant des États industrialisés dans les eaux de la côte de la Somalie, mais curieusement, très performant dans la lutte contre les pirates somaliens qui empêchent le déroulement normal du transport maritime par la corne de l'Afrique[168].

II. La politisation des Nations Unies

La politisation du droit international est un problème structurel au sein des organisations internationales y compris dans celle la plus représentative et qui est à la tête de la communauté internationale, les Nations Unies. La politisation du droit international vient aussi de la politisation des organisations internationales et des modalités de prise de décision des États membres[169].

Deux situations particulières sur le fonctionnement des Nations Unies, visées dans la

---

[166] Laurent SERMET, *Une anthropologie des droits de l'homme,* Paris, Éditions des archives contemporaines, 2009, p. 13.

[167] Thomas HOBBES, *Léviathan*, Paris, Dalloz, 2004.

[168] Voir sur le sujet, UN. SECURITY COUNCIL, *Report of the Secretary-General on the protection of Somali natural resources and waters*, New York, 2011, S/2011/661. Également, UN. SECURITY COUNCIL, *Resolution 2142 (2014)*, S/RES/2142(2014), 5 March 2014 ; *Resolution 2093 (2013)*, S/RES/2093(2013), 6 March 2013 ; *Resolution 2036 (2012)*, S/RES/2036(2012), 22 February 2012 ; *Resolution 2020 (2011)*, S/RES/2020(2011), 22 November 2011 ; *Resolution 1964 (2010)*, S/RES/1964(2010), 22 December 2010 ; *Resolution 1897 (2009)*, S/RES/1897(2009), 30 November 2009 ; *Resolution 1853 (2008* , S/RES/1853(2008), 19 December 2008 ; *Resolution 1772 (2007)*, S/RES/1772(2007), 20 August 2007 ; *Resolutions 1724 (2006)*, S/RES/1724(2006) 29 November 2006 ; *Resolutions 1725 (2006)*, S/RES/1725(2006), 6 December 2006 ; *Resolution 1630 (2005)*, S/RES/1630(2005), 14 October 2005. Voir aussi, UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, *After the Tsunami : Rapid Environmental Assessment*, New York, 2005, pp. 126 – 140.

[169] Sur la politisation des organisations internationales voir, Victor-Yves GHEBALI, « La politisation des institutions spécialisées des Nations Unies », *in* Nicolas JEQUIER (Ed.), *Les organisations internationales entre l'innovation et la stagnation*, Lausanne, Presses polytechniques romandes, 1985, pp. 81 – 97 ; Akilou AHMET BARINGAYE, *La crise des organisations internationales : le cas du système des Nations Unies*, Thèse, Lille, Atelier national de reproduction de thèses, 1991 ; et Pierre KLEIN, « Reflections of the Principle of Speciality Revisited and the « Politicisation » of Specialized Agencies », *in* Laurence BOISSON DE CHAZOURNES et Philippe SANDS (Ed.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, New York, Cambridge University Press, 1999, pp. 78 – 91. Voir plus récemment : Thomas RIXEN et Bernhard ZANGL, *The Politicization of International Economic Institutions in US Public Debates*, Review of International Organisations, 2013, Vol. 8, Issue 3, pp. 363 – 387 ; et Liesbet HOOGHE et Gary MARKS, *Delegation and Pooling in International Organisations*, Review of International Organisations, 2015, Vol. 10, Issue 3, pp. 305 – 328.

Charte des Nations Unies, seront très illustratives pour la démonstration. Il s'agit, d'une part, de l'usage de l'article 2 § 7 avec *l'exception au « domaine réservé » par le Conseil de sécurité (1)* ; et d'autre part, les abus commis par ses membres permanents de l'article 27 § 3, avec *le droit de veto (2)*.

1. *L'exception au « domaine réservé » de l'article 2§7 de la Charte des Nations Unies*

Le « domaine réservé » aux États par rapport à l'action des organes des Nations Unies énoncé à l'article 2 § 7 de la Charte de cette organisation, a eu un développement à « géométrie évolutive » depuis sa création en 1945[170]. Par ce fait, le principe de non-intervention a subi une grande flexibilisation, particulièrement, dans les affaires humanitaires, le respect des droits de l'homme et les droits de peuples à disposer d'eux-mêmes[171]. L'exception consacrée *in fine* de cet article a permis l'intervention du Conseil de sécurité dans les affaires des États à travers la mise en œuvre de sa responsabilité principale de préserver la paix et la sécurité internationales[172]. Cela, sans tenir en compte que l'action historique du Conseil de sécurité a démontré, comme il est reconnu par l'ancien juge et président de la CIJ, Mohammed Bedjaoui, que cet organe « n'applique pas nécessairement le droit pour maintenir ou rétablir la paix »[173]. Au contraire, les faits internationaux laissent en évidence que la doctrine de la « paix par le droit » ne trouve pas dans le Conseil de sécurité un fidèle serviteur[174].

Les *occupations Iraq-Koweït (a)* et *Israël-Palestine (b)* reflètent la politisation du Conseil de sécurité dans son action sélective à travers l'interprétation large de ses fonctions, et peut-être, le dépassement de ses limites au risque de mettre en péril sa légitimité[175],

---

[170] Le principe de non-intervention de l'organisation mondiale dans les affaires relevant de la compétence nationale et le concept de « domaine réservé » aux États, tels qui ont été conçus par la Charte des Nations Unies, est l'inspiration de la formule déjà employée par le Pacte de la Société des Nations dans son article 15 § 8. En effet, aux termes de ce paragraphe, lorsque le Conseil de la société était saisi d'un différend : « si l'une des parties prétend et si le Conseil reconnaît que le différend porte sur une question que le droit international laisse à la compétence exclusive de cette partie, le Conseil le constatera dans un rapport mais sans recommander aucune solution ». Voir, Gilbert GUILLAUME. « Article 2 paragraphe 7 », *in* Jean-Pierre COT et Alain PELLET (Dir.), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, pp. 485 et 486.

[171] « Dans la pratique le paragraphe 7 de l'article 2 s'est révélé une disposition à géométrie évolutive : l'espace couvert s'est sensiblement restreint et les droits de l'homme se sont progressivement échappés de l'emprise de domaine réservé pour devenir un sujet d'intérêt international ». (Jean-Bernard MARIE et Nicole QUESTIAUX, « Article 55-c », *in* Jean-Pierre COT et Alain PELLET (Dir.), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, p. 1488) ; voir aussi, Alfred VERDROSS, « Le principe de la non-intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un État et l'article 2(7) de la Charte des Nations Unies », *in Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, p. 272 ; et Guillaume ETIENNE, *L'article 2, paragraphe 7, de la Charte des Nations Unies : une lecture à la lumière de la pratique récente de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité des Nations Unies,* African Yearbook of International Law, London, Association africaine de droit international, Vol. 11, No. 1, 2003, pp. 230 – 240.

[172] En effet, le Conseil de sécurité devient la pierre angulaire du système de sécurité collective des Nations Unies où la lutte contre le « fléau de la guerre » est l'objectif principal visé par l'organisation. René DEGNI-SEGUI, « Article 24, paragraphes 1 et 2 », *in* Jean-Pierre COT et Alain PELLET (Dir.), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, pp. 879 et 880.

[173] Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (I)*, Op. Cit., p. 119.

[174] Ibid., p. 120.

[175] Voir par exemple, l'intervention du représentant d'Oman, M. Al-Khussaiby, dans la 3538e séance du Conseil de sécurité du 17 mai 1995, en exprimant son désaccord au blocage fait par les États-Unis à l'approbation du projet de Résolution (S/1995/367), relatif à la demande de report par le gouvernement

justifiant par là même la nécessité d'une réforme substantielle du système des Nations Unies[176].

a. L'occupation Irak-Koweït

Le système des Nations Unies a été construit sur l'idéal de préserver la paix, et de cette obligation a été chargé le Conseil de sécurité. Cependant, le pouvoir coercitif de cet organe semble avoir dépassé ses limites, en exerçant un pouvoir intrusif dans des sujets qu'ont été historiquement réservés aux États. En outre, la marge de manœuvre qui a le Conseil de sécurité pour déterminer quels actes portent menace à la paix et à la sécurité internationales, a permis que ses décisions soient saisies par la politisation. Également, le concept de menace à la paix a eu un usage sélectif pour intervenir seul dans certains États, là où sont impliqués les intérêts politiques des puissances qui définissent l'action de l'organe exécutif, devenu presque législateur, des Nations Unies[177].

Dans le cas de l'occupation de l'Irak au Koweït, où l'Irak n'était pas très allié avec les membres du Conseil de sécurité, cet organe des Nations Unies a agi avec rigueur à partir de 1990, en adoptant un nombre important de mesures pour remédier la situation créée par l'occupation irakienne du Koweït y compris des sanctions économiques[178], et l'utilisation de la force par les États qui coopéraient avec le Koweït[179]. Ce qui a abouti en janvier 1991 au développement de « l'opération tempête du désert », et en février de cette même année, à l'offensive militaire menée par les États-Unis contre les forces irakiennes, provoquant la défaite militaire de Bagdad mais aussi une grave situation humanitaire en Irak[180].

En avril 1991, le Conseil a adopté la Résolution 687 (1991), avec laquelle se fait une lourde intervention dans les affaires de l'État irakien, en établissant, parmi autres, la démarcation de la frontière entre l'Irak et le Koweït, la création d'une zone démilitarisée et d'une mission d'observation des Nations Unies pour la situation (UNIKOM), ainsi que l'obligation de démanteler les armes de destruction massive, la demande de restitution des biens retenus au Koweït, et la création du fonds d'indemnisation pour indemniser les

---

israélien des ordonnances de confiscation de 53 hectares de terres arabes à Jérusalem-Est. Le délégué a manifesté que l'incapacité d'agir du Conseil de sécurité dans ce conflit, amènerait à douter de la crédibilité et légitimité de ses résolutions. UN. SECURITY COUNCIL, *Meetings records 1995,* S/PV.3538, Press release, 17 May 1995, CS/6043, pp. 2 et 3.

[176] Yves DAUDED, *Organisation des Nations Unies*, Répertoire de droit international, Paris, Dalloz, février 2004, No. 51 ; Olivier FLEURENCE, *La réforme du Conseil de sécurité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 112 – 116 et Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (I)*, Op. Cit., p. 467.

[177] Sur ce sujet, Guillaume Étienne affirme que « la qualification d'une situation de menace contre la paix est une question de fait et de jugement politique, une question de pure opportunité ». (Guillaume ÉTIENNE, *L'article 2, paragraphe 7, de la Charte des Nations Unies : une lecture à la lumière de la pratique récente de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité des Nations Unies,* Op. Cit., p. 240) ; voir aussi, Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souveraineté : essai sur la formation du droit international,* Paris, La Découverte, 1995, pp. 299 - 305.

[178] Particulièrement, l'interdiction d'importer des produits d'Irak ou du Koweït, la vente de matériel militaire et le gel de fonds des nationaux irakiens à l'étranger. UN. SECURITY COUNCIL, *Resolution 661 (1990),* S/RES/661 (1990), 6 August 1990, §§ 2 – 4.

[179] UN. SECURITY COUNCIL, *Resolution 678 (1990),* S/RES/678 (1990), 29 November 1990, § 2.

[180] Nasir Ahmed AL SAMARAIE, *Humanitarian implication in the war in Iraq*, International Review of the Red Cross, 2007, Vol. 89, No. 868, pp. 932 et 933.

personnes touchées par l'occupation irakienne ; pour enfin, conditionner le cessez-le-feu, à respecter toutes les dispositions de la résolution[181].

Face à la grave situation humanitaire causée par les sanctions économiques et les représailles exercées par le gouvernement irakien sur la population kurde, le Conseil de sécurité, à travers sa Résolution 688 (1991), a autorisé une intervention militaire à des fins humanitaires des États-Unis, de la France et du Royaume-Uni[182].

Ces mesures interventionnistes ont aggravé la situation humanitaire en Irak. Face à cette situation le Conseil de sécurité est resté presque impavide, il a adopté simplement la Résolution 986 (1995) pour essayer de pallier un peu la situation, flexibilisant les sanctions économiques et donnant lieu au phénomène connu sous le nom d' « *oil-for-food* », ou « pétrole contre nourriture » et d'autres produits de première nécessité[183]. Néanmoins, tel qu'il est décrit par Françoise Rigaud, « l'embargo commercial et pétrolier, blocus aérien, désarmement forcé, réparations de guerre et bombardements […] sont autant de facettes d'un régime de sanctions dont on peine, aujourd'hui, à trouver la logique, pour ne rien dire de sa légitimité »[184].

Après l'intervention du Conseil de sécurité, la situation socio-économique en Irak est devenue dramatique. L'ensemble des sommes reçues à travers le programme « *oil-for-food* » correspondaient à environ 300 dollars par personne et par an, ce qui a placé l'Irak parmi les pays les plus pauvres de la planète[185]. « L'impact désastreux de l'embargo économique sur la population irakienne est essentiellement dû à sa globalité et sa durée sans précédent. Il est également dû au fait que le régime des sanctions empêche la reconstruction du pays complètement détruit après les conséquences dévastatrices de la Guerre du Golfe »[186].

Le propre Secrétaire général des Nations Unies d'alors, Kofi Annan, dans le rapport qu'il a présenté au Conseil de sécurité sur l'exécution de la phase VII du programme « pétrole contre nourriture »[187], a montré la disproportion de l'intervention de cet organe des Nations Unies à l'égard de l'Irak, en mentionnant les effets négatifs à long terme de l'embargo « dont il estime qu'il constitue la difficulté la plus grande à laquelle des personnes innocentes continueront de se heurter des années, sinon des générations durant, et qui, à ce titre exigent

---

[181] UN. SECURITY COUNCIL, *Resolution 687 (1991),* S/RES/687 (1991), 3 April 1991.

[182] L'opération « *provide comfort* » en plus d'apporter une aide humanitaire aux réfugiés kurdes prévoyait l'établissement d'une zone de protection. « La création de cette zone en territoire irakien sera critiquée par le gouvernement [d'Irak] qui y verra une ingérence flagrante qui n'a rien à voir avec l'assistance humanitaire ». Guillaume ÉTIENNE, *L'article 2, paragraphe 7, de la Charte des Nations Unies : une lecture à la lumière de la pratique récente de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité des Nations Unies,* Op. Cit., p. 238.

[183] UN. SECURITY COUNCIL, *Resolution 986 (1995),* S/RES/986 (1995), 14 April 1995. *Oil-for-food* est devenu le programme humanitaire mis en œuvre pour pallier la crise humanitaire de la population irakienne, il a subsisté jusqu'à le 21 novembre 2003, date dans laquelle commence le transfert d'argent au fonds de développement pour l'Irak. Voir, UN. SECURITY COUNCIL, *Resolution 1483 (2003),* S/RES/1483 (2003), 22 May 2003, § 16.

[184] Françoise RIGAUD, *Irak : le temps suspendu de l'embargo*, Critique internationale, 2001, Vol. 2, No. 11, p. 15.

[185] Hervé ASCENSIO et Marc DIXNEUF, *Les sanctions contre l'Irak au regard des droits de l'homme : une méthode dévastatrice, détournée, inacceptable*, La Lettre, FIDH, 2001, p. 12.

[186] Ibidem.

[187] UN. SECURITY COUNCIL, *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 5 of resolution 1302 (2000)*, 29 November 2000.

selon lui des mesures correctives »[188]. Le Secrétaire général a déclaré également que « dans le cas de l'Irak, un régime de sanctions qui a parfaitement rempli sa mission pour ce qui est du désarmement a en revanche été tenu pour responsable, certes, involontaire, de l'aggravation d'une crise humanitaire »[189].

b. L'occupation Israël-Palestine

Le second cas, l'occupation israélienne des territoires palestiniens, montre au contraire une grande passivité du Conseil de sécurité, et une étonnante condescendance avec l'occupant par rapport aux violations des droits de l'homme et la méconnaissance systématique de ses résolutions.

Après la guerre des six jours en 1967, l'Israël a occupé les territoires palestiniens (Gaza, Cisjordanie et Jérusalem-Est), occupation que dès le début a été rejetée et déclarée illégale par le Conseil de sécurité[190]. Cependant, l'Israël a toujours refusé la restitution totale de ces territoires, générant une atmosphère tendue, qui menace de perturber la paix et la sécurité internationales[191]. Face à l'occupation israélienne, le Conseil de sécurité ainsi que ses membres permanents, n'ont pas eu le comportement rigoureux qu'ils ont montré à l'égard de l'occupation du Koweït par l'Irak[192]. En juillet 2014, il y a eu une forte tension lors du lancement d'une offensive contre la population palestinienne de Gaza, laissant malheureusement plus de 274 Palestiniens morts, 5.800 blessés, et un peu plus de 38.000 déplacés[193].

En mai 2018, s'est présentée la dernière tension à l'égard de cette occupation, lorsque les autorités d'occupation israéliennes ont perpétré un massacre laissant « 52 morts et des milliers de blessés lors de manifestations pacifiques qui ont commencé le 30 mars pour commémorer le droit de retour, rejoignant ainsi les martyrs tombés au champ d'honneur depuis le début de la tragédie palestinienne »[194]. À cette situation s'est ajoutée la décision de l'administration Trump, de transférer l'ambassade de Tel-Aviv à Jérusalem en appui de l'État d'Israël, générant, comme il a été exprimé par l'Observateur permanent de l'État observateur de Palestine auprès de l'ONU, dans la session d'urgence du Conseil de sécurité convoquée le 15 mai 2018, « une décision provocatrice […] en faisant complètement fi des sentiments et

---

188 Hervé ASCENSIO et Marc DIXNEUF, *Les sanctions contre l'Irak au regard des droits de l'homme : une méthode dévastatrice, détournée, inacceptable*, Op. Cit., p. 12.

189 UN. SECURITY COUNCIL, *Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 5 of resolution 1302 (2000)*, Op. Cit., p. 21. Voir également, COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, *Rapport présenté par le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme en Irak, M. Andreas Mavromatis*, 2001, E/CN.4/2001/42.

190 UN. SECURITY COUNCIL, *Resolution 242 (1967),* S/RES/242 (1967), 22 November 1967, § 1 ; et *Resolution 465 (1980),* S/RES/465 (1980), 1 March 1980.

191 À la longue de la durée de l'occupation, la situation du peuple palestinien s'est aggravée à cause des violations des droits de l'homme perpétrées tant par les forces armées d'Israël et le service général de sécurité que par la police paramilitaire frontalière. Voir, US. DEPARTAMENT OF STATE, *Israel's Violations of Human Rights in the Occupied Palestinian Territory*, The Palestine Yearbook of International Law, 1990/1991, Vol. VI, pp. 181 – 199.

192 John QUIGLEY, *United State Complicity in Israel's Violations of Palestinian Rights*, The Palestine Yearbook of International Law, 1984, Vol. I, pp. 95 – 120 ; et Ahmad H. SA'DI, *The Borders of Colonial Encounter : The Case of Israel's Wall*, Asian Journal of Social Science, 2010, Vol. 38, pp. 46 – 59.

193 UN. SECURITY COUNCIL, *Meetings records 2014,* S/PV.7220, Press release, 18 July 2014, CS/11482, p. 6 ; et *Meetings records 2015,* S/PV.7360, Press release, 15 January 2015, CS/11737, p. 4.

194 UN. SECURITY COUNCIL, *Meetings records 2018*, S/PV.8256, Press release, 15 May 2018, CS/13338, p. 4.

des droits légitimes des Palestiniens ainsi que des préoccupations politiques et des sentiments religieux des chrétiens et des musulmans du monde entier »[195].

Cependant, on a observé avec étonnement la passivité du Conseil de sécurité face à la violation permanente par l'État d'Israël de ses résolutions, en particulier de celles qui ordonnent le respect des territoires occupés et l'interdiction de construction dans ces zones[196]. L'attitude prise par le Conseil de sécurité à l'égard de l'occupation continue des territoires palestiniens n'a pas été celle qui attendait la communauté internationale. Il est évident que l'Organisation des Nations Unies à travers son Conseil de sécurité a failli dans l'accomplissement de sa responsabilité internationale de maintenir la paix dans le conflit israélo-palestinien[197]. Le Conseil aurait pu prendre des mesures similaires contre l'Israël à celles prises contre l'Irak : des sanctions économiques, l'interdiction des importations ou même l'intervention militaire à des fins humanitaires, pour pallier, stopper et remédier la spoliation des droits de la population de Palestine.

La dissimilitude du comportement du Conseil de sécurité dans ces deux cas –dans l'un strict et dans l'autre docile–, différents dans la substance, mais très semblables dans les méthodes déployées –l'occupation du territoire–, peut trouver une explication dans l'action politisée de cette institution[198]. Particulièrement, si on observe les actions de ses membres permanents, qui par leurs intérêts politisés, sont prêts à coopérer pour faire devenir très efficace l'obligation de maintenir la paix et la sécurité internationales, ou au contraire, faire un blocage de l'organe, en utilisant leur pouvoir de décision ou leur droit de veto[199].

L'on peut que souscrire au constat de Jean Salmon pour qui le Conseil de sécurité n'est qu'un « organe non démocratique […] dominé par les grandes puissances », censé d'agir « au nom » de tous les États membres, mais qui « n'intervient que pour réaliser les fins politiques et partisanes des grandes puissances qui le dominent de manière aléatoire à l'occasion de chaque question dont il est saisi »[200]. Tout dépend de l'affaire et des intérêts qui sont impliqués, tel que l'a relevé Gros Espiell reconnaissant en lignes générales que l'intervention humanitaire et l'action des organes internationaux ont été utilisées au long de l'histoire

---

[195] Ibid., pp. 23 et 24.

[196] UN. SECURITY COUNCIL, *Resolution 446 (1979),* S/RES/446 (1979), 22 March 1979, §§ 1 – 3 ; et *Resolution 478 (1980),* S/RES/478 (1980), 20 August 1980, §§ 1 – 5. À plusieurs reprises l'Israël a méconnu les résolutions du Conseil de sécurité et a poursuivi à l'établissement de colonies de peuplements dans les territoires palestiniens occupés. Cette situation fut constatée par le Rapporteur spécial du Conseil des droits de l'homme dans son rapport du 29 janvier 2007. CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Rapport sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967,* §§ 32 – 34, pp. 13 – 15. Disponible [En ligne] : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/HRC/4/17 (29 septembre 2018).

[197] John QUIGLEY, *The United Nations' Response to Israel's Seizure of the Gaza Strip and West Bank*, The Palestine Yearbook of International Law, 2002/2003, Vol. XXI, p. 163. Voir aussi, Raja SHEHADEH, *The Gaza Occupation : Beginnings and Endings*, The Palestine Yearbook of International Law, 2006/2007, Vol. XIV, p. 26.

[198] Voir sur le sujet, Orna BEN-NAFTALI, Aeyal M. GROSS et Karen MICHAELI, *Illegal occupation : Framing the occupied Palestine territory*, Berkeley Journal of International Law, 2005, Vol. 23, Issue 3, pp. 551 – 614.

[199] Dans la pratique, cela est connue comme « the rule of the Great Power Unanimity ». Thomas SCHLNDLMAYR, *Obstructing the Security Council : The Use of the Veto in the Twentieth Century*, Journal of the History of International Law, 2001, Vol. 3, p. 221. Voir aussi, Anjali PATIL, *The UN veto in the world, 1946-1990 : a complete record and case histories of the Security Council's veto*, Sarasota, UNIFO, 1992, p. 7.

[200] Jean SALMON, *Quelle place pour l'État dans le droit international d'aujourd'hui ?* Op. Cit., p. 44.

contemporaine pour protéger les intérêts économiques, commerciaux ou stratégiques des grandes puissances, masqués dans des prétentions humanitaires[201].

L'action sélective du Conseil de sécurité porte atteinte à sa crédibilité et à sa légitimité, ce qui explique pourquoi les États ont un manque de confiance dans les organismes internationaux[202].

2. *Les abus du droit de veto*

La deuxième illustration se trouve dans le fonctionnement particulier du Conseil de sécurité et la prise de décisions de fond sur les affaires qui lui sont soumises. L'institution du droit de veto, créée en faveur de certains membres de l'ONU en vertu de l'article 27 § 3 de la Charte des Nations Unies, brise l'égalité des nations et l'effectivité du droit international, comme le droit constitué pour résoudre les conflits internationaux. Ainsi que le relève l'ancien président de la Cour internationale de justice, « le Conseil de sécurité n'a pas pu ou su s'acquitter de sa mission par manque de convergences des volontés dont le constat évoquait toujours la menace latente ou manifeste d'un usage du droit de veto par l'un ou l'autre des membres permanents du Conseil »[203].

Le droit de veto, tel que réglé par la Charte des Nations Unies, est une prérogative accordée aux cinq États membres permanents du Conseil de sécurité, qui a été à plusieurs reprises « dénoncé comme antidémocratique »[204], et à travers lequel est bafouée l'égalité des États membres proclamée par la Charte[205]. Avec le droit de veto, connu aussi comme « the Yalta voting formula »[206], les rédacteurs de la Charte ont décidé qu'il suffirait que l'un des cinq membres permanents parmi les 15 membres du Conseil de sécurité émette un vote négatif pour qu'une résolution ou une décision de fond soit bloquée et ne puisse pas être adoptée dans cet organisme[207].

La pratique du droit de veto pose des problèmes car elle montre, comment par l'intermède de cet outil, les cinq États permanents du Conseil de sécurité font primer fréquemment leurs intérêts particuliers sur le but principal des Nations Unies qui est de

---

[201] Héctor GROS ESPIELL, « Intervención humanitaria y derecho a la asistencia humanitaria », *in* Manuel RAMA-MONTALDO (Dir.), *International Law in An Evolving World – Liber Amicorum : en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp. 306 – 307.

[202] Raja SHEHADEH, *The Gaza Occupation: Beginnings and Endings*, Op. Cit., p. 26 ; John QUIGLEY, *The United Nations' Response to Israel's Seizure of the Gaza Strip and West Bank*, Op. Cit., pp. 163 et 164 ; et Akilou AHMET BARINGAYE, *La crise des organisations internationales : le cas du système des Nations Unies*, Thèse, Lille, Atelier national de reproduction de thèses, 1991, p. 29.

[203] Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (I)*, Op. Cit., p. 465.

[204] Ibid., p. 470.

[205] L'égalité des États membres proclamée par la Charte de Nations Unies « est bafouée par le droit de veto accordé aux membres permanents du Conseil de sécurité, lequel n'est qu'un directoire des grandes puissances quand ces dernières veulent bien trouver à s'entendre ». Jean SALMON, *Quelle place pour l'État dans le droit international d'aujourd'hui ?* Op. Cit., p. 44.

[206] Francis WILCOX, *The Yalta voting formula,* The American Political Science Review, Washington, American political science association, Vol. 39, No. 5, 1945, p. 943 ; Sidney Dawson BAILEY et Sam DAW, *The procedure of the UN security council*, Oxford, Clarendon Press, 2005 ; et Thomas SCHLNDLMAYR, *Obstructing the Security Council : The Use of the Veto in the Twentieth Century*, Op. Cit., p. 223.

[207] Bruno SIMMA, Stefan BRUNNER et Hans-Peter KAUL, « Article 27 », *in* Bruno SIMMA (Ed.), *The charter of the United Nations a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, § 117, p. 514.

maintenir la paix et la sécurité internationales. « The Yale voting formula » a été utilisée, depuis 1946 jusqu'au 2018, 279 fois. La Russie l'a utilisée 137 fois ; les États-Unis n'y ont eu recours qu'à partir de 1970, « lorsqu'ils perdent la majorité automatique à l'Assemblée générale »[208] et l'utiliseront 81 fois ; le Royaume-Uni pour sa part, 30 fois ; la France, 18 fois ; et de manière plus responsable la Chine, avec un usage limité à 14 fois[209].

La Russie et les États-Unis sont le point le plus critique de l'usage abusif du droit de veto, ainsi que de la partialité et la démesure des États permanents pour paralyser le Conseil de sécurité[210], faire obstacle à l'admission de nouveaux membres aux Nations Unies[211] et pencher le système de sécurité collective vers leurs intérêts nationaux[212]. Pour pallier les blocages du droit de veto, plusieurs efforts ont été faits dans le système des Nations Unies, la résolution 377 (V) a été peut-être le plus implacable[213]. Cependant, les cinq États permanents du Conseil de sécurité peuvent encore paralyser le système ou le rendre inefficace, d'accord à leur convenance politique. Le mécanisme de substitution des fonctions créé par la résolution 377 (V) ne prévoit pas que l'Assemblée générale puisse remplacer entièrement le Conseil de sécurité, ceci est confirmé par le fait que l'Assemblée générale peut seulement agir par le biais de recommandations, autrement dit, de « propositions dépourvues de toute force obligatoire »[214].

L'image laissée par le droit de veto est assez négative pour la communauté internationale. Dans l'esprit des États reste le mécontentement par les abus faits sur cette figure. En effet, pour les moins radicaux, « il est difficile d'admettre que la puissance bénéficiaire du droit de veto l'utilise à des fins égoïstes et pour la défense de privilèges injustes

---

[208] Yves DAUDED, *Organisation des Nations Unies*, Op. Cit., No. 52.

[209] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Report of the Open-ended working group on the question of equitable representation on and increase in the membership of the Security Council and others matters related to the Security Council*, New York, 2004, A/58/47, pp. 13 – 19 ; et UN. GENERAL SECRETARIAT, *Security Council – Veto List*, 2018, Disponible [En ligne] : https://research.un.org/en/docs/sc/quick (29 septembre 2018). Cette statique fut mise à jour le 29 septembre 2018, prenant en compte les trois derniers projets de résolutions qui ont été rejetés par veto en 2018, à savoir, les projets de résolutions S/2018/156, du 26 février 2018 et S/2018/321, du 10 avril 2018, par le veto de la Russie, et le projet de résolution S/2018/516, du 1 juin 2018, par le veto des États-Unis.

[210] René DEGNI-SEGUI, *Article 24, paragraphes 1 et 2,* Op. Cit., p. 884 ; et Paul TAVERNIER, « Article 27 », *in* Jean-Pierre COT et Alain PELLET (Dir.), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, p. 953.

[211] Voir sur ce sujet, les vetos qui ont été émis par la Russie dès 1946 à 1963, la plupart de ces vetos fait référence à la question d'admission des nouveaux membres au sein des Nations Unies (Portugal, Italie, Transjordanie, Autriche, Bulgarie, Finlande, Ceylan, République de Corée, Népal, Japon, Viet Nam et Koweït). UN. GENERAL SECRETARIAT, *Security Council – Veto List*, Op. Cit. p. 1.

[212] Celle-ci fut la critique du droit de veto faite par la Zambie dans la trentième session de l'Assemblée générale de Nations Unies. UN. GENERAL ASSEMBLY, *The report of the Ad Hoc Committee on the Charter of the United Nations*, Official Records of the General Assembly, Thirtieth Session, Supplement No. 33 (A/10033), p. 118.

[213] La résolution 377 (V), adoptée par l'Assemblée générale le 3 novembre 1950, s'est définie autour de trois éléments essentiels. D'abord, le droit de l'Assemblée de suppléer le Conseil de sécurité, lorsque se présente l'une des trois situations du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, et celui-ci ne puisse pas s'acquitter de sa responsabilité principale à cause du veto. Puis, la faculté de l'Assemblée de préconiser des mesures collectives y compris, l'emploi de la force armée en cas de besoin. Enfin, la possibilité de convoquer l'Assemblée en session extraordinaire d'urgence, à la demande soit du Conseil de sécurité à sa majorité de « procédure » soit par elle-même, à la majorité de ses membres. Voir, René DEGNI-SEGUI, *Article 24, paragraphes 1 et 2,* Op. Cit., p. 885.

[214] Christian TOMUSCHAT, *Uniting for peace,* United nations audiovisual library of international law, 2008, Disponible [En ligne]: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ufp/ufp_e.pdf (29 septembre 2018).

qui vont à l'encontre de la paix et de la sécurité internationales »[215] ; et pour le plus fondamentalistes, le droit de veto est un « mécanisme antidémocratique, qui consacre une aristocratie de nations »[216].

Les enjeux du droit de veto mettent en évidence la politisation du système des Nations Unies et du droit international, mais surtout, la nécessité d'une réinvention de la structure des organisations internationales pour les faire plus égalitaires et participatives. « Grâce aux dispositions de la Charte, cinq États de l'ONU sont plus égaux que d'autres car ils disposent du droit de veto »[217]. À San Francisco, ainsi que l'a relevé très tôt Jules Badesvant, l'égalité juridique énoncée dans le préambule de la Charte s'est heurtée à l'inégalité de fait entre États[218]. En effet, « quelques États violent ouvertement depuis des années les principes les plus fondamentaux de la Charte sans qu'on leur impose une solution »[219].

Une idée de « démocratisation » du Conseil de sécurité fut lancée à l'issue de la guerre contre l'Irak en 2003, tant par le Secrétaire général que par des États tels que la France et le Royaume-Uni, favorables à l'élargissement du Conseil de sécurité à l'Allemagne et au Japon[220]. À partir de la notion de « *répartition géographique équitable* » se cherchait un élargissement à 10 du nombre des membres permanents pour que le Conseil soit représentatif de l'ensemble des régions du monde[221].

L'objet de cette idée était d'harmoniser la structure de l'organisation internationale la plus importante aux nouvelles réalités politiques, économiques, sociales et culturelles, qui sont loin de se rassembler à celles qui inspirèrent la substitution de la Société des Nations par l'organisation des Nations Unies. Avec regret, cette idée ne fut pas bien accueillie au sein de la communauté des États. Toutes les propositions qui envisagent la suppression ou l'élargissement du droit de veto « apparaissent irréalistes dans la mesure où les cinq membres permanents demeurent fermement opposés à toute réforme qui diminuerait ou supprimerait leur privilège »[222].

Cependant, la politisation des Nations Unies est un exemple de ce qu'il a de mauvais dans toutes les sphères du droit international. La politisation est présente aussi au sein des organisations internationales à vocation régionale, entourées d'un va-et-vient d'intérêts

---

[215] Par ces termes, l'Algérie a exprimé sa critique à l'encontre des États-Unis par son opposition à l'admission des deux États vietnamiens en 1975, à savoir, la République démocratique de Viet Nam et la République du Sud-Viet Nam. UN. GENERAL ASSEMBLY, *The report of the Ad Hoc Committee on the Charter of the United Nations*, Op. Cit., p. 6.

[216] Il s'agit de la formule utilisée par la Colombie afin de décrire le phénomène du droit de veto dans le Conseil de sécurité. Ibid., p. 22.

[217] Pierre-Édouard DELDIQUE, *Faut-il supprimer l'ONU ?* Paris, Hachette Littérature, 2003, p. 38.

[218] Jules BASDEVANT, *Le veto dans l'Organisation des Nations Unies*, Revue politique étrangère, No. 4, 1946, p. 327.

[219] Jean SALMON, *Quelle place pour l'État dans le droit international d'aujourd'hui ?* Op. Cit., p. 46.

[220] Yves DAUDED, *Organisation des Nations Unies*, Op. Cit., No. 51.

[221] Il s'agit de la proposition présentée par l'Australie en 1995. Cette proposition ajoutait 5 États de plus au nombre des membres permanents : quatre pour les États d'Europe occidentale, un pour les États d'Europe orientale, deux pour les États d'Afrique, deux pour les États d'Asie et un pour les États d'Amérique Latine et des Caraïbes. Olivier FLEURENCE, *La réforme du Conseil de sécurité*, Op. Cit., pp. 112 – 116. Sur cette initiative, il a eu d'oppositions, surtout à l'élargissement du nombre des membres permanents d'Europe occidentale, « lorsque celle-ci œuvre progressivement à une unification qui finira par poser le problème, en fait déjà souligné par l'Italie et l'Espagne, d'une représentation unique de l'Europe au Conseil de sécurité ». Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (I)*, Op. Cit., p. 467.

[222] Paul TAVERNIER, « Article 27 », Op. Cit., pp. 955 et 956.

étatiques dû à l'exaltation de la théorie volontariste ainsi que de la souveraineté des États.

B. La politisation des organisations régionales

La politisation –présente dans les quatre coins du monde– montre bien comment le droit international par la voie de la souveraineté des États, voit stoppée son efficacité et sa téléologie. Le droit international reste soumis aux enjeux des intérêts étatiques qui sont déterminés par les relations économiques et politiques existantes entre eux, mettant cela en exergue les différences entre les États plus et moins puissants. C'est le cas de la politisation des organisations à vocation régionale. En Amérique, on peut voir la politisation dans *l'Organisation des États américains (OEA) et la dénonciation de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (CADH) (I)*. En Europe, on peut la voir aussi dans la discussion sur *l'adhésion de l'Union européenne (UE) au Conseil de l'Europe (II)*. En Afrique, la politisation a été présente dans l'Union Africaine (UA) avec *la polémique générée par l'unification de la Cour de justice africaine et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (III)*.

I. L'Organisation des États américains et la dénonciation de la CADH

Dans le système de protection des droits de l'homme de l'OEA se trouvent deux cas concrets qui mettent en relief la politisation qui envahit de plus en plus ce droit et ses organismes. Il s'agit *des dénonciations présentées par la Trinité-et-Tobago (1)* et *par le Venezuela (2)* à la CADH par recours à son article 78 en vue de se dégager des obligations de protection et garantie des droits de l'homme, ainsi que de la compétence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IDH). Le problème de telles dénonciations a été de laisser les populations dépourvues du droit au recours effectif pour protéger les droits de l'homme et sans une véritable possibilité d'accès à la justice interaméricaine. La situation est plus alarmante si on prend en compte, tel qu'il a été remarqué à plusieurs reprises par le juge international Cançado Trindade, que le droit à l'accès à la justice est *lato sensu*, le droit d'obtenir la justice, le droit autonome à la réalisation de la justice elle-même[223].

Ces deux situations concrètes décrivent le dépassement des limites des intérêts gouvernementaux, mettant en déclin le droit international, sans tenir compte des conséquences nocives qu'entraînent pour l'être humain et l'humanité les enjeux de la politisation du droit international.

1. La dénonciation par la Trinité-et-Tobago

La dénonciation de la CADH par la Trinité-et-Tobago eut lieu en 1999, après d'avoir été sanctionnée à plusieurs reprises par la Cour IDH en raison des dispositions de sa législation sur

[223] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine*, Op Cit., p. 210. Voir aussi, OEA, *Presentación del Presidente de la Corte interamericana de derechos humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA) : « El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos »*, (16 octobre 2002), document OEA/Ser.G/CP/doc.3654/02, 17 octobre 2002, pp. 15 et 16.

l'application de la peine de mort sur son territoire[224].

Dans la législation pénale de la République de Trinité-et-Tobago (*The offences against the Person Act 1925, Section IV*) l'assassinat est puni par la peine capitale, dans tous les cas et sans tenir compte des circonstances concrètes de chacun[225]. Cette situation a conduit plusieurs affaires à la saisine des organes du système interaméricain (SIDH) ; d'abord de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (Commission IDH), en tant qu'organisme quasi juridictionnel, ensuite, de la Cour IDH, en tant qu'organisme juridictionnel.

Les trois premières affaires connues par le tribunal interaméricain ont été les cas de *Hilaire*[226], *Benjamin et d'autres*[227], et celui de *Constantine et d'autres*[228]. Dans ces affaires, la Cour en plus d'émettre des mesures provisoires pour préserver la vie des condamnés, a statué sur les exceptions préliminaires de l'État opposées aux recours intentés à son encontre devant la Cour par ces condamnés à la peine de mort pour crime d'assassinat.

Il ressort déjà de ces trois affaires la manière politisée par laquelle l'État assume sa responsabilité par la violation des droits de l'homme. En particulier, la Trinité-et-Tobago, avec l'intention de se soustraire de la compétence de la Cour, a soutenu que la réserve de son instrument d'adhésion à la CADH, exclut toute affaire qui serait incompatible avec les dispositions de sa Constitution, et toujours sous la condition que les arrêts ne portent pas atteinte, créent ou suppriment des droits ou devoirs existants des citoyens[229].

L'État défendeur a affirmé de manière répétitive dans sa défense, qu'en exercice de sa souveraineté, il a eu toujours l'intention exclusive d'accepter une compétence limitée de la Cour, c'est-à-dire une compétence selon laquelle toute loi contraire à sa Constitution est nulle. Par conséquent, une incompatibilité entre la CADH et la Constitution aurait besoin d'une

---

[224] Eduardo FERRER MAC-GREGOR et Carlos María PELAYO MÖLLER, « Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno », *in* Christian STEINER et Patricia URIBE (Ed.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos : Comentario*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 89. La dénonciation fut notifiée par la Trinité-et-Tobago le 26 mai 1998 à l'Assemblée générale de l'OEA et elle entra en vigueur le 26 mai 1999, date dans laquelle officiellement l'État n'est plus lié à la CADH. Voir, OAS. GENERAL SECRETARIAT, *General information of the treaty : B-32,* Washington, OAS, Treaty series, No. 36, Disponible [En ligne] : http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm (29 septembre 2018).

[225] Il s'agit de la section 4 de loi de délits contre la personne de 1925, qui établis comme sanction unique pour l'assassinat, la peine de mort. (*The offences against the Person Act 1925*), Disponible [En ligne] : http://rgd.legalaffairs.gov.tt/Laws2/Alphabetical_List/lawspdfs/11.08.pdf (29 septembre 2018).

[226] COUR IDH, *Affaire Hilaire Vs. Trinité-et-Tobago*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 80, 1 septembre 2001, § 2.

[227] COUR IDH, *Affaire Benjamin et autres Vs. Trinité-et-Tobago*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 81, 1 septembre 2001, § 2.

[228] COUR IDH, *Affaire Constantine et autres Vs. Trinité-et-Tobago*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 82, 1 septembre 2001, § 2.

[229] En effet, la Trinité-et-Tobago lors de la signature de la CADH le 3 avril 1991, a déposé l'instrument d'adhésion le 28 mai 1991 avec deux réserves. La première, établissait qu « à l'égard de l'article 4(5) de la Convention, le gouvernement de la République de la Trinité-et-Tobago formule une réserve puisque dans les lois de la Trinité-et-Tobago n'existe pas une prohibition d'appliquer la peine de mort à une personne de plus de soixante-dix (70) ans d'âge » ;Tandis que la deuxième, fixait qu' « à l'égard de l'article 62 de la Convention, le gouvernement de la République de la Trinité-et-Tobago reconnaît la juridiction obligatoire de la [Cour IDH] consacrée à cet article, dans la mesure dans laquelle telle reconnaissance soit compatible avec les sections pertinentes de la Constitution de la République de la Trinité-et-Tobago, et à condition qu'un arrêt de la Cour n'atteigne pas, établit ou annule de droits ou de devoirs existants de citoyens particuliers ». Voir, OAS. GENERAL SECRETARIAT, *General information of the treaty : B-32,* Op. Cit.

réforme de cette dernière relevant de la seule compétence du Parlement[230]. La défense de l'État a indiqué également, que la Cour n'est compétente que si la disposition de la Convention n'est pas incompatible avec la Constitution de la Trinité-et-Tobago, c'est-à-dire si elle n'est pas incompatible avec l'interprétation que les tribunaux de l'État l'ont donnée à la partie pertinente de la Constitution[231].

Pour sa part, la Cour a contesté catégoriquement l'exception d'incompétence exprimée par l'État défendeur afin de lui soustraire la connaissance du litige et de ne pas s'acquitter de ses obligations internationales de protection et promotion des droits reconnus par la CADH. La Cour a affirmé que l'interprétation de la Convention, conformément à son objet, doit assurer la préservation de l'intégrité des dispositions de l'article 62.1 relatif à la reconnaissance de la compétence[232] ; qu'il serait inacceptable de subordonner ces dispositions à des restrictions qui rendraient inopérant le système des droits de l'homme, prévu dans la Convention, et par conséquent, le fonctionnement de la Cour ; qu'en autre, l'État avec les arguments présentés, prétend subordonner l'application de la CADH à sa législation et à l'interprétation conforme à celle de ses tribunaux. La Cour en a dès lors déduit que la réserve formulée par la Trinité-et-Tobago dans l'instrument d'adhésion à la CADH est manifestement incompatible avec son objet et son but[233].

En ce qui concerne *The offences against the Person Act de 1925*, la Cour dans l'arrêt sur le fond qui regroupe les trois affaires précitées, a déclaré que même si la Convention n'interdit pas expressément l'application de la peine de mort, sa jurisprudence a déterminé que les règles conventionnelles sur celle-ci doivent s'interpréter dans le sens de limiter définitivement son application et sa portée, de telle manière qu'elle puisse se réduire progressivement jusqu'à son abolition définitive[234]. La Cour note également que cette loi impose la peine de mort automatique et générique pour le crime d'assassinat et méconnaît des nuances de divers ordres de gravité, ce qui, à l'égard du droit à la vie, est arbitraire[235], constitue une incompatibilité avec la Convention[236], et devienne une violation des obligations internationales étatiques de promotion et protection des droits[237]. L'arrêt de la Cour IDH, a conclu à la condamnation consécutive de l'État défendeur pour la violation du droit à la vie[238], à l'incompatibilité de la loi de délits contre la personne avec la CADH, à l'obligation de l'État de s'abstenir d'appliquer la section 4 de cette loi, et à celle de la reformer dans un délai raisonnable[239].

---

[230] COUR IDH, *Affaire Hilaire Vs. Trinité-et-Tobago*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 80, Op. Cit., § 70.
[231] Ibid., § 71.
[232] D'après la construction jurisprudentielle de la Cour IDH, la prérogative instituée par l'article 62.1 de la CADH constitue une « cláusula pétrea », laquelle n'admit pas des limitations qui ne sont pas expressément prévues dans son contenu. Voir, Alejandra NUÑO, « Artículos 61, 62, 66 – 69 : Competencia, funciones y procedimiento ante la Corte IDH », *in* Christian STEINER et Patricia URIBE (Ed.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos : Comentario*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 894.
[233] COUR IDH, *Affaire Hilaire Vs. Trinité-et-Tobago*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 80, Op. Cit., § 82 et 88 ; *Affaire Benjamin et autres Vs. Trinité-et-Tobago*. Arrêt d'exceptions préliminaires. Série C n° 81, 1 septembre 2001, § 79 – 84.
[234] COUR IDH, *Affaire Hilaire, Constantine, Benjamin et autres Vs. Trinité-et-Tobago*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 94, 21 juin 2002, § 99.
[235] Ibid., § 103.
[236] Ibid., §§ 116 – 118.
[237] Ibid., §§ 108 et 109.
[238] Ibid., points résolutifs No. 6 et 7.
[239] Ibid., point résolutif No. 8.

Cependant, la Trinité-et-Tobago n'a pas agi de la manière dont on pourrait s'attendre d'un État respectueux des droits de l'homme et du droit international, mais comme un État épris par les intérêts étatiques centrés seulement à faire primer sa volonté. La réponse donnée à travers son gouvernement fut radicale. Selon la défense de l'État, un tribunal international ne peut pas empêcher celui-ci d'appliquer légitimement la peine capitale qui a été démocratiquement consacrée dans la Constitution, car une telle interprétation de la disposition conventionnelle annulerait tout droit[240].

Sur les prétentions de la Trinité-et-Tobago de se soustraire à la compétence du tribunal interaméricain, à travers la réserve faite dans l'instrument d'adhésion à la CADH, l'opinion du juge Cançado Trindade, s'est exprimée catégoriquement,

> « Il ne peut pas se valider une pratique internationale qui s'est pliée au volontarisme étatique, qui a trahi l'esprit et le but de la clause facultative de juridiction obligatoire –sur le point de la fausser complètement–, et qui a conduit à la perpétuation d'un monde fragmenté en unités étatiques qui se prennent pour des arbitres de la portée des obligations internationales contractées, alors qu'ils ne semblent pas vraiment croire en ce qu'ils ont accepté : la justice internationale » [241].

Nonobstant, les efforts de la Cour IDH pour protéger les droits des personnes dans la Trinité-et-Tobago et de mettre en harmonie sa législation pénale avec la CADH ont été infructueux. Le gouvernement de la Trinité-et-Tobago, longtemps avant d'être résolues les affaires sur le fond par la Cour de San José, a décidé de dénoncer la CADH et de révoquer la compétence contentieuse du tribunal interaméricain. De même, et malgré les mesures provisoires ordonnées par ce tribunal afin de sauvegarder le droit à la vie des condamnés[242], mesures considérer comme obligatoires au regard de l'article 63.2 de la CADH pour les États parties, le gouvernement a pris la décision d'exécuter deux des requérants, Joey Ramiah et Anthony Briggs[243]. La Trinité-et-Tobago a transformé avec ses actions un problème juridique, où la discussion était centrée dans la compatibilité normative du droit interne, en une question politisée où la volonté étatique a été plus importante que les droits de l'homme des personnes.

2. *La dénonciation par le Venezuela.*

Une situation pareille fut vécue par la population vénézuélienne avec le gouvernement de l'ancien président Hugo Chávez. Ce président, après d'avoir reçu le Venezuela une condamnation interaméricaine mettant en cause la législation nationale sur les sanctions fiscales et les règles du procès équitable, en raison du jugement fiscal effectué à l'encontre de M. López Mendoza, l'empêchant d'être candidat à la présidentielle[244], a pris la décision de

---

[240] COUR IDH, *Affaire James et autres Vs. Trinité-et-Tobago,* Résolution de mesures provisoires, 29 août 1998, § 5.

[241] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Opinion concordante d'exceptions préliminaires,* COUR IDH, Affaire Constantine et autres Vs. Trinité-et-Tobago, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 82, Op. Cit., § 25.

[242] COUR IDH, *Affaire James et autres Vs. Trinité-et-Tobago*, Résolution de mesures provisoires, 25 mai 1999, et *Affaire James et autres Vs. Trinité-et-Tobago*, Résolution de mesures provisoires, 27 mai 1998.

[243] Joey Ramiah fut exécuté le 4 juin et Anthony Briggs le 28 juillet 1999. Voir, COMMISSION IDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106, 13 avril 2000, § 89.

[244] COUR IDH, *Affaire López Mendoza Vs. Venezuela*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 233, 1 septembre 2011.

dénoncer la CADH et de révoquer la compétence de la Cour IDH. L'objectif recherché avec la dénonciation était d'éviter que le tribunal interaméricain puisse connaître de toutes les affaires sur les violations des droits de l'homme au Venezuela[245], y compris, celles qui traitent des violations massives et systématiques par le dysfonctionnement de l'ordre juridique étatique à l'égard des obligations conventionnelles[246].

L'intéressant du cas vénézuélien, surtout en ce qui concerne la politisation du droit international, c'est le débat mis en scène par les gouvernements sur les possibles atteintes à la souveraineté étatique que l'exercice du contrôle de conventionnalité de la Cour IDH peut amener aux États, principalement, lorsque la Cour dans ses arrêts les oblige à harmoniser leurs normes internes avec le droit interaméricain.

Les gouvernements se plaignent que la Cour ait ordonné la compatibilité de droits étatiques avec la CADH et les autres instruments interaméricains relatifs aux droits de l'homme. Il en est ainsi des instruments tels que la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (DADDH)[247], le Protocole de San Salvador relatif aux droits sociaux, économiques et culturels[248], la Convention interaméricaine de Belém Do Pará pour prévenir, sanctionner et éradiquer la violence contre la femme[249], la Convention interaméricaine pour l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les personnes handicapées[250]. L'on peut y ajouter, la Déclaration américaine sur les droits des peuples indigènes[251], la Convention interaméricaine pour prévenir et sanctionner la torture[252], et la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes[253].

En effet, il faut lire le document de dénonciation adressé par le Ministre des affaires étrangères du Venezuela, où il est question de la politisation de l'OEA et du SIDH, mettant l'accent sur la partialité, qui existerait, selon le Venezuela, à l'intérieur des deux organismes qui composent le système interaméricain. Le gouvernement vénézuélien y dénonce que dans les dernières années la pratique des organismes régis par le Pacte de San José, tels que la

---

[245] La CADH a établi dans son article 78.1, que tout État partie peut s'en retirer de la CADH à travers la dénonciation du traité. Cependant, selon les dispositions de cet article, elle aura des effets un an après que le document de dénonciation a été adressé au Secrétaire général de l'Organisation, qui doit en informer les autres États parties. Le Venezuela a déposé l'instrument de dénonciation de la CADH le 10 septembre 2012.

[246] On verra *infra* que les violations massives et systématiques des droits de l'homme font naître, sans l'avoir prévu, un dialogue des juges interaméricains, européens et africains. Les premiers, avec le contrôle de conventionnalité ; les deuxièmes avec les arrêts pilotes ; et les troisièmes, avec l'exercice du contrôle de compatibilité des normes.

[247] OEA, *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, Disponible [En ligne] : https://www.cidh.oas.org/basicos/french/b.declaration.htm (29 septembre 2018).

[248] OEA, *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels, « Protocole de San Salvador »*, Disponible [En ligne] : https://www.cidh.oas.org/basicos/french/e.sansalvador.htm (29 septembre 2018).

[249] OEA, *Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme, « Convention de Belém Do Pará*, Disponible [En ligne] : https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-FRANCAIS.pdf (29 septembre 2018).

[250] OEA, *Convention interaméricaine pour l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les personnes handicapées*, Disponible [En ligne] : https://www.cidh.oas.org/Basicos/French/o.handicapees.htm (29 septembre 2018).

[251] OEA, *Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Disponible [En ligne] : http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2029_XXXIV-O-04_spa.pdf (29 septembre 2018).

[252] OEA, *Convention interaméricaine pour prévenir et sanctionner la torture*, Disponible [En ligne] : https://www.cidh.oas.org/basicos/french/i.torture.htm (29 septembre 2018).

[253] OEA, *Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes*, Disponible [En ligne] : https://www.cidh.oas.org/basicos/french/k.disparition.htm (29 septembre 2018).

Commission IDH et la Cour IDH, « s'est éloignée des principes sacrés qui sont appelés à protéger, devenant une arme politique destinée à miner la stabilité de certains gouvernements, spécialement celui [du Venezuela], adoptant une ligne d'action d'ingérence dans les affaires internes [du] gouvernement »[254].

Selon le Ministre des affaires étrangères, l'ingérence effectuée par les organes du SIDH « porte atteinte et méconnaît les principes fondamentaux et essentiels largement consacrés en droit international, comme ceux de la souveraineté étatique et de l'autodétermination des peuples, arrivant, même, à méconnaître le contenu propre et les dispositions de la Commission IDH »[255]. D'après le Ministre, la politisation des organes du SIDH est parvenue à ignorer « les aspects relatifs à la procédure que, d'accord à la Convention, règlent l'action de la Commission IDH et la Cour IDH, tel que l'épuisement nécessaire des voies de recours internes de l'État partie à la Convention. L'ignorance de ces procédures suppose la méconnaissance à l'ordre institutionnel et juridique de chacun des États parties audit traité international, et donc, un autre irrespect à leur souveraineté ; dénotant, tout cela, une importante régression du système interaméricain des droits de l'homme, qu'il faut y remédier sans retard »[256].

De plus, dans la présentation du rapport explicatif à la population vénézuélienne de la dénonciation du Pacte de San José, la politisation existante en Amérique par rapport à l'OEA se remarque avec clarté. D'après le Ministre des affaires étrangères du Venezuela, « le Gouvernement bolivarien, en plus de plusieurs d'autres chefs d'État de notre Amérique, a dénoncé en multiples opportunités et dans les scénarios les plus divers, l'instrumentalisation de quelques organismes internationaux de la part des États-Unis et de leur politique d'ingérence en Amérique Latine, en particulier la Cour IDH, qui appartient à l'Organisation des États américains (OEA) »[257].

Néanmoins, on doit rappeler que dans le rapport 117/12, le Secrétaire général de l'OEA, a manifesté sa préoccupation par la situation des droits de l'homme au Venezuela et par la dénonciation que ce pays a fait de la CADH ainsi que de la compétence contentieuse de la Cour IDH. À son avis, « les habitants du Venezuela perdront une instance de protection de leurs droits de l'homme, ils resteront plus vulnérables aux abus et auront moins de recours disponibles pour se défendre »[258].

Un autre aspect de la politisation du droit international dont les enjeux sont, entourés par les intérêts étatiques et appuyés par les aspects économiques, aux dépens de la protection de l'être humain, est à constater sur le terrain de l'adhésion de l'UE à la Conventions européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH) concluez dans le cadre du Conseil de l'Europe.

II. L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, une question très politisée.

---

[254] Nicolás MADURO et Hugo CHÁVEZ, *Denuncia y salida de Venezuela de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Caracas, Ministerio para la Comunicación y la Información, 2013, p. 29.
[255] Ibid., p. 30.
[256] Ibidem.
[257] Ibid., p. 5.
[258] COMMISSION IDH, *Communiqué de Presse 117/12*, 17 septembre 2012, Disponible [En ligne] : http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp (29 septembre 2018).

L'idée de pouvoir harmoniser les objectifs et les fonctions de l'UE et du Conseil de l'Europe paraît récente si on parle de l'article 6.2 du traité de Lisbonne[259] et de l'article 17.2 du Protocole n° 14 du Conseil de l'Europe[260], car ces dispositions matérialisent, au moins en théorie, la possibilité de l'adhésion de l'UE à la CEDH. Néanmoins, l'idée d'adhésion est ancienne et elle fut proposée vers la fin des années soixante-dix, plus exactement en 1979, par la Commission européenne au Parlement européen[261].

Cependant, cette idée d'adhésion sera mise en sommeil jusqu'aux années quatre-vingt-dix où la Commission européenne a adressé une communication au Conseil de l'UE[262], conduisant celui-ci à demander l'avis consultatif de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)[263]. L'avis rendu sera aussi l'usage pour la première fois, faite de la procédure prévue à l'article 228.6 du Traité de Maastricht[264]. *L'avis 2/94 de la CJCE (1)*, émis le 28 mars 1996, montrera la politisation existante à l'intérieur de l'UE et de ses institutions sur le sujet de son adhésion à la CEDH. Cette politisation sera confirmée de nouveau par le récent *avis 2/13 de la CJUE (2)*.

1. L'avis 2/94 de la CJCE

Si le traité de Lisbonne a modifié l'article 6 du TUE et du traité instituant la communauté européenne, la cause a résidé dans l'avis consultatif 2/94 aux termes duquel « en l'état actuel du droit communautaire, la Communauté n'a pas compétence pour adhérer à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », et que pour réussir une telle entreprise il fallait faire une révision du traité sur l'UE d'accord à son article N[265].

---

[259] L'article 6.2 du traité de Lisbonne autorise l'adhésion de l'UE au SEDH dans les termes suivants : « L'Union adhère à la [CEDH]. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités ». Le traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007, devait pour son entrée en vigueur, avoir la ratification de tous les États membres de l'UE. Suite au dépôt, le 3 novembre 2009, de l'instrument de ratification de la République Tchèque le traité est entré en vigueur depuis le 1er décembre 2009.

[260] L'article 17 du Protocole n° 14 amende l'article 59 de la CEDH. Dans son paragraphe 2, cette norme établit que « l'[UE] peut adhérer à la présente Convention ». Rappelons que ce protocole fut adopté en mars 2004 mais il entra en vigueur que le 1er juin 2010 depuis le blocage fait par la Russie qui n'a pas ratifié le protocole empêchant l'application de la figure du juge unique pour l'irrecevabilité des requêtes présentées à la Cour EDH.

[261] EUROPEAN COMMISSION, *Memorandum on the Accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Supplement 2/79, 2 May 1979.

[262] EUROPEAN COMMISSION, *Communication on community accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and some of its Protocols*, SEC (90) 2087 final, Brussels, 19 November 1990. Voir aussi, Daniela NAPOLI, « The European Union's Foreign Policy and Human Rights », *in* Nanette A. NEUWAHL et Allan ROSAS (Ed.), *The European Union and Human Rights*, Boston, Martinus Nijhoff, 1995, p. 303 ; et Francesco MARTUCCI et Dominique RITLENG, « L'Union européenne devant le prétoire de la Cour européenne des droits de l'homme, *in* Laurence DUBIN et Marie-Clotilde RUNAVOT (Dir.), *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, Paris, Pedone, 2014, pp. 165 – 171.

[263] La CJCE à partir du Traité de Lisbonne devient la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

[264] Patrick WACHSMANN, *L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, RTD eur, Paris, Dalloz, 1996, pp. 476-492.

[265] CJCE, *Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/94, 28 mars 1996, § 6. Voir sur le sujet, Athanase POPOV, *L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH*, Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, 2015, § 1, février, Disponible [En ligne] : https://revdh.revues.org/1065 (29 septembre 2018).

L'argument donné par la CJCE sur cet avis, niant la possibilité d'adhésion directe de ce qui est aujourd'hui l'UE à la CEDH, sans passer avant par la révision du TUE, a été la source de plusieurs critiques[266]. L'une de ces critiques a eu lieu, notamment, par la négation de la CJCE à reconnaître que dans le but de l'UE –ancienne communauté européenne– se trouve le respect et la protection de droits fondamentaux, en dépit de sa jurisprudence selon laquelle « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect »[267].

La décision prise par la CJCE dans son avis consultatif en 1996, montre la politisation qui existe dans l'ensemble de cette organisation et de ses organismes, au point d'empêcher que le système communautaire européen s'engageât à respecter les droits de l'homme reconnus dans la CEDH, par la voie d'une obligation conventionnelle et non par la voie des principes généraux de l'Union. Malheureusement, la décision émise par la CJCE dans l'avis 2/94 a empêché dès les années quatre-vingt-dix l'adhésion de l'UE à la CEDH, et évidemment, n'a pas permis dès ces années la construction d'un espace commun de protection des droits de l'homme dans toute l'UE[268].

La politisation de cette adhésion s'est manifestée autour de plusieurs points aigus, par exemple : si « l'adhésion aura pour effet de permettre à la Cour européenne des droits de l'homme de statuer en dernier lieu sur les violations éventuelles à la Convention commises par l'Union » ; s'il est nécessaire de l' « existence d'un juge nommé par l'Union », quelle sera la « procédure de nomination de ce juge » ? Ou bien, quel sera le type de « participation de l'Union aux réunions du Comité des ministres du Conseil de l'Europe »[269] ? Néanmoins, il est incompressible que pour ces démarches, plus techniques que substantielles, les êtres humains perdent une importante voie de recours pour se plaindre directement contre les abus ou les atteintes à leurs droits de l'homme commis par l'UE.

Il est vrai que difficilement peut-on imaginer l'adhésion entre l'une des organisations les plus importantes de l'Europe, l'UE, à la CEDH, sans l'existence, à son entour, d'un enjeu politique voire de « politisation ». Dans cette question, tel qu'il est reconnu par Jean Salmon, « le problème pour l'Europe est moins institutionnel que politique »[270]. Cette appréciation est confirmée, si on tient compte que l'adhésion de l'UE s'est fondée sur les principes contenus dans le Protocole n° 8 du traité de Lisbonne, où il a été bien précisé que l'adhésion à la CEDH « doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union »[271] ; ainsi que de « garantir qu'aucune de ses dispositions n'affecte la situation particulière des États membres à l'égard de la Convention »[272].

À cet égard, Clemens Ladenburger, affirme que le Protocole n° 8 a laissé très clair, que « les caractéristiques du système de la [CEDH] devront être préservées après l'adhésion de

---

[266] Jean-Paul JACQUÉ, « Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme », *in L'Europe et le droit : Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 325.
[267] CJCE, *Affaire Internationale Handelsgesellschaft*, Arrêt C-11/70, 17 décembre 1970.
[268] Sionaidh DOUGLAS-SCOTT, *Autonomy and Fundamental Rights : The ECJ's Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR*, Europarättslig Tidskrift, 2016, No. 1, p. 30.
[269] Jean-Paul JACQUÉ, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, RTD eur, Paris, Dalloz, 2011, p. 7.
[270] Jean SALMON, *Quelle place pour l'État dans le droit international d'aujourd'hui ?* Op. Cit., p. 47.
[271] Article 1.
[272] Article 2. Voir à cet égard : Athanase POPOV, *L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH*, Op. Cit., § 2.

l'Union, dans la plus large mesure possible », et que « le principe de l'autonomie du droit de l'Union devra être sauvegardé »[273]. Ce qui implique, à la fin que « la Cour de Strasbourg ne devrait pas être appelée à interpréter le droit de l'Union et notamment ses règles de compétences »[274]. Principalement, parce que ces principes font déjà tendus le dialogue entre les juges européens et laissent dans *l'ego* juridique de chaque Cour la protection des droits de l'homme en Europe, sans garantir la création d'un espace commun harmonieux et de collaboration pour la protection des droits les plus fondamentaux des personnes.

Comme il peut se percevoir, la politisation a généré une discussion européenne par rapport à l'idée d'une hiérarchie parmi les deux cours à l'égard de la protection des droits fondamentaux. Une hiérarchie qui pourrait, dans le plan des droits de l'homme placer, par sa spécialité, la Cour EDH au-dessus de la CJUE et, au contraire, cette dernière dans un niveau supérieur, dans le plan du droit communautaire, dû à « l'effet direct » qui caractérise le droit communautaire[275].

Cette discussion s'est renforcée, lorsque le 1er décembre 2009, entra en vigueur dans le système de l'UE, le traité de Lisbonne et la Charte des droits fondamentaux, laquelle établit dans son préambule, qu'elle respecte les droits qui résultent de la CEDH ainsi que de la jurisprudence de la Cour EDH. Une telle précision obligeait *a priori* le rapprochement idéologique, politique et juridique des deux systèmes, celui du droit de l'UE, gardé et interprété exclusivement par la CJUE, et celui provenant de la CEDH qui est du monopole interprétatif de la Cour EDH.

Le rapprochement des deux cours a été l'un des aspects les plus politisés dans les échanges entre les États membres et dans les débats au Parlement européen. Ce rapprochement a permis de voir et de comprendre que dans les enjeux de la politisation les êtres humains sont souvent les derniers à être pris en compte, et par corollaire, sont les premiers à être ignorés dans les négociations internationales.

En effet, au cours des négociations « certains [États] ont revendiqué que le traité d'adhésion ne devrait pas couvrir la politique étrangère et de sécurité de l'Union »[276], dans le but d'empêcher que la Cour EDH puisse juger sur cet aspect. Cependant, ces voix ont ignoré que le traité de Lisbonne lui donne à l'UE une personnalité juridique unique encadrée par le fait de couvrir l'action « des trois anciens « piliers » » qu'ont été supprimés, y compris la politique étrangère et de sécurité[277], et qu'une telle exclusion du champ d'action de la CEDH

---

[273] Clemens LADENBURGER, *Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, RTD eur, Paris. Dalloz, 2011, p. 20.

[274] Ibidem.

[275] « L' « effet direct » d'une disposition du droit communautaire signifie qu'elle confère aux particuliers des droits et obligations qu'ils peuvent invoquer devant les juridictions nationales. Non seulement une disposition ayant un effet direct doit être appliquée par les juridictions nationales mais, en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, elle l'emporte sur le droit interne contraire ». COUR EDH, *Affaire Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketl Vs. Irlande*, Requête nº 45036/98, 30 juin 2005, § 92.

[276] Clemens LADENBURGER, *Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 22.

[277] Le traité de Maastricht avait pour l'UE trois piliers. Le ***pilier communautaire,*** qui correspondait aux trois communautés : l'ancienne Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) ; la Communauté européenne de l'énergie atomique (EURATOM) et la Communauté européenne. Le ***pilier consacré à la politique étrangère et de sécurité commune*** (PESC) qui était couverte par le titre V du traité sur l'Union européenne ; et le ***pilier consacré à la coopération policière et judiciaire en matière pénale*** qui était couverte par le titre VI du traité sur l'UE.

et de la Cour EDH, serait sûrement rejetée par les États contractants pour être contraire à l'essence de la convention.

On trouve ainsi que quelques observateurs se sont inspirés de l'arrêt *Bosphorus* de la Cour EDH pour justifier l'exclusion de compétence en matière de politique étrangère et de sécurité de l'Union[278]. Selon cet arrêt, « le système juridictionnel de l'Union assure une protection équivalente des droits fondamentaux, pour avancer l'idée selon laquelle on pourrait se contenter d'une « adhésion matérielle » de l'Union à la [CEDH] »[279]. Autrement dit, d'une adhésion que « servirait à incorporer les normes de la [CEDH] en tant que telles au droit de l'Union sans toutefois soumettre l'Union au système de contrôle de Strasbourg »[280].

Dans le même esprit, et fondés sur le même arrêt de la Cour de Strasbourg, d'autres ont voulu « que les principes de l'arrêt *Bosphorus* –la présomption de conventionnalité et le standard réduit de contrôle exercé par la Cour de Strasbourg– soient codifiés dans le traité d'adhésion »[281], empêchant de cette manière que la Cour EDH puisse exercer un véritable contrôle des actes de l'Union.

Il est évident que ces propositions vont en contresens de l'idée de créer un espace de protection harmonieux et commun pour l'Europe, autant qu'au mépris de la téléologie du droit international des droits de l'homme, de sauvegarder les droits des personnes. Les désirs de l'adhésion de l'UE à la CEDH et de la protection consolidée des droits de l'homme par la mise en œuvre d'un espace juridique commun en Europe, sont relayés au second plan par la politisation sur les aspects formels de l'adhésion, en oubliant ce qui appartient à son essence, la protection réelle et effective des droits fondamentaux des êtres humains.

D'autre part, des idées plus rationnelles ont assuré qu'une telle politisation peut s'arrêter si l'on conçoit que « l'adhésion doit permettre justement d'inscrire les Cours de Luxembourg et de Strasbourg dans une dynamique de coordination et de complémentarité, à l'intérieur d'un système intégré de protection des droits fondamentaux »[282]. Un système qui

---

[278] Par cet arrêt la Cour EDH déclara qu'il n'a pas eu violation du droit à la propriété privée reconnu par l'article 1 du Protocole n° 1 additionnel à la CEDH, pour la saisie faite par l'Irlande d'un aéronef à une société de nationalité Turque (Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketl), en application d'un règlement communautaire. La Cour a considéré « que la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est, et était à l'époque des faits, « équivalente » à celle assurée par le mécanisme de la Convention. Par conséquent, on peut présumer que l'Irlande ne s'est pas écartée des obligations qui lui incombaient au titre de la Convention, lorsqu'elle a mis en œuvre celles qui résultaient de son appartenance à la Communauté européenne », ce qui a fait naître l'idée de la présomption de conventionnalité entre l'action des États lorsqu'ils appliquent une norme communautaire et les obligations conventionnelles menées par la CEDH. COUR EDH, *Affaire Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketl Vs. Irlande*, Op. Cit., § 165.

[279] Clemens LADENBURGER, *Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 23.

[280] Ibid., p. 23.

[281] Ibidem. Par rapport au « principe d'équivalence » qui prévoit que le droit de l'UE doit avoir une sauvegarde équivalente des droits de l'homme à celle de la CEDH, où se présume que l'État dont le comportement est conforme au droit de l'UE ne viole pas la CEDH. Pour que ce principe ne soit pas applicable, il faudrait être en présence d'un de protection de la part de l'UE manifestement insuffisante voir, Benedetto CONFORTI, « Le principe d'équivalence et le contrôle sur les actes communautaires dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* Stephan BREITENMOSER et autres (Ed.), *Human rights, democracy and the rules of law : Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich : Dike ; Baden-Baden : Nomos, 2007, pp. 173 – 182.

[282] Antonio TIZZANO, *Quelques réflexions sur les rapports entre les Cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH*, RTD eur, Paris, Dalloz, 2011, p. 14.

puisse, par la pleine exécution de ses fonctions, élargir les droits de l'homme et remettre l'être humain au sommet pyramidal du système juridique. Cependant, le 18 décembre 2014, la CJUE a émis l'avis 2/13 en fermant à nouveau la possibilité d'adhérer l'UE à la CEDH[283].

2. *L'avis 2/13 de la CJUE*

Dans cet avis, la CJUE a révisé le projet d'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH approuvé le 5 avril 2013[284], déclarant qu'il n'est pas compatible avec l'article 6 § 2 du TUE ni avec le Protocole n° 8, relatif à l'article 6 § 2 du TUE[285]. Pour la CJUE il y a eu sept motifs qui l'ont amenée à déclarer l'incompatibilité du projet d'adhésion, et par conséquent, à fermer la porte de la protection étendue de la CEDH au sein de l'UE[286], la rendant au futur très difficile ou plutôt impossible[287].

Les sept motifs sont encadrés dans une dynamique d'*ego* juridictionnel de la CJUE, où elle a donc « magnifié la spécificité du droit de l'Union »[288] et affiché ostensiblement « une forme d'irréductibilité du système de l'[UE] »[289]. C'est pourquoi Sébastien Platon a affirmé, en analysant l'avis 2/13, qu'une telle décision pourrait avoir une explication d'ordre extra-juridique, relevant davantage de la science administrative, pour laquelle vienne à l'esprit qu'une « institution aussi jalouse de son autonomie que l'est la Cour de justice pourrait ainsi, par exemple, vouloir non seulement repousser autant que possible le moment où une autre juridiction regardera par-dessus son épaule, mais encore imposer les termes auxquels cette surveillance s'opérera »[290].

Les trois premiers motifs exprimés par la CJUE, tel qu'il est décrit par Douglas-Scott, tiennent à voir avec les caractéristiques spécifiques de l'EU et l'autonomie de son droit[291]. Le premier, critique la faculté donnée par l'article 53 de la CEDH aux États Parties contractantes,

---

[283] CJUE, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, 18 décembre 2014.
[284] CONSEIL DE L'EUROPE, *Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 10 juin 2013.
[285] CJUE, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, Op. Cit., Point résolutif unique.
[286] Voir sur le sujet, Athanase POPOV, *L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH*, Op. Cit. §§ 28 et 29 ; Christoph KRENN, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns : A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13*, German Law Journal, 2015, Vol. 16, No. 1, pp. 147 – 168 ; Steve PEERS, *The EU's Accession to the ECHR : The Dream Becomes a Nightmare*, German Law Journal, 2015, Vol. 16, No. 1, pp. 213 – 222 ; Stian Øby JOHANSEN, *The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and Its Potential Consequences*, German Law Journal, 2015, Vol. 16, No. 1, pp. 169 – 178 ; et Adam ŁAZOWSKI et Ramses A. WESSEL, *When Caveats Turn into Locks : Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR*, German Law Journal, 2015, Vol. 16, No. 1, pp. 179 – 212.
[287] Sionaidh DOUGLAS-SCOTT, *Autonomy and Fundamental Rights : The ECJ's Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR*, Op. Cit., p. 30.
[288] Fabrice PICOD, *La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH*, JCP G Semaine Juridique (édition générale), 2015, No. 6, p. 234.
[289] Nicolas HERVIEU, *Cour européenne des droits de l'homme : De l'art de la résilience juridictionnelle*, Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, 2015, février, § 43, Disponible [En ligne] : http://revdh.revues.org/1062 (29 septiembre 2018).
[290] Sébastien PLATON, *Le rejet de l'accord d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH par la Cour de justice : un peu de bon droit, beaucoup de mauvaise foi ?* Revue des droits et libertés fondamentaux, Chron. No. 13, 2015.
[291] Sionaidh DOUGLAS-SCOTT, *Autonomy and Fundamental Rights : The ECJ's Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR*, Op. Cit., p. 31.

« de prévoir des standards de protection des droits fondamentaux plus élevés que ceux garanties par cette convention »[292]. Pour la Cour de Luxembourg, « il convient d'assurer la coordination entre cette disposition et l'article 53 de la [Charte des droits fondamentaux de l'UE, (CDFUE)][293]. Ainsi, « la CJUE souhaite qu'en cas de conflit entre les deux niveaux de protection, il ne soit pas possible de s'en appuyer sur la [CEDH] pour revendiquer l'application de dispositions offrant un niveau de protection plus élevé aux requérants »[294]. Il en est ainsi sans doute parce que d'après l'affaire *Melloni*[295], il est clair que les États de l'UE ne peuvent pas avoir un niveau supérieur de protection des droits fondamentaux à celui que garantit le droit de l'Union[296].

Le deuxième, fait référence au principe de confiance mutuelle entre les États membres de l'UE[297]. Pour la CJUE, dans la mesure où la CEDH impose de considérer l'UE et les États membres comme des Parties contractantes, tant dans leurs relations avec celles qui ne sont pas des États membres de l'UE que dans leurs relations réciproques, y compris lorsque ces relations sont réglées par le droit de l'Union, elle « exigerait d'un État membre la vérification du respect des droits fondamentaux par un autre État membre »[298]. D'après la Cour, cette exigence limiterait le principe de « confiance mutuelle entre [les] États membres »[299], raison pour laquelle elle conclut que « l'adhésion est susceptible de compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union »[300].

Le troisième, est dirigé à l'encontre de l'absence d'articulation entre le Protocole n° 16 à la CEDH et la procédure du renvoi préjudiciel devant la CJUE. Pour la Cour de Luxembourg, bien que l'accord envisagé ne prévoie pas l'adhésion de l'UE en tant que telle à ce protocole –qui permet aux plus hautes juridictions d'une haute Partie contractante, d'adresser à la [Cour EDH] d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définies par la [CEDH] et ses protocoles– ce mécanisme pourrait, néanmoins, « affecter l'autonomie et l'efficacité de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE »[301], particulièrement par le « risque de contournement » que la procédure des avis consultatifs porte sur le renvoi préjudiciel[302].

---

[292] CJUE, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, Op. Cit., § 189.
[293] Ibidem.
[294] Athanase POPOV, *L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH*, Op. Cit. § 6.
[295] CJUE, *Affaire Melloni Vs. Espagne*, Arrêt C-399/11, 26 février 2013, § 37.
[296] Sionaidh DOUGLAS-SCOTT, *Autonomy and Fundamental Rights : The ECJ's Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR*, Op. Cit., p. 32 ; et Athanase POPOV, *L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH*, Op. Cit. § 7.
[297] Selon ce principe, dans le droit de l'Union, il s'impose à chacun des États de considérer, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, « sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit ». CJUE, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, Op. Cit., § 191.
[298] Ibid., § 194.
[299] Ibidem.
[300] Ibidem.
[301] Ibid., § 197.
[302] Ibid., § 198.

Le quatrième motif est relatif au principe d'autonomie de l'ordre juridique de l'UE réglé à l'article 344 du TFUE[303], et par lequel « un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique de l'Union dont la Cour assure le respect »[304]. Ce principe a amené à la CJUE à déterminer dans son avis que l'article 5 du projet d'accord « porte atteinte à l'exigence énoncée à l'article 344 »[305], dans la mesure où il « laisse subsister la possibilité que l'Union ou les États membres saisissent la Cour EDH, au titre de l'article 33 de la CEDH, d'une demande ayant pour objet une violation alléguée de celle-ci commise, respectivement, par un État membre ou pour l'Union, en liaison avec le droit de l'Union »[306].

Le cinquième motif d'incompatibilité, comporte une critique sur le mécanisme du codéfendeur introduit à l'article 3 du projet d'accord d'adhésion, qui d'après l'interprétation de la CJUE, a pour finalité de s'assurer que « les recours formés par des États non-membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les États membres et/ou de l'Union, selon le cas »[307]. Pour le tribunal de Luxembourg, le paragraphe 5 de l'article 3 du projet d'accord, « laisse toute demande d'accès au statut de codéfendeur de l'UE ou de ses États membres à l'appréciation de la Cour EDH »[308]. Selon le tribunal, « la question de la répartition de la responsabilité doit être résolue uniquement en application des règles du droit de l'Union pertinentes »[309]. C'est à la CJUE « à laquelle appartient la compétence exclusive pour assurer que l'accord entre le codéfendeur et le défendeur respecte lesdites règles »[310] car, « permettre à la Cour EDH d'entériner un éventuel accord entre l'Union et ses États membres sur le partage de la responsabilité reviendrait à lui permettre de se substituer à la Cour pour régler une question relevant de la compétence exclusive de celle-ci »[311].

Le sixième motif se centre sur l'incompatibilité de la procédure de l' « *implication préalable* ». Par cette procédure, la Cour EDH pouvait saisir la CJUE des questions relatives à la compatibilité du droit de l'Union avec la CEDH. Pour le tribunal de Luxembourg, le projet d'accord est incompatible avec le droit de l'UE, puisqu'il prévoit la possibilité d'analyser seulement le droit primaire, et d'exclure par cette voie « la possibilité de saisir la [CJUE] afin que celle-ci se prononce sur une question d'interprétation du droit dérivé au moyen de la procédure de l'implication préalable »[312].

Enfin, le septième motif d'incompatibilité du projet d'accord d'adhésion, fixe ses critiques sur la possibilité de confier un contrôle exclusif à la Cour EDH sur les mesures adoptées dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC). Selon la CJUE, « en raison de l'adhésion telle que prévue par l'accord envisagé, la Cour EDH serait

---

[303] D'après ce qui est réglé par cet article : « les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci ».
[304] CJUE, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, Op. Cit., § 201.
[305] Ibid., § 208.
[306] Ibid., § 207.
[307] Ibid., § 216.
[308] Athanase POPOV, *L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH*, Op. Cit. § 10.
[309] CJUE, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis 2/13, Op. Cit., § 234.
[310] Ibidem.
[311] Ibidem.
[312] Ibid., § 243.

habilitée à se prononcer sur la conformité avec la CEDH de certains actes actions ou omissions intervenues dans le cadre de la PESC et, notamment, de ceux pour lesquels la Cour n'est pas compétente pour contrôler leur légalité au regard des droits fondamentaux »[313].

La CJUE dans son analyse observe qu'une telle situation reviendrait à confier le contrôle juridictionnel desdits actes, actions ou omissions de l'Union, à un organe externe à celle-ci comme la Cour EDH[314]. C'est pourquoi elle considère que vis-à-vis du contrôle juridictionnel des PESC « l'accord envisagé méconnaît les caractéristiques spécifiques du droit de l'Union »[315].

Face aux conclusions données par l'avis 2/13 les critiques ne se sont pas épargnées. L'un des premiers à manifester son désaccord a été le président de la Cour EDH d'alors, Dean Spielmann. Dans l'avant-propos du rapport annuel 2014, il a bien montré son mécontentement, surtout, à l'égard des risques qu'une telle décision porte sur la protection effective des droits de l'homme des personnes. Ainsi, le président de la Cour de Strasbourg a exprimé son inquiétude,

> « La fin de l'année a été marquée […] par le prononcé, le 18 décembre 2014, de l'avis tant attendu de la [CJUE] sur le projet d'accord portant adhésion de l'[UE] à la [CEDH] […] Ce projet est en chantier depuis plus de trente ans, [c'est pourquoi] l'avis contraire de la [CJUE] est une grande déception. N'oublions pas cependant que les premières victimes de l'avis 2/13 sont les citoyens qui se voient ainsi privés du droit de soumettre les actes de l'[UE] au même contrôle externe du respect des droits de l'homme que celui qui s'applique à tous les États membres. Plus que jamais donc, il s'agira pour notre Cour de protéger au mieux les citoyens des effets négatifs de cette situation, dans le cadre des affaires qui lui seront soumises »[316].

Cette situation montre que le « système de la Convention souffre d'un déséquilibre, qui est aussi une anomalie »[317]. *L'ego* de la CJUE a laissé les personnes en Europe sans un recours effectif pour faire respecter leurs droits humains des atteintes que l'UE puisse commettre. Mis à part les bonnes intentions exprimées par Dean Spielmann, pouvoir soumettre aux États membres de l'UE au contrôle de la Cour EDH y compris lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'UE est une chose, mais une autre chose est de rester impuissant face aux atteintes effectives –et aux atteintes potentielles– aux droits de l'homme que puisse commettre cette organisation. Serait-on en train de vivre à cause de la politisation du droit le temps de l'irresponsabilité des organisations internationales comme auparavant s'est vécue l'époque de l'irresponsabilité de l'État ?

La politisation s'est étendue par tout et s'est passée d'un continent à l'autre parce qu'en Afrique également le fonctionnement de l'organisme judiciaire chargé des droits de l'homme a été contaminé, transformant, dans le cadre de la nouvelle Cour africaine de justice et des droits de l'homme, les affaires juridiques en questions politiques.

---

[313] Ibid., § 254.
[314] Ibid., § 255.
[315] Ibid., § 257.
[316] COUR EDH, *Rapport annuel 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2015, p. 6.
[317] Françoise TULKENS, *Pour et vers une organisation harmonieuse*, RTD eur, Paris, Dalloz, 2011, p. 27.

III. La nouvelle Cour africaine de justice et des droits de l'homme, le fruit d'une fusion politique

La politisation n'est pas étrange au continent africain ni au droit international des droits de l'homme qui s'y développe. Pour cela, l'on affirme que la politisation est une sorte d'épidémie qui attaque le droit international dans toutes ses sphères et dans toutes ses spécialités. Le plus grave de la politisation se présente dans la spécialité qui protège les droits les plus fondamentaux des êtres humains, parce que « les droits de l'homme marquent la frontière entre l'acceptable et l'inacceptable »[318].

Le système africain des droits de l'homme et des peuples (SADHP) naît avec la création de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP)[319], et l'idée d'établir des organismes pour résoudre les conflits des droits de l'homme dans ce continent. Dès la rédaction de la CADHP les États africains, faisant appel à leur identité culturelle et à leur manière consensuelle de résoudre les litiges, ne voyaient pas convenable la création d'une cour dans leur système. Derrière l'idéal d'identité culturelle signalée par les États, se cachait une raison plus déterminante : « les gouvernements étaient conscients de leur responsabilité quant aux violations des droits de l'homme et ne pouvaient pas prendre le risque de se faire condamner publiquement par une cour supranationale qu'ils auraient eux-mêmes instaurée »[320]. Ainsi le manque de volonté politique et la politisation par rapport à la création d'un organisme judiciaire se constataient depuis le début de la création du système[321].

Le risque des États de se faire condamner par un tribunal supranational a édifié la naissance du SADHP autour d'un organisme quasi judiciaire (Commission ADHP)[322] au lieu d'un organisme doté de pouvoir de sanction judiciaire[323]. Il était important de masquer les vraies raisons gouvernementales de choisir une telle structure, montrant à la communauté internationale, à travers l'adoption unanime de la CADHP, le désir de protéger et promouvoir

---

[318] Thorsten BONACKER, Thomas DIEZ, Thorsten GROMES, Jana GROTH et Emily PIA, « Human rights and the (de)securitization of conflict », *in* Raffaelle MARCHETTI et Nathalie TOCCI (Ed.), *Civil Society, Conflicts and the Politicization of Human Rights*, Tokyo, New York, Paris, United Nations University Press, 2011, p. 36.

[319] La CADHP est un instrument récent des droits de l'homme si on la compare avec ses homologues : la CADH et la CEDH. Néanmoins, il faut avouer qu'il s'agit d'une charte des droits de l'homme que bien qu'elle soit inspirée des avances des chartes régionales et universelles qui l'antécédent, elle va plus loin à ces instruments et réussit, au moins dans le texte, à établir une nouvelle conception des droits de l'homme, éloignée de la conception et du regard exclusif d'occident à l'égard de l'importance et le niveau de protection des droits de l'homme. Cet éloignement est évident lorsque la Charte africaine met au même niveau ce qui est appelé par les Occidentaux « *les trois générations des droits de l'homme* », c'est-à-dire : les droits civils et politiques, les droits sociaux, économiques et culturels (DESC) et les droits collectifs ou de l'environnement.

[320] Tessa BARSAC, *La Cour africaine de justice et des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2012, p. 21.

[321] D'après Christof Heyns, il y a plusieurs raisons pour expliquer pourquoi dans la CADHP a été seulement prévue la création d'une Commission et non pas d'une Cour. D'une part, l'explication « idéaliste », fondée sur la médiation et la conciliation comme des manières traditionnelles de résoudre les problèmes en Afrique, ce qui rendrait peu nécessaire un organe contentieux. D'autre part, l'explication « étatique » par laquelle les États de l'OUA étaient jaloux à l'égard de leur souveraineté récemment obtenue, qu'ils ne voulaient pas la voir limitée par un tribunal régional des droits de l'homme. Christof HEYNS, « La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos », *in* Felipe GÓMEZ ISA et José Manuel PUREZA (Dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, pp. 595 – 620.

[322] Sur cet organisme et sa fonction importante dans l'interprétation et l'exécution des obligations de la Charte africaine voir, Rachidatou ILLA MAIKASSOUA, *La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples,* Paris, Karthala, 2013.

[323] Valère ETEKA YEMET, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : étude comparative*. Paris, L'Harmattan, 1996, p. 255.

les droits de l'homme[324]. Adopter la CADHP dans ces conditions ne présenterait que des avantages pour les 50 États membres de l'OUA. D'une part, l'adoption de l'instrument leur apporterait une bonne réputation à l'échelle internationale, et d'autre part, le défaut d'un organe judiciaire éviterait le risque de condamnation judiciaire[325].

La faible structure organique de la CADHP explique pourquoi les États africains – politiquement et économiquement fragiles– se sont engagés « à respecter » sans aucune objection l'un des instruments des droits de l'homme les plus exigeants qui existe dans les systèmes de protection universel et régionaux. Aucun autre instrument n'a mis au même niveau d'importance les trois générations des droits de l'homme[326].

La CADHP fut adoptée le 27 juin 1981 mais son entrée en vigueur a eu lieu le 21 octobre 1986. Malgré ce retard, les Africains ainsi que la communauté internationale gardaient les espoirs sur l'avenir d'une nouvelle Afrique. Néanmoins, la situation des droits de l'homme dans le continent n'a pas beaucoup changé. Les gouvernements n'ont pas pris au sérieux les engagements pris à l'égard de la population africaine.

La violation des droits de l'homme en Afrique a remis dans le scénario régional la nécessité de renforcer le système de protection avec la mise en place d'une Cour[327]. Cette entreprise, largement souhaitée par les individus, a commencé à se matérialiser avec la proposition d'un protocole additionnel à la CADHP, où de nouveau la politisation a fait acte de présence. Pour cette raison, le Protocole portant création à la Cour ADHP est entré en vigueur plus de cinq ans après à son adoption, et la première élection des juges a tardé plus de huit ans. La pression internationale et la nécessité d'ouvrir le marché africain à de nouvelles latitudes ont conduit à l'adoption du Protocole relatif à la CADHP portant création de la Cour ADHP[328]. Ce protocole fut adopté en juin 1998 par la signature de 30 États membres de l'OUA,

---

[324] Sur cet instrument voir, AMNESTY INTERNATIONAL, *Connaissez la charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Londres, Amnesty International, 1991 ; Jean François FLAUSS et Élisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Bruxelles, Bruylant, 2004. Voir aussi, Valère ETEKA YEMET, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : étude comparative,* Paris, L'Harmattan, 1996 ; Fatsah OUGUERGOUZ, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité,* Paris, Presses universitaires de France, 1993 ; et Paul TAVERNIER, *Regard sur les droits de l'homme en Afrique,* Paris, L'Harmattan, 2008.

[325] La CADHP fut adoptée le 27 juin 1981 à Nairobi – Kenya, à la 18ème session de la Conférence de Chefs d'État et de Gouvernements de l'Organisation de l'unité africaine (OUA), mais elle entra en vigueur cinq ans plus tard, le 21 octobre 1986, puis de s'écouler trois mois, d'accord l'article 63 de la CADHP, du dépôt de la majorité simple des États membres de l'OUA. Le dépôt 26 fut fait le 21 juillet 1986 par le Niger. Pour consulter la liste de ratifications de la Charte, Disponible [En ligne] : https://au.int/sites/default/files/treaties/7770-sl-african_charter_on_human_and_peoples_rights_2.pdf (29 septembre 2018).

[326] Emmanuel G. BELLO, *The African Charter on Human and Peoples' Rights : A Legal Analysis*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1985, Vol. 194, pp. 146 – 149. Voir aussi, Michael C. OGWEZZY, *Challenges and Prospects of the African Court of Justice and Human Rights*, Jimma University Journal of Law, 2014, Vol. 6, pp. 25 et 26.

[327] Gino NALDI et Konstantinos MAGLIVERAS, *Reinforcing the African System of Human Rights : the Protocol on the establishment of a regional Court on Human and Peoples' Rights*, Netherland, Netherlands Quarterly of Human Rights, 1998, Vol. 16, No. 4, p. 456.

[328] Ce Protocole fut adopté pendant la 34ème session ordinaire de l'Assemblée des Chefs d'État et de gouvernement de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA) réunit à Ouagadougou – Burkina Faso, du 8 au 10 juin 1998, qui fut aussi la dernière étape qui eut à traverser le projet de créer un organisme juridictionnel pour les droits de l'homme en Afrique.

devenue l'UA[329], et n'est entré en vigueur que cinq ans et demi plus tard, le 25 janvier 2004, après le dépôt du 15ème instrument de ratification fait, le 30 décembre 2003 par les Comores. La mise en place d'un organisme juridictionnel n'amène pas nécessairement à sa mise en fonctionnement, il y a toujours besoin de la volonté politique des États pour le faire. La Cour ADHP a pris presque trois ans pour élire ses juges et pour commencer l'exercice de ses fonctions, principalement, à cause du manque d'appui financier[330]. Mais le problème financier ne saurait tout expliquer.

Le niveau de politisation autour de la création de l'organisme juridictionnel pour la sauvegarde des droits de l'homme en Afrique s'y remarque particulièrement. Trois ans avant l'élection des premiers juges de la Cour ADHP et à travers une idée de fusion, les États ont déjà voulu affaiblir celle-ci lors des négociations relatives au projet de Protocole de la Cour de justice de l'Union africaine (CJUA). Ainsi, « les débats [étatiques] se cristallisaient autour de l'article 56 § 2 du projet qui prévoyait la possibilité de mettre en place des chambres spéciales » ; une pour les affaires économiques et d'intégration, et l'autre, pour les affaires concernant les droits de l'homme[331]. L'argument de « la simplicité institutionnelle ainsi que l'absence de moyens financiers et humains adéquats pour le fonctionnement des deux cours »[332] constituait la trame du projet de fusion.

L'idée de fusionner les deux cours dans une cour unique, prématurée en 2003, a pris forme, en conduisant à l'adoption en 2008 du Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Cour AJDH)[333]. Selon l'article 16 de son statut elle se composera de deux sections, la section des affaires générales et la section des droits de l'homme, chacune composée de 8 juges[334].

Bien que pour le moment la fusion des deux cours n'ait vu jour que dans les textes papier, le Protocole n'ayant pas encore obtenu le nombre de ratifications nécessaires pour son entrée en vigueur[335], l'adoption de ce Protocole et son projet de fusionner la Cour ADHP

---

[329] L'OUA est devenu l'UA avec l'adoption de l'Acte constitutif de l'UA adoptée le 11 juillet 2000, par la 36ème session de la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement de l'OUA et qui entra en vigueur le 26 mai 2001. À partir du 15 août 2011, l'UA compte avec 54 pays membres, lorsque le Soudan du Sud signe et ratifie l'Acte constitutif de l'UA, Disponible [En ligne] : https://au.int/sites/default/files/treaties/7758-sl-constitutive_act_of_the_african_union_2.pdf (29 septembre 2018). Ne pas oublier que le Soudan du Sud, devient aussi le pays numéro 193 de l'ONU, puisque l'Assemblée générale de cette organisation le 14 juillet 2011 lui reconnaît comme nouveau État membre.

[330] Les premiers juges à la Cour ADHP ont prêté serment le 2 juillet 2006 pendant la 7ème session ordinaire de l'Assemblée de l'UA qui a eu lieu à Banjul – Gambie. Voir sur le sujet, Yuria SAAVEDRA ÁLVAREZ, *El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos : prolegómenos,* Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. VIII, 2008, p. 702 ; et Gino NALDI et Konstantinos MAGLIVERAS, *The African Court of Justice and Human Rights : A Judicial Curate's Egg*, International Organizations Law Review, 2012, Vol. 9, Issue 2, p. 389.

[331] Ibid., pp. 392 – 393.

[332] Tessa, BARSAC, *La Cour africaine de justice et des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 30.

[333] Gino NALDI et Konstantinos MAGLIVERAS, *The African Court of Justice and Human Rights : A Judicial Curate's Egg*, Op. Cit., pp. 386 et 387. Le Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme fut adopté le 1er juillet 2008 à Sharm El-Sheikh – Égypte, mais il n'est pas encore entré en vigueur par le manque de volonté politique des États africains qui n'ont pas voulu le ratifier.

[334] Article 16 du Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme.

[335] Bien qu'en juin 2014, le Protocole compte avec la signature de 31 États parmi les 54 États membres de l'UA, étant donné la dernière signature par le Comores le 29 janvier 2018, et l'avant dernier par le Madagascar le 31 janvier 2014, il n'est pas encore entré en vigueur. Pour le moment, seulement 6 États ont

avec la CJUA peuvent être considérés une réussite de la politisation menée dans l'UA par les gouvernements étatiques[336]. En effet, avec cette fusion les gouvernements étatiques ont voulu affaiblir l'importance de la Cour ADHP, la diluant dans un organisme juridictionnel africain unique chargé tant des affaires générales de droit international que des affaires des droits de l'homme[337].

On partage la pensée de Naldi et Magliveras, sur le fait que la décision d'amalgamer les deux cours africaines a été une imprudence[338]. Une telle fusion méconnaît deux questions très importantes sur la fonction de protéger les droits de l'homme, d'abord la spécificité du droit international développée à son propos et orienté à donner une protection maximale aux êtres humains à travers les principes tels que le *pro homine*, et ensuite, l'importance de maintenir un organe exclusif pour accomplir cette fonction spéciale de protection connaissant les particularités du jugement des droits de l'homme.

Dans le continent africain, on voit assez loin la matérialisation d'un véritable et efficace organisme tendant au règlement des différends sur les droits de l'homme, sans qu'il existe préalablement une limitation au volontarisme étatique et à la politisation gouvernementale en Afrique. Dans ce continent, « l'opération prompte d'un corps juridique [en matière des droits de l'homme] n'est pas un luxe : il est une véritable nécessité de la première magnitude »[339].

La politisation du droit international n'a pas été la seule critique que le droit global a sur le système juridique international, la normativité excessive ainsi qu'ineffective du droit international a été l'autre aspect que confirme la genèse du droit global.

§ 2 : Une genèse confirmée par la normativité excessive mais ineffective du droit international

Le droit global confirme sa raison d'être au constat incontestable de la normativité excessive mais ineffective du droit international. Ce phénomène provient de la forte influence que le positivisme juridique exercerait sur lui, qualifié par Delmas-Marty de « catastrophe normative »[340]. Pour le droit global, le fondement de son existence se trouve dans l'incapacité du droit international à réagir de manière effective aux problèmes posés par la société contemporaine. Cette incapacité procéderait de la structure du système juridique

---

ratifié et fait le dépôt de l'instrument de ratification, à savoir : la Libye (17/06/2009), le Mali (27/08/2009), le Burkina Faso (04/08/2010), le Benin (11/07/2012), le Congo (06/08/2012), et le Liberia (07/03/17), manquent encore, selon l'article 9.2 du Protocole, 9 États pour ratifier et faire le dépôt de l'instrument de ratification avant son entrée en vigueur. Consulter la liste des signatures, ratifications et dépôts, Disponible [En ligne] : https://au.int/sites/default/files/treaties/7792-sl-protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_3.pdf (29 septembre 2018).

[336] Gino NALDI et Konstantinos MAGLIVERAS, *The African Court of Justice and Human Rights : A Judicial Curate's Egg*, Op. Cit., p. 393.

[337] Michael C. OGWEZZY, *Challenges and Prospects of the African Court of Justice and Human Rights*, Op. Cit., pp. 10 et 11.

[338] Gino NALDI et Konstantinos MAGLIVERAS, *The African Court of Justice and Human Rights : A Judicial Curate's Egg*, Op. Cit., p. 387.

[339] Ibidem.

[340] Mireille DELMAS-MARTY, « Les processus de mondialisation du droit », *in* Charles-Albert MORAND (Dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 65.

international, fondé sur la pyramide normative ; qui centre son importance sur l'État et sa capacité normative, en laissant en dehors de son analyse l'être humain[341].

Le problème principal du droit international se trouverait dans son fondement juridique qui est la pyramide normative (A), ne tenant aucun compte du rôle que pourrait avoir la place de l'être humain, et transformant ce droit en un droit excessivement réglé qui laisse perdre l'être humain dans la forêt de ses normes. Quant aux correctifs proposés aux erreurs de la pyramide normative, le droit global propose *la construction d'une nouvelle pyramide appelée la pyramide sociale (B).*

A. Le problème du droit international fondé sur la pyramide normative

Avant de se référer aux *effets de la pyramide normative en tant que fondement du droit international (II)*, il est essentiel de passer à l'examen du *contexte culturel et historique où s'est développé le cercle juridique de Vienne (I),* qui fut si propice à Hans Kelsen comme à sa théorie pure du droit[342].

I. Le contexte culturel et historique

Le XXe siècle a laissé des grandes contributions à la science et au développement scientifique européen, sans être en mesure de faire échapper à celles-ci le domaine juridique. Si le développement de la science se produit dans toute l'Europe, c'est en Autriche qu'on trouve une impulsion à considérer le droit comme quelque chose de logique, à « transformer l'objet d'étude de la science juridique dans un objet logique et la science que fait son étude, de toute évidence, dans une discipline formelle »[343].

À cette époque, Hans Kelsen et son cercle d'étude, étaient possédés par une forte préoccupation sur le droit et l'influence qu'avaient sur lui d'autres sciences qui le nourrissaient des éléments totalement étrangers à ce qui était du juridique. Pour eux, cette influence rendait le droit impur et inadéquat pour la solution des problèmes strictement juridiques. Cette préoccupation a stimulé l'élaboration d'une doctrine par Kelsen qui ne cherchait pas à ignorer la relation existante entre la science du droit et les autres sciences humaines comme la sociologie, la politologie, la psychologie et la philosophie, mais à délimiter la connaissance du droit de celle de ces autres sciences. Pour le faire, il fallait éviter le « syncrétisme de méthodes qui obscurcit l'essence propre de la science du droit et qui rend floues et vagues les bornes qui lui sont assignées par la nature de son objet : le droit »[344]. Ainsi, la doctrine du droit de Kelsen s'est caractérisée par être une doctrine « *pure* », qui souhaitait « une connaissance du droit, du seul droit, en excluant de cette connaissance tout ce qui ne se rattache pas à la

---

[341] Rafael DOMINGO, « Principios del derecho global », *in* Rafael DOMINGO, Martín SANTIVÁÑEZ et Aparicio CAICEDO (Coord.), *Hacia un derecho global : Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 26.

[342] Sur la théorie pure du droit peut voir, Hans KELSEN, *Théorie pure du droit,* Bruxelles, LGDJ, 1999 ; et plus récemment, pour une étude critique sur cette théorie voir, Hans KELSEN, *Controverses sur la théorie pure du droit : remarques critiques sur George Scelle et Michel Virally*, Paris, Panthéon-Assas, 2005.

[343] Juan COFRÉ, *Kelsen, el formalismo y el "circulo de Viena"*, Valdivia, Revista de derecho Valdivia, Vol. VI, 1995, décembre, p. 29.

[344] Hans KELSEN, *Théorie pure du droit,* Bruxelles, Op. Cit., p. 9.

science du droit, de tous les éléments qui lui sont étrangers »[345].

Autour des positions et des tendances de purification du groupe d'étude de Kelsen, se sont construit des questionnements sur l'étroite relation existante entre Kelsen et le développement philosophique du cercle de Vienne. Ce dernier état conçu comme un mouvement qui distinguait la langue naturelle du langage logique, entendit celui-ci comme une langue purifiée, formelle, inspirée des mathématiques et de la physique, et qui devrait ainsi se conformer à des principes précis et des règles logiques[346]. Ces relations se vont confirmer lors de l'apparition d'une théorie pure du droit basée à son tour, sur *la théorie de la structure échelonnée de l'ordre juridique* proposée par Adolf Merkl[347]. Le but suprême de cette théorie du droit était la recherche de la pureté des méthodes aux fins de maintenir la pureté du droit comme corps scientifique[348].

Selon la théorie du Merkl, dans l'ordre juridique positif se trouvent des dispositions qui réglementent l'élaboration d'autres règles. Les ordres juridiques positifs ont une structure hiérarchique formée par deux types de règles, d'une part, les règles de production juridique, et d'autre part, les règlements élaborés sur cette base, donnant lieu, tous les deux, à la formation des nombreux échelons normatifs. Ainsi, il existe des dispositions régissant l'établissement des règles générales et des dispositions qui établissent comment doivent être élaborées les règles individuelles[349].

La structure logique de la théorie échelonnée permet de consolider la théorie pure du droit de Kelsen sur la pyramide normative. L'importance méthodologique de cette pyramide réside dans le fait de structurer le système juridique à partir d'un ordre hiérarchique où sont identifiables les normes supérieures de celle inférieures par leur conformité juridique à celles-là. Cependant, la structure logique de la pyramide normative, déterminante pour le droit international, ne saurait échapper aux critiques de ses effets sur le droit international qu'il faudra examiner.

II. Les effets de la pyramide normative dans le droit international

La logique normative kelsenienne, développée à partir de l'idée de la structure juridique échelonnée, « entend faire de la science du droit une pure science de normes ». Elle vise à faire « une exclusion radicale de tous les éléments substantiels hors des concepts juridiques qui doivent être compris comme des formes pures ». Cette logique aspire à réussir

---

[345] Ibidem.

[346] Sidney Amaral CARDOSO, *Positivismo jurídico: o círculo de Viena e a ciência do direito em Kelsen*, Sergipe, Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, 2002, p. 6.

[347] En effet, une grande partie du fondement théorique de la théorie pure du droit, repose sur les contributions faites par Adolf Merkl au cours de son temps à l'école du cercle juridique de Vienne. Ces contributions ne lui sont pas attribuées à Merkl à titre individuel mais regroupées dans l'ensemble du développement général du travail collectif commencé par Hans Kelsen. Pour en savoir plus voir, Gabriele KUCSKO-STADLMAYER, *La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho,* México, Revista jurídica de la Facultad de Derecho – UNAM, No. 244, 2005 ; sur l'influence de Merkl dans la pensée de Kelsen et du cercle juridique de Vienne, voir Roger BONNARD, *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl*, Paris, Marcel Giard, 1928.

[348] Antonio TRUYOL Y SERRA, *Doctrines sur le fondement du droit des gens,* Paris, Pedone, 2007, p. 79.

[349] MAYER Heinz, *Teoría de la estructura escalonada del orden jurídico,* México, Revista jurídica de la Faculta de Derecho – UNAM, 2005, No. 244, p. 262.

une « géométrie du phénomène juridique total »[350]. Pour cette raison, à partir d'Hans Kelsen le système juridique se trouve configuré sur la pyramide normative créée par le cercle juridique de Vienne. Autrement dit, par une pyramide divisée en trois parties, une qui représente l'extrême inférieur, une autre qui symbolise le milieu, et enfin, une qui évoque le sommet pyramidal.

La partie inférieure contient l'État, comme la base du système juridique, appuyé sur sa capacité de régulation sociale par les normes juridiques. Au milieu, se place la norme juridique, qui doit être conçue par le processus décrit dans la *théorie de la structure échelonnée de l'ordre juridique supérieur*. Au sommet, se trouve la norme fondamentale, la « *Grundnorm* », qui n'intègre pas *stricto sensu* le système du droit positif, mais lui sert de fondement premier[351].

Dans la pyramide normative conçue par Kelsen, il y a deux éléments de pleine importance, l'État et sa capacité normative en tant que créateur de droit. En effet, la pyramide se centre sur la norme et la validation normative pour expliquer comment une « norme individuelle (par exemple, un acte administratif) ne sera dite valide qu'à la condition que sa validité soit inférée d'un arrêté, lequel ne pourra être considéré comme valide que s'il est conforme aux lois ; à son tour, la loi recevra sa validité de la Constitution. Quant à la Constitution –si elle a été créée de façon légale, conformément au droit– elle tirera sa validité de la Constitution précédente, et ainsi de suite jusqu'à la Constitution « historiquement première » »[352].

Bonnard, décrivant la théorie de Merkl sur laquelle Kelsen a construit la théorie pure du droit, affirmait que le système pyramidal « est essentiellement et uniquement constitué par des normes juridiques ou des règles de droits »[353].

L'aspect exclusivement normatif de la pyramide kelsenienne a été la source de plusieurs critiques. Pour Rafael Domingo, l'un des théoriciens du droit global, malgré l'importance des idées développées par Kelsen dans la science du droit, son erreur fut de placer l'État –pour lui une personnification de l'ordre juridique– et non la personne humaine en tant que telle, dans le centre de tout système normatif[354]. Selon Domingo, l'erreur de Kelsen consiste à personnifier la norme dans l'État et aux dépens de la personne, d'où, son incapacité pour trouver un ancrage solide dans la théorie, bien qu'élaborée mais faible, de la *Grundnorm*[355].

L'*hypothetical Grundnorm*, la norme hypothétique fondamentale, proposée en droit international par Hans Kelsen est une règle contenant la coutume –en tant que créatrice des normes futures–, dans la mesure où le droit international, en substance, est un droit de nature coutumière. Sur la base de cette norme, les États doivent agir comme ils le font

---

[350] Hermann HELLER, *La crise de la théorie de l'État*, Paris, Dalloz, 2012, p. 29. L'expression « géométrie du phénomène juridique total » a été reprise par l'auteur d'Hans KELSEN, *Hauptprobleme der staatsrechtslehre, entwickelt aus der lehre vom Rechtssätze*, Vienne, 1911, p. 93.
[351] Antonio TRUYOL Y SERRA, *Doctrines sur le fondement du droit des gens,* Op. Cit., p. 81
[352] Andrá JAKAB., *Problèmes de la Stufenbaulehre. L'échec de l'idée d'inférence et les perspectives de la théorie pure du droit*, Revue droit et société, Paris, LGDJ, 2007/2 No. 66, p. 414.
[353] Roger BONNARD, *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl*, Paris, Marcel Giard, 1928, pp. 11 – 12.
[354] Rafael DOMINGO, *La pirámide del derecho global,* Op. Cit., p. 31.
[355] Ibidem. Voir aussi, les critiques faites par le même auteur dans son ouvrage en anglais sur le sujet du nouveau droit global : Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., pp. 147 – 149.

habituellement. Ainsi, dans l'ordre juridique international, le droit international coutumier serait le premier échelon de la pyramide normative. Le deuxième échelon serait formé par les règles découlant des traités, dont la validité dépend en grande partie du principe *pacta sunt servanda*, pendant que le troisième échelon, serait composé des normes adoptées par des organismes internationaux établis grâce aux traités, par exemple, les décisions du Conseil de sécurité, de la CIJ ou des tribunaux d'arbitrage[356].

Le système juridique international conçu par Kelsen est fondé exclusivement sur l'État. La personne, du point de vue du droit, ne doit pas être considérée comme une unité biologique et psychologique, mais seulement dans la mesure où ses comportements humains sont régis par un ensemble de règles constitutives des droits et devoirs. En conséquence, la personne n'est vraiment pas une réalité naturelle « *natürliche realität* », mais une construction juridique créée par la science du droit[357].

Kelsen, dans ce raisonnement, oublie, selon Rafael Domingo, que la personne en tant qu'être libre et rationnel, est le protagoniste du droit. Kelsen néglige que tout droit a été constitué grâce aux hommes et qu'il peut y avoir toujours du droit sans les États, alors que sans les personnes, le droit n'a aucune possibilité d'existence[358].

L'oubli kelsenien a conduit aux créations normatives très élaborées au niveau national et international, mais assez contraires aux intérêts des individus. Dans la logique des ordres juridiques normatifs échelonnés « tout contenu peut être du droit ; ce qui compte, c'est uniquement qu'il soit édicté dans le processus formellement prévu pour la création du droit. Mais alors, tout droit posé doit être obéi parce qu'il est du droit »[359].

Cela explique pourquoi les normes de nombreux États sont contraires aux droits des individus, mais valables et obligatoires dans le système juridique interne, pour avoir respecté l'ordre juridique échelonné et la conformité juridique de la norme inférieure avec la norme supérieure. Ces normes sont simplement valables pour être respectueuses de la hiérarchie de la *Grundnorm*, vérifiée par le contrôle de la constitutionnalité[360].

---

[356] Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Bogotá, Dike, 2009, pp. 147 – 148.
[357] Ibid., p. 150.
[358] Ibid., pp. 150 – 151.
[359] Antonio TRUYOL Y SERRA, *Doctrines sur le fondement du droit des gens.* Op. Cit., p. 89.
[360] Normalement, l'analyse de conformité entre la norme inférieure et la norme de validation supérieure se fait à travers le contrôle de constitutionnalité. Bien que ce contrôle dans sa version *a priori* existe il y a longtemps dans la plupart des États occidentaux, en Colombie par exemple, l'un des premiers systèmes juridiques à l'avoir depuis 1811. Voir, Juan Carlos HENAO PÉREZ, *La Cour constitutionnelle colombienne, son système de contrôle de constitutionnalité et les évolutions jurisprudentielles récentes*, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2012, No. 34 ; et Rodrigo UPRIMNY, *The constitutional court and control of presidential extraordinary powers in Colombia*, Democratization and the judiciary, London, Frank Cass, 2003, pp. 46 – 69, Disponible [En ligne] : https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_26.pdf?x54537 (29 septembre 2018). Dans sa version a *posteriori*, il y a encore des États qui ne le connaissent pas ou qui commencent récemment à le connaître, comme la France avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Voir sur le sujet, Michel TROPER, « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité », *in* Carlos-Miguel HERRERA, *Le droit, le politique : autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 157 – 182. Voir aussi, Ana GIACOMETTE FERRER, « Acción pública de inconstitucionalidad de las leyes », *in* Eduardo FERRER MAC-GREGOR et Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (Coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional : Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, Marcial Pons, 2008, pp. 225 – 244 ; et Federico FABBRINI, *Kelsen in Paris : France's constitutional reform and the introduction of a posteriori constitutional review of legislation*, German Law Journal, Vol 9, No. 10, 2008, pp. 1297 – 1312, Disponible [En ligne] :

Le droit international fondé sur la théorie de *l'hypothetical Grundnorm*, qui ignore la personne humaine, pour corriger ce défaut, doit évoluer, selon ses tenants, vers le droit global qui dispose d'une hiérarchie de nature différente où la personne doit être le centre, et où la pyramide normative doit être remplacée par une pyramide sociale[361].

B. La pyramide sociale proposée par le droit global

Pour résoudre le problème de la normativité excessive du droit international fondé sur la pyramide normative, le droit global voit pertinent un changement du système juridique international. Le changement proposé par le droit global à travers la pyramide sociale touche la structure complète de la pyramide normative à partir du bouleversement de son contenu. La nouvelle pyramide, à différence de l'existante, prévoit un nouveau fondement téléologique : « la personne, vraie source de tout droit (*fons onmis iuris*) »[362].

D'après la pensée de Rafael Domingo, la pyramide sociale représente pour le droit global « toute et chacune des relations, faits, affaires et ordres juridiques ». La nouvelle création pyramidale adoptera la forme polyédrique à huit faces dont chacune symbolise *« un principe informateur du droit en général y compris du droit global » (I)*, et *sa structure interne s'édifiera à trois niveaux : une base, un milieu, et un sommet (II)* [363].

I. Les principes informateurs du droit global

Le droit global en tant que droit informateur d'autres ordres juridiques se construit sur un fondement téléologique déterminé par des principes *communs au droit international (1)*, et par des *principes spécifiques à l'ordre global (2)*. Ces principes sont les premiers outils pour orienter le nouvel ordre juridique global.

1. Principes communs aux ordres juridiques international et global

Les trois premiers principes –justice, rationalité et coercition– sont communs tant au droit international qu'au droit global, pour avoir une portée sur la substance du droit. Un droit qui ne sert pas à la justice, qui n'est pas rationnel ou ne peut s'imposer de manière coercitive, n'est simplement pas du droit[364].

---

https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b859859f72662e5f8e60cb/1454922118161/GLJ_Vol_09_No_10_Fabbrini.pdf (29 septembre 2018).

[361] Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Op. Cit., pp. 150 et 151.

[362] Rafael DOMINGO, *La pirámide del derecho global,* Op. Cit., p. 31.

[363] Ibid., pp. 31 et 32.

[364] Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Op. Cit., p. 176. Dans son Cours Général à l'Académie de La Haye, René-Jean Dupuy a attiré l'attention sur le fait que le droit international actuellement n'est pas comme dans le passé, un droit formel et processuel, c'est-à-dire un droit international positif attaché exclusivement sur le *pacta sunt servanda*, indépendamment du contenu juste ou injuste du pacte, mais un droit matériel, un droit composé par des règles de fond, « porteuses de conception nouvelles des rapports internationaux ». En bref, un droit international qui revient aux valeurs telles que la justice. René-Jean DUPUY, *Communauté internationale et disparités de développement*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1979, Vol. 165, pp. 115 – 117.

Le *principe de justice* est le premier et principal composant du droit global. Il s'agit d'un principe de nature finaliste qui permet à la réalité de devenir l'objet du droit, et qui autorise l'intervention du droit dans les affaires de la société[365]. Le droit doit être toujours au service de la justice, le droit « doit être l'esclave de la justice, jamais son propriétaire »[366].

Le *principe de rationalité* est le deuxième du droit global et sa pyramide. Il est un principe de nature instrumentale provenant du principe de justice. Faire de la régulation du droit global quelque chose d'objective, en évitant que ce droit ne tombe dans l'extrême et malséante subjectivité qui empêche la réalisation de la justice, est sa fonction principale[367]. Du principe de rationalité se dérivent d'importantes règles liées au procès judiciaire, par exemple, l'obligation de motivation et la nécessité de garder la cohérence des décisions de justice, le droit de la défense et l'impartialité[368].

Le *principe de coercition*, enfin, comme le principe de rationalité est de nature instrumentale et provient de la justice ; la justice ne doit pas seulement être déclarée mais appliquée. Le droit global, par le biais de ce principe devient un instrument efficace pour régler les litiges de la société globalisée, à travers « l'établissement d'un conglomérat de juridictions chevauchées (*overlapping jurisdictions)* qui complémentent et réduisent à la fois les portées de la coaction étatique »[369].

2. Principes spécifiques de l'ordre global

Ce sont des principes spécifiques au droit global mais que le droit international dans sa transformation vers le droit global doit progressivement intégrer dans son action régulatrice.

D'abord le *principe d'universalité*, car celui-ci permet de décrire complètement le droit global. Le principe d'universalité est contraire à celui de totalité qui, à partir de la pensée hégélienne a informé la construction de l'ordre international depuis la naissance de l'État moderne[370].

Pour Rafael Domingo, « l'universalité est inclusive, jamais exclusive », dès lors que « le fondamentalisme ainsi que le nationalisme radical sont la conséquence de l'application à outrance du principe de totalité, qui a eu sa splendeur avec la pensée hégélienne »[371].

---

[365] Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Op. Cit., pp. 176 et 177.
[366] Ibid., p. 178.
[367] Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Op. Cit., p. 179.
[368] Ibid., p. 183.
[369] Ibid., p. 184.
[370] En effet, « l'école du droit international qui se traîne encore dans les conceptions traditionnelles de la philosophie du droit de Hegel », voit dans l'État une totalité, quelque chose d'absolu, « un idéal suprême, un but en soi, une puissance qui n'est soumise qu'à sa propre volonté ». Jean SPIROPOULOS, *L'individu et le droit international*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1929, Vol. 30, p. 258.
[371] Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Op. Cit., p. 187. Sur ce point Cançado Trindade est d'accord avec Rafael Domingo, puisque la personnification de l'État moderne tout-puissant, inspirée de la philosophie du droit de Hegel, a eu une influence néfaste sur l'évolution du droit international à la fin du XIXe siècle et au cours des premières décennies du XXe siècle. « Ce courant doctrinal a résisté de toutes ses forces à l'idée d'émancipation de l'être humain face à la tutelle absolue de l'État et à la reconnaissance de l'individu comme sujet de droit international ». Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine*, Op Cit., p. 97. Voir aussi, Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., pp. 217 et 218.

Le principe d'universalité provient de la radicale égalité de toutes les personnes. Le droit international, en tant que droit interétatique, n'est pas universel. Le droit international devient universel lorsqu'il incorpore dans sa régulation la notion de personne à partir de la IIème guerre mondiale, particulièrement, après la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) ; ce n'est pas en vain qu'elle s'appelle « universelle », alors même qu'elle n'a pas été votée par tous les États du monde.

En réalité, l'universalité est au-delà de la non-territorialité. Il s'agit d'un complément nécessaire de la solidarité et d'une reconnaissance de l'intérêt pour la personne en tant que telle, pour être digne, sans tenir compte du lieu où elle se trouve. L'universalité ne se confronte pas à la territorialité, elle la dépasse simplement[372]. L'universalité caractéristique du droit global le rend valable pour tous les hommes et lui donne la nature inclusive pour répondre aux besoins de la société civile globale qui ne veut pas se laisser de nouveau attraper dans les limites territoriales de l'État, comme l'a permis depuis longtemps le droit international, fortement attaché au concept de territorialité.

Au principe d'universalité se trouve lié le *principe de personnalité*, qui provient « de l'idée de personne, comme source elle-même des droits en raison de sa naturelle dignité, et non du concept de territoire souverain, en d'autres termes l'État limité par des frontières et défendu par une armée »[373].

Ces deux derniers principes conduisent le droit global aux principes de solidarité et subsidiarité.

Le *principe de solidarité*[374] se dérive des principes de justice et personnalité. « En effet, si le droit naît des personnes et non de l'État, la société doit s'organiser autour de la solidarité »[375]. En principe, il n'appartient pas à l'État moderne être solidaire avec d'autres États, et il suffit pour lui, d'accomplir ses traités (*pacta sunt servanda*), et d'agir dans ses relations internationales avec diplomatie et courtoisie. C'était avec l'État social que l'idée de solidarité a été conçue, et grâce à laquelle, les États doivent procurer une assistance vitale aux personnes. Cependant, le problème de l'État social est qu'il est conçu pour s'occuper que de ses ressortissants, dans la mesure de ses intérêts économiques, et non pas des autres habitants de la planète[376].

La solidarité s'intègre aux « trois percepts de comportement éthique d'Ulpien par

---

[372] Rafael DOMINGO, *El derecho global*, Op. Cit., p. 188.
[373] Rafael DOMINGO, « Principios del derecho global », Op. Cit., p. 26.
[374] Sur le principe de solidarité, on peut retenir le concept que sur la solidarité et son application dans le droit international public avait Scelle, pour « nier la toute-puissance de l'État dans l'ordre international ». Voir, Sandrine CORTEMBERT, « La solidarité dans la pensée de George Scelle », *in* Jean-Claude BÉGUIN, Patrick CHARLOT et Yan LAIDIÉ (Ed.), *La solidarité en droit public*, Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 44 – 55.
[375] Rafael DOMINGO, *El derecho global*, Op. Cit., p. 189.
[376] Ibidem. Malgré les efforts qui ont été faits par le droit international et le droit communautaire, l'assistance vitale aux personnes continue à être une question des États vis-à-vis de leurs ressortissants exclusivement. La récente affaire *Dano* de la CJUE, où une citoyenne de l'UE a été dépourvue des prestations d'assistance sociale par l'État d'accueil, par le fait de n'avoir pas rempli une des conditions de séjour : « avoir des ressources suffisantes » pour séjourner, confirme que dans le cadre interétatique et supranational, est assez illusoire la solidarité, lorsqu'elle dépend des intérêts et politiques économiques appliquées à un territoire défini par les limites étatiques. CJUE, *Affaire Dano Vs. Allemagne,* Arrêt C-333/13, 11 novembre 2014.

rapport au droit : de vivre honnêtement, de ne faire du tort à personne et de rendre à chacun ce qui lui est dû »[377]. Ainsi, le citoyen global a « l'obligation juridique positive de solidarité, propre d'une citoyenneté mûre, support d'une société globale et d'une justice universelle »[378].

Pour sa part, le *principe de subsidiarité,* connu déjà dans le droit international[379] et le droit communautaire[380], fait partie des fondements du droit global. L'universalité de la société globale ne peut pas supprimer les particularismes de ses membres, tout au contraire, elle doit respecter les différences et aider subsidiairement à résoudre les problèmes qui par leur nature sont globaux et ont besoin d'une solution qui rassemble l'appui solidaire de tous[381]. Ainsi, par exemple, le droit à la libre détermination des peuples, éloigné de tout nationalisme radical, n'est qu'une concrétion de ce principe de subsidiarité, qui défend que les peuples et les *communautés* mineures aient le droit à pouvoir décider sur leur propre destin et d'être les vraies gestionnaires de leurs objectifs et de leur promotion dans le cadre de la communauté globale »[382].

Enfin, le *principe de l'horizontalité*. En effet dès lors que l'humanité, en tant que base de la construction juridique, se trouve stratifiée par divers niveaux organisationnels – personnel, professionnel, familier, local, régional, national, continental, mondial–, il est important que cette distribution soit maintenue, en restreignant au maximum l'emploi de la pression ou la force supérieure ou inférieure sur chacun de ces niveaux[383]. Le droit doit agir sur ces niveaux quand il existe un motif raisonnable et suffisant. Ainsi, il y aura une société

---

[377] Rafael DOMINGO, *La pirámide del derecho global,* Op. Cit., p. 57.
[378] Ibidem.
[379] En droit international, le concept de subsidiarité devient une alternative conceptuelle à l'idée de souveraineté d'État. Par ce biais, le principe de subsidiarité fournit une description analytique sur la structure existante du droit étatique et du droit supra étatique, la relation entre systèmes régionaux et universels, ainsi que justifie la nécessité de la coopération, l'aide et l'intervention internationales. Paolo G. CAROZZA, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, American Journal of International Law, 2003, Vol. 39, p. 40. Selon Follesdal, la subsidiarité est un principe normatif qui serve « comme source de légitimité normative externe aux traités qui peut aider à justifier le droit international », dans la mesure où il supporte « la fonction sociale principale du droit international public comme la garantie des intérêts d'États ». Andreas FOLLESDAL, *The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law*, Jean Monnet Working Paper Series, 2011, No. 12, pp. 7 et 24.
[380] Le principe de subsidiarité a été toujours présent dans la construction de l'intégration européenne. Ainsi, la création d'autorités européennes encadrées par la subsidiarité a cherché la réponse adéquate à l'insuffisance des autorités étatiques, qui par l'union, paradoxalement, ne cherchent pas à s'affaiblir mais à se renforcer. Voir, Chantal MILLION-DELSON, *Le principe de subsidiarité*, Paris, Presses universitaires de France, 1993, pp. 92 – 119. Le *principe de subsidiarité* est aussi présent en Europe, par rapport à la reconnaissance et protection des droits fondamentaux. Il est conçu comme un « instrument d'*articulation* entre les trois principaux systèmes de protection des droits fondamentaux qui coexistent sur le continent européen ; les systèmes constitutionnels, le système mis en place pour la Conventionne européenne des droits de l'homme et le système propre à l'ordre juridique communautaire » Marc VERDUSSEN, « La protection des droits fondamentaux en Europe : subsidiarité et circularité », *in* DELPÉRÉE Francis (Ed.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 311 – 312. Il existe une forte critique sur la faiblesse du *principe de subsidiarité* à l'intérieur du processus législatif communautaire de l'UE, car les organes communautaires législatifs « ne peuvent voir dans ce principe qu'un obstacle à leurs interventions, alors qu'ils souhaitent pouvoir déterminer eux-mêmes le champ de celles-ci ». Sur ce sujet voir, Philippe BRAULT, Guillaume RENAUDINEAU, et François SICARD, *Le principe de subsidiarité*, Paris, Documentation française, 2005, p. 97.
[381] Stefan GOSEPATH, « The Principle of Subsidiarity », *in* Andreas FOLLESDAL and Thomas POGGE (Ed.), *Real World Justice : Grounds, Principles, Human Rights, and Social Institutions*, Dordrecht, Springer, 2005, pp. 159 – 161.
[382] Rafael DOMINGO, *La pirámide del derecho global,* Op. Cit., p. 58.
[383] Ibid., p. 59.

stratifiée, mais non verticale, composée par une grande variété de sociétés et groupements intermédiaires, perméables, dont le fondement se localise dans la personne. Également, en respectant le local et le global, il y aura un système d'ordres juridiques en harmonie et cohérence, interconnectés par l'ordre juridique global[384].

L'horizontalité stimule la démocratisation des institutions de l'ordre juridique global, à travers la participation de la citoyenneté dans la prise des décisions. Le principe d'horizontalité stimule aussi le développement des structures fondées sur l'équité, particulièrement pour favoriser la participation des minorités, grâce à la distribution adéquate du pouvoir ; ceci avec le but d'éviter la concentration des décisions entre les mains d'un groupe déterminé qui puisse s'arroger des privilèges[385]. « La hiérarchisation du droit international –qui a privilégié dans la pratique un certain groupe d'États– porte atteinte au principe de l'horizontalité défendu par le droit global ». L'ordre réglé par le droit international a créé un système dans lequel vivent des États de classes diverses, mais dans lequel se légitime la domination des uns sur les autres[386].

II. La structure interne de la pyramide sociale

Pour Rafael Domingo, la structure interne de la pyramide du droit global doit dépasser l'entité étatique. « Si le droit international est un droit d'États indépendants, le droit global est le système appelé à ranger une *communitas* –l'humanité– complexe et interdépendante »[387]. L'humanité a la vertu d'être universelle et inclusive, dans la mesure où elle se compose par toutes les personnes du monde, sans exception et sans besoin d'un acte exprimé d'incorporation requis par l'État[388]. D'ici vient l'idée de prendre l'humanité et non l'État comme la base de la pyramide sociale[389].

Le plus important de ce changement structurel est que le droit global veut instaurer une nouvelle forme de gouvernement où l'humanité sera la directrice de la solution des problèmes globaux, « *the government of humanity* »[390]. Il s'agirait d'une forme de gouvernement où les problèmes qui affectent l'humanité seraient résolus par l'humanité elle-même, sans la recherche de solutions partielles ni la médiation des entités souveraines[391]. En d'autres termes, il y aura lieu à la création d'une « fédération de l'humanité », qui sera formée par le regroupement d'individus[392].

---

384 Ibidem.
385 Rafael DOMINGO, *El derecho global*, Op. Cit., p. 197.
386 Ibidem. L'auteur utilise la structure du Conseil de sécurité pour montrer comme dedans l'idéal d'égalité des États, il y a des États plus égaux que d'autres, tel qu'il est assuré par DELDIQUE par rapport aux membres permanents du Conseil de sécurité et leur droit de veto. Voir *supra* Ière partie, Titre I, Ch. 1, Section 1.
387 Rafael DOMINGO, *La pirámide del derecho global,* Op. Cit., p. 47.
388 Ibidem.
389 Ibid., p. 32.
390 Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., p. 117. L'auteur pour décrire le « *government of humanity* » utilise le mot en anglais « *anthroparchy* », qui selon lui, fait allusion à un gouvernement fondé plus dans la légitimité que dans la légalité.
391 Rafael DOMINGO, *La pirámide del derecho global,* Op. Cit., p. 49.
392 En effet, dans sa thèse Catherine Le Bris affirme que la « fédération de l'humanité » pourrait avoir deux formes, l'une de type « *supra-étatique* », c'est-à-dire le regroupement d'États en tant qu'échelon intermédiaire entre l'humanité et le citoyen, avec le risque qu'elle implique : « la fédération de l'humanité peut être contrôlée par les puissances les plus importantes », et l'autre basée sur l'idée de regrouper les individus. Dans cette conception, le contrôle de la fédération de l'humanité serait à charge des nations et

L'humanité tout entière donnera naissance à l'institution qui remplacera l'Organisation des Nations Unies, « l'Institution de l'Humanité Unie », comme l'appelle Rafael Domingo. « Cette institution respectera en première instance le *statu quo* »[393]. Comme « l'humanité comprend non seulement les individus mais également les collectivités humaines »[394], d'elle feront partie, « les États et nations actuellement existants qui le souhaitent, ainsi que les autres communautés de toutes sortes propres du paradigme global, les entités publiques et privées, lesquelles, en tant que membres de plein droit, auront voix et vote dans cette institution capitale »[395].

L'institution principale proposée par le droit global s'organise autour d'un Parlement global[396]. Ce Parlement remplacera la vieille conception de sociétés des États pour la nouvelle d' « *universitas personarum* », c'est-à-dire par une réelle « communauté globale », régie par une « Magna Charte globale »[397].

D'après Rafael Domingo, dans le Parlement global, chaque État aura un vote comme membre de l'Humanité Unie, plus un vote pour tous les 20 millions d'habitants qui représentent (ce chiffre est à titre indicatif), sans jamais dépasser le nombre de 25 sièges, dans le but d'empêcher le déséquilibre au sein du Parlement en faveur de la Chine et l'Inde dû au nombre de leur population[398]. À son tour, chaque citoyen global, c'est-à-dire chaque personne qui aurait accepté la Magne Charte globale, aurait le droit de vote pour une institution globale afin de lui faire obtenir un siège dans le Parlement global si elle obtient plus de 20 millions de votes[399].

Au milieu de la structure pyramidale se trouveraient toutes « les institutions créées par l'homme pour le développement et la coexistence de la société : les entreprises, les parlements, les tribunaux, les communautés politiques, scientifiques, religieuses, sportives et ainsi de suite »[400].

---

des individus qui les peuplent et non plus aux États. Autrement dit, « la souveraineté n'est pas entre les mains d'une réunion d'États, mais dans un assemblage d'individus ». Catherine LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, Op. Cit., p. 429.

[393] Rafael DOMINGO, *El derecho global*, Op. Cit., p. 162.

[394] Catherine LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, Op. Cit., p. 429.

[395] Rafael DOMINGO, *El derecho global*, Op. Cit., p. 162.

[396] Le plus important de l'idée du Parlement global est son caractère démocratique. En effet, il est pensé en tant qu'une institution « représentative de la population mondiale ». Autrement dit, il serait « le premier organe politique dans l'histoire de l'humanité qui établit une connexion directe entre chaque être humain et la planète ». Andreas BUMMEL, *Social Evolution, Global Governance and a World Parliament*, Cadmus Journal, 2012, Vol. 1, Issue 4, p. 119.

[397] Rafael DOMINGO, *El derecho global*, Op. Cit., p. 162. Cette idée est déjà présente dans les propos de quelques auteurs qui trouvent dans la Chartes des Nations Unies une « Magna Carta », non seulement pour l'ordre juridique des Nations Unies, mais par rapport à l'ordre juridique international dans son ensemble. Voir sur ce sujet, Pierre-Marie, DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international,* Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2000, Vol. 297, pp. 228 – 231 ; Alexander Andrew MACKAY IRVINE, *Human rights, constitutional law, and the development of the English legal system*, Oxford, Hart, 2003, p. 263 ; et Catherine LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, Op. Cit., pp. 410 – 411.

[398] Selon la limite donnée, la Chine et l'Inde, par exemple, auraient chacune le nombre maximum de 25 des sièges. Les États-Unis, 16 ; l'Indonésie, 13 ; le Brésil, 10 ; le Pakistan, 9 ; la Russie et le Bangladesh, 8 ; le Japon, 7. Pour sa part, l'Allemagne, le Vietnam et les Philippines auraient 5 sièges chacun ; 4 sièges pour la France, le Royaume-Uni, l'Iran et la République démocratique du Congo. L'Espagne, l'Argentine et la Colombie auraient 3 sièges chacun ; le Venezuela, la Corée du Nord, la Roumanie et le Yémen, 2 chacun. Enfin, les États plus petits, comme l'Équateur, l'Angola, le Sénégal et le Vatican, auraient 1 siège.

[399] Rafael DOMINGO, *El derecho global*, Op. Cit., p. 163.

[400] Rafael DOMINGO, *La pirámide del derecho global,* Op. Cit., p. 32.

Au sommet de la pyramide, « se trouverait la personne humaine, origine et centre de tout droit »[401], qui sera la bénéficiaire directe du droit et du système juridique parce que le droit global comprend en soi la règle « *ex persona ius oritur* ». « Les personnes sont donc des authentiques « nomóforas », porteuses du droit, avec l'indépendance de l'espace et du lieu où elles se trouvent »[402].

Enfin, avec la pyramide sociale, le droit global prétend résoudre la marginalité permanente que le système juridique international a faite de la personne humaine, dans le but de soumettre la régulation normative globale au bien-être du genre humain, tel qu'il a été prévu par l'article 55 de la Charte de l'ONU[403]. De cette manière, le droit global prétend assurer la prise en compte de l'être humain et l'humanité dans la solution des problèmes globaux. Les propos du droit global présentés ici dans ses grands axes contiennent de fortes implications dans l'ordre juridique international, parmi lesquelles se trouvent la mise en cause du droit international et la suppression progressive de l'entité étatique.

Section 2 : Les implications du droit global

Le droit global porte une critique au droit international et à la manière dont l'être humain s'est évanoui progressivement dans le labyrinthe des intérêts étatiques, ainsi que dans la forêt normative qui a été formée par les États dans l'organisation internationale, par le biais de la théorie échelonnée du système juridique. Le droit global propose une nouvelle structure pour la régulation des relations internationales basée sur *la suppression imminente de l'État (§ 1),* ainsi que *la mise en cause du droit international (§ 2)*.

§ 1 : La suppression de l'État

D'après le droit global, une fois que la plupart des relations personnelles se développent en dehors les limites territoriales étatiques et les problèmes sociaux dépassant ce cadre, l'État-nation subit un « affaiblissement des pouvoirs »[404], qui l'empêchent d'accomplir ses finalités, perdant sa raison d'être, sa légitimité, sa puissance. L'une des conséquences de cet affaiblissement est *la crise de l'État (A)*, lorsque les êtres humains abandonnent l'idée de voir dans l'entité étatique le souverain et commencent à mettre en question son existence. L'autre conséquence est *la suppression conséquente de l'État (B)*, devant envisager des nouvelles formes d'organisation sociales qui puissent accomplir les finalités qui avaient associé auparavant les hommes dans le contrat social.

A. La crise de l'État-nation

Avant d'examiner concrètement *le moment où la crise de l'État-nation s'est produite (II)*, il faut s'intéresser aux relations qui ont existé entre l'État et la nation ayant donné lieu au *développement historique de l'État-nation (I)*.

---

401 Ibidem.
402 Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Op. Cit., p. 151.
403 Catherine LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, Op. Cit., p. 412.
404 Jean SALMON, *Quelle place pour l'État dans le droit international d'aujourd'hui?* Op. Cit., p. 21.

I. Le développement historique de l'État-nation

Depuis longtemps, l'occident a suivi les idées de Rousseau sur la formation contractuelle de l'État à travers le pacte social. D'après ces idées, le pacte social « produit un corps moral et collectif composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son *moi* commun, sa vie et sa volonté »[405]. La personne publique « qui se forme ainsi par l'union de toutes les autres prenait le nom de *Cité*, et prend maintenant celui de *République* ou de *corps politique*, lequel est appelé par ses membres *État* quand il est passif, *Souverain* quand il est actif, *Puissance* en le comparant à ses semblables »[406]. Cependant, et bien que Rousseau ait distingué les concepts d'*État*, de *souverain* et de *puissance* pour préciser que l'État peut être entendu comme quelque chose de passif, il faut savoir que l'État englobe à la fois tant les concepts de souverain que de puissance. L'État aujourd'hui est conçu, par rapport à sa population, comme un sujet actif, qui doit empreindre des mesures pertinentes à la protection de tous les droits des personnes humaines et non pas seulement, un comportement passif vis-à-vis de la garantie des libertés.

L'État, tel que connu depuis le XVIe siècle[407], est l'incarnation moderne du pouvoir dans des institutions qui restent le résultat d'une entité, d'une chose qui existe exclusivement chez les hommes et qui est nourrie d'un idéal social. Sur l'État –ou l'idée d'État pour être précis– se sont fondées des structures politiques, religieuses, sociales et économiques ayant presque toujours trouvé un abri dans la légitimation du pouvoir que représente l'État, et dans « le monopole de la violence physique légitime » qu'il peut exercer sur les gouvernés[408].

En principe, l'État fut créé par le rassemblement des pouvoirs des hommes ayant des intérêts et objectifs communs : « *la paix et la défense* »[409]. Les individus se sont engagés entre eux à respecter leurs droits à partir d'une entité qui serait conçue comme souveraine. L'engagement des uns vis-à-vis d'autres devient avec le temps plus fort est plus complexe car les hommes ont besoin de la paix et la défense, mais aussi de nouveaux droits et prestations que l'État, en tant que souverain, doit promouvoir, protéger et garantir à sa population.

Pour George Burdeau, « lorsque les individus pensent l'État, c'est bien en y voyant une institution destinée à fonctionner suivant certaines normes et en vue d'une finalité qu'ils admettent »[410]. Cette finalité est encadrée dans une logique humaniste qui cherche toujours la protection des droits de l'homme, protection qui d'ailleurs finit par être l'idéal principal d'association d'êtres humains, la raison même de l'existence de l'État-nation.

Il semble pertinent de préciser que le concept d'État a une acception très large qui peut englober plusieurs formes, par exemple, l'État social, l'État providence ou l'État tutélaire. Mais historiquement, l'État-nation est le fruit de la pensée développée depuis le siècle des

---

[405] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social,* Paris, Aubier, 1943, p. 92.
[406] Ibid., p. 93.
[407] Georges BURDEAU, *L'État*, Paris, Seuil, 2009, p. 31.
[408] Max WEBER, *Le savant et le politique : une nouvelle traduction*, Paris, La Découverte, 2003, p. 118.
[409] Thomas HOBBES, *Léviathan*, Paris, Dalloz, 2004, p. 142.
[410] Georges BURDEAU, *L'État*, Op. Cit., p. 55.

Lumières. Il apparaît au début du XIXe siècle trouvant son apogée au cours du XXe siècle[411]. Il est bien connu par tous que le dernier siècle « fut l'ère de l'État-nation *par excellence* »[412].

L'État-nation peut se définir comme le type d'organisation sociale qui rassemble une population, qui présente parmi ses membres des caractéristiques qui la font particulière aux autres et qui la font subsister. Cette population organisée et transformée en communauté, qui réunit à tous ceux qui partagent le même passé et la même vision du futur, va être définie comme nation, pour lui donner une identité qui va la distinguer d'autres pour ces valeurs culturelles.

Au long de l'histoire, les caractéristiques nationales ont été des facteurs de ségrégation, de distinction entre les personnes qui appartiennent à ladite nation et qui la constituent, et les personnes qui n'y appartiennent pas. On peut parler du facteur racial ou ethnique, pour distinguer ceux qui sont nés à l'intérieur, qui partagent la culture, et ceux qui ne la partagent pas, parce qu'ils sont nés à l'extérieur, et sont considérés comme des étrangers[413]. On peut également penser au facteur linguistique, qui n'est pas toujours exclusif et trouve une nuance, car il y existe des organisations étatiques qui se rassemblent et parlent plusieurs langues. Cependant, cette nuance est presque inexistante, les membres de la communauté se sont mis d'accord pour choisir quelle est, ou quelles sont les langues « officielles », pour créer de nouveau un facteur pluriel de distinction, d'identité, d'exclusion[414].

Également, l'État-nation se trouve fondé sur le facteur territorial, sur la création et la délimitation claire des frontières, de l'espace, où la population développe ses objectifs communs. Un espace qui distingue sa population de celle de l'État voisin, qui peut aussi distinguer l'endroit où ils appliquent leurs *rules of law* et toute leur puissance. Un endroit qui désormais permet de parler du concept de juridiction et des normes étatiques qui trouvent application à l'intérieur des limites territoriales en tant que limites d'action nationale. Le concept d'État-nation et son identité dépendent de l'ordre public qui s'exerce par un pouvoir singulier et qui prend des caractéristiques propres conformes aux fins proposées par la population qui s'est rassemblée dans celui-ci. Ainsi, le pouvoir public établi a des formes de gouvernances adaptées à leurs objectifs et finalités.

Jusqu'ici, l'État-nation peut se définir comme une organisation adaptée aux besoins d'un groupe qui est homogène, ou qui se croit au moins homogène dans plusieurs aspects, et qui permet à ce groupe l'épanouissement et le développement humain sous le partage des

---

411 Ariel FRANÇAIS, *El crepúsculo del Estado-nación : una interpretación histórica en el contexto de la globalización*. Documentos de debate No. 47, Paris, Unesco, 2000, p. 9.

412 Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law : Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, Op. Cit., p. 118.

413 Judith BUTLER et Gayatri Chakravorty SPIVAK, *L'État global*, Paris, Éditions Payot, 2007, pp. 19 – 44.

414 C'est le cas particulier des États Latino-Américains où leurs populations fortement chargées des traditions culturelles, ont revendiqué leur ancestralité pour se faire respecter leurs droits collectifs. Voir par exemple, l'article 10 de la Constitution colombienne de 1991, qui reconnaît que « le castillan est la langue officielle de la Colombie. Les langues et dialectes des groupes ethniques sont aussi des langues officielles dans leurs territoires. L'apprentissage qui soit imparti dans les communautés avec des traditions linguistiques propres sera bilingue ». Aussi, l'article 2 de la Constitution de l'Équateur de 2008, qui inspirée par les traditions constitutionnelles colombiennes, a consacré que « le castillan est la langue officielle de l'Équateur ; le castillan, le kichwa et le shuar sont des langues officielles de relation interculturelle. Les autres langues ancestrales sont d'usage officiel par les peuples indigènes dans les zones où ils habitent ».

aspects culturels communs. L'État-nation, dû aux partages des objectifs et désirs communs, devient pour les individus qui composent sa population, le sujet chargé « d'opérer des transferts et d'allouer des aides, et, d'une façon générale, de mettre en œuvre une politique efficace en matière d'infrastructure, d'emploi et des prestations sociales »[415], ainsi que de garantir la défense de la nation, de l'ordre public et du bien-être de la population. L'État-nation devient la personne qui garantit la protection et la matérialisation d'un projet sociopolitique commun.

Au niveau international, l'État-nation finit par être le représentant de sa population et le défendeur des intérêts de ceux qui dissent l'appartenir. Même au départ des Nations Unies, les relations internationales ont été alors le scénario exclusif des États pour débattre et faire primer les intérêts de leurs nationaux, à cause de sa *nature* interétatique[416]. Néanmoins, les beaux jours de l'État-nation, en général, et de la théorie de l'État, en particulier, ont eu leur fin avec la globalisation. L'État-nation est destiné à disparaître, la globalisation de tous les aspects y compris les sociaux, les culturelles et les politiques de la vie des individus, ainsi que l'ouverture des frontières et la mise en œuvre d'une économie globale, confirment son destin.

II. L'arrivée concrète de la crise étatique

La globalisation du marché sera le début de la crise de l'État-nation[417], si bien décrite par Jean Salmon, pour qui le « territoire de l'État est aujourd'hui, pour le plus grand nombre, un espace balkanisé dans un espace mondialisé »[418]. Les phénomènes de l'intégration économique dès les années 50 du XXe siècle, la création d'espaces de marché commun et la mobilité humaine montreront un détachement des êtres humains à ce qui auparavant était conçu comme le centre du droit international : l'État.

Désormais, les échanges humains et les droits de l'homme ne sont plus cantonnés dans des limites territoriales[419]. L'intensification des relations sociales planétaires oblige les acteurs de la globalisation à dégager de nouvelles règles de communication ou d'échange différentes de celles prévues déjà par les États. « Il faut pouvoir se mettre d'accord sur un nombre croissant de règles pour pouvoir se parler, communiquer et échanger en toute sécurité »[420]. Surtout pour pouvoir partager avec les autres, dès lors que la globalisation ne se réduit pas à ce qui est économique, mais vise le social, le culturel et le politique dans une sphère plus étendue que celle de l'État[421]. La globalisation « traduit aussi le sentiment d'appartenance à un même monde où les frontières nationales deviendraient moins pertinentes pour juger, agir ou penser »[422]. À vrai dire, « la pertinence des frontières s'en trouve amenuisée » ; on a pu

---

[415] Jürgen HABERMAS, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, Op. Cit., p. 28.
[416] Catherine LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, Op. Cit., p. 416.
[417] Catherine BRÖLMANN, « Deterritorialization in international law : moving away from the divide between national and international law », *in* André NOLLKAEMPER et Janne E. NIJMAN, *New perspectives on the divide between national & international law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 87.
[418] Jean SALMON, *Quelle place pour l'État dans le droit international d'aujourd'hui ?* Op. Cit., p. 24.
[419] Ibid., pp. 26 et 28.
[420] Zaki LAÏDI, *Mondialisation et droit*, Recueil Dalloz, Paris, Dalloz, 2007. No. 38, p. 2712.
[421] Anne PETERS, « The globalisation of State Constitutions », *in* Janne NIJMAN et André NOLLKAEMPER, *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 252.
[422] Zaki LAÏDI, *Mondialisation et droit*, Op. Cit., p. 2712. Par rapport au sujet, André-Jean Arnaud signale que « si on voulait se référer à la réalité de la nation dans ce processus d'échanges, il conviendrait plutôt de parler de « transnationalisation », au sens où certains flux passent d'une nation à l'autre sans que les

parler de la « fin des territoires »[423] ; ou au moins, « the declining role of territory in international law »[424].

En Europe, l'intégration et la constitution de l'UE munie d'une personnalité juridique propre après le traité de Lisbonne, confirment la perte de puissance de l'État-nation et le risque de son décès[425]. Il ne faut pas oublier que le phénomène intégrationniste en Europe, tant au niveau de la défense, du commerce, de la monnaie unique, que de l'énergie ou de l'environnement, laisse découvrir que « l'État-nation a réalisé son *incapacité fonctionnelle* d'adopter des politiques nationales unilatérales et accepte, progressivement, la voie intégrative d'élaboration de politiques »[426].

Le processus d'intégration européenne initialement appuyé sur les États pour réussir la mise en œuvre d'une législation communautaire dans les ordres juridiques étatiques, a rapidement montré que « l'État-nation subit-il une érosion progressive de ses fonctions traditionnelles et reconsidère-t-il ses formes, interventions et finalités »[427], pour faire face aux nouveaux problèmes d'une société européenne, chaque fois plus globalisée, sans frontières et sans limites spatiales.

L'identité nationale sur laquelle s'est fondé l'État-nation, très importante pour déterminer qui est la personne et son groupe d'appartenance, quel est son passé et quel serait, *a priori*, son avenir[428], n'est pas aujourd'hui limitée par une frontière territoriale étroite[429]. L'identité des personnes s'est étendue à d'autres horizons, elle s'est élargie grâce à l'identification des points communs entre les êtres humains, qu'avant se disaient différents, mais qu'actuellement se trouvent semblables et rattachés les uns aux autres, par l'ouverture des frontières[430]. Même si les crises économiques ont fait émerger quelques mouvements défenseurs du nationalisme et du protectionnisme de l'économie étatique.

Désormais, on est devant un phénomène de « prise de conscience » des êtres humains

---

échanges relèvent –ou sans qu'ils relèvent exactement– du droit national ni du droit international ». André-Jean ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation : leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Op. Cit., pp. 24 et 25.

[423] Jean SALMON, *Quelle place pour l'État dans le droit international d'aujourd'hui ?* Op. Cit., p. 27. D'après Ulrich Beck, la globalisation est un nouveau jeu qui « a fait surgir un nouvel espace et un nouveau cadre pour l'action : la politique *s'affranchit des frontières des États*, avec par conséquent l'apparition de joueurs supplémentaires, de nouveaux rôles, de nouvelles ressources, de règles inconnues, de nouvelles contradictions et de nouveaux conflits ». Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Op. Cit., p. 29.

[424] Catherine BRÖLMANN, *Deterritorialization in international law : moving away from the divide between national and international law*, Op. Cit., p. 90.

[425] Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, *Droit international et souveraineté des États*, Op. Cit., pp. 55 et 56.

[426] Christian PHILIP et Panayotis SOLDATOS, *Au-delà de l'État et en deçà de l'État-nation*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 17.

[427] Ibid., p. 16. Voir aussi, Jean SALMON, *Quelle place pour l'État dans le droit international d'aujourd'hui ?* Op. Cit., pp. 21 – 39.

[428] Jürgen HABERMAS, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, Op. Cit., pp. 52 et 53.

[429] On constate que « le fondement « national » s'est révélé fragile et sujet à toutes les atteintes et à toutes les contestations, au point qu'il [...] semble incontestable que les États-nations sont aujourd'hui menacés d'émiettement ». Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, *Droit international et souveraineté des États*, Op. Cit., p. 54. C'est le cas de la plupart des pays dits « développés » et « en voie de développement » où leurs « ressortissants » commencent à voyager par les quatre coins du monde, mais surtout des pays dont la population comporte des ethnies nomadisants, où les frontières n'ont jamais perdu leur caractère perméable. Pour eux, elles ont été presque inexistantes. Ibid., p. 25.

[430] Gérard NOIRIEL, *État, nation et immigration : vers une histoire du pouvoir*, Paris, Belin, 2001, p. 341.

sur les aspects essentiels qui les attachent. La globalisation sur les buts communs de toute l'espèce humaine et la création d'une nouvelle identité font partie de cette prise de conscience[431]. On est face à une identité globale générée par une conscience planétaire « planetary consciousness » que fixe la pensée des individus en dehors leurs frontières territoriales et des marginaux intérêts de l'État-nation[432]. La globalisation, comme l'affirme Carrillo-Salcedo, « incite la prise de conscience de l'intégration de l'humanité et de l'unité de destin de ceux qui la composent, face aux graves menaces qui pèsent sur son avenir »[433].

Les nouvelles formes de migration humaine, la mobilité comme mode de vie et les pratiques quasi diasporiques font que l'État-nation ne soit plus la communauté de base du système international, ni le cadre politique ni juridique le plus signifiant dans les actuelles sociétés[434]. C'est pourquoi l'on parle désormais davantage des intérêts macro, des intérêts de l'humanité qui touchent un nombre plus vaste des personnes, qui ne remplacent certes pas les intérêts nationaux mais qui les font repenser et harmoniser avec les nouveaux intérêts globaux de l'humanité[435].

La prise de conscience de l'individu face à la nouvelle réalité qui l'absorbe, a mis en question la capacité de l'État-nation pour garantir les objectifs de la population. La population se mobilise dans les quatre coins de la planète et découvre une nouvelle réalité, que les problèmes que l'individu vit chez lui sont les mêmes problèmes que vivent d'autres populations, que les droits qu'il réclame et dit avoir, sont quasiment les mêmes droits que les autres personnes réclament et disent avoir aussi[436]. L'être humain en vivant en société découvre que l'État-nation, cette petite bulle où il avait déposé sa confiance, est devenu réduit et incapable de résoudre, même de comprendre, les besoins globaux de l'humanité.

La crise de l'État-nation est aussi la crise de la forme du gouvernement étatique, de la politisation des fonctions des États où les intérêts particuliers substituent les intérêts généraux. Cette crise a généré les guerres, la lutte pour le contrôle économique et pour l'exploitation des ressources naturelles, elle a justifié la domination des uns sur les autres. La crise de l'État-nation a été toujours une crise en mépris de l'être humain, qui a fait preuve de la « condition de l'homme moderne »[437].

La substitution des intérêts généraux par des intérêts particuliers laisse une sensation d'impotence par rapport à l'État et au droit international. L'impotence se fait sentir chaque fois que la communauté humaine globale voit entreprendre des actions étatiques en mépris de l'être humain avec le regard impavide et complice des alliés économiques ou politiques, qui mettent en bas la tête pour faire primer leurs intérêts étatiques sur les intérêts de l'humanité. Les intérêts étatiques sont à la fin des intérêts particuliers qui nient la naturelle sociabilité de l'homme, où l'atteinte menée à l'un des membres de la société se fait sentir dans tout son ensemble, comme un « éternel retour » que se répète sans cesser, dont la seule

---

431 Jürgen HABERMAS, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, Op. Cit., pp. 37 et 38.
432 Andreas BUMMEL, *Social Evolution, Global Governance and a World Parliament*, Op. Cit., p. 118.
433 Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, *Droit international et souveraineté des États*, Op. Cit., p. 51.
434 Catherine WIHTOL DE WENDEN, *La question migratoire au XXIe siècle : migrants, réfugiés et relations internationales,* Paris, Science Po, Les Presses, 2013, p. 15.
435 À cet égard, l'ancien juge de la CIJ, Mohammed Bedjaoui, affirme que « la recherche de l' « intérêt général de l'humanité » tout entière et du « bien commun » de tous a fait barrage à la revendication des intérêts purement nationaux ». Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (II)*, Op. Cit., p. 501.
436 Jürgen HABERMAS, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, Op. Cit., pp. 36 et 37.
437 Hannah ARENDT, *La condition de l'homme moderne : the humain condition*. Paris, Calmann-Lévy, 1961.

victime est l'humanité[438].

Cette situation préoccupante nourrit l'idée d'un gouvernement global appelé « *global governance* »[439], et bien sûr, la construction d'un droit global à son côté qui dépasse les enjeux qui ont affaibli l'importance de l'État-nation pendant toute la période du XXe siècle et la courte période épuisée du XXIe siècle[440].

Si le scénario étatique est peu encourageant et chaque fois moins compressible depuis le point de vue global, existe-t-il une solution claire et efficace pour réussir la protection effective de l'être humain ? Y a-t-il une solution pour réussir les fins qui ont rassemblé auparavant les individus ? Trouverait-on désormais un espoir pour rassurer l'avenir de l'humanité ?

Pour la théorie du droit global ainsi décrite qui justifierait la création du droit global et de la « *global governance »*, existe une seule issue à la crise de l'État : *la suppression de l'État* consécutive à sa lente agonie[441].

B. La suppression conséquente de l'État

Aborder le sujet de la suppression conséquente de l'État peut paraître inapproprié, même vanté et anachronique, pour ceux qui croient sans faille à la théorie de l'État et pour quelques positivistes qui trouvent une explication sacrée du pouvoir dans ce produit de l'imagination de l'homme qui est l'État. La suppression de l'État est néanmoins la solution envisagée par les partisans du droit global[442]. Cette suppression, selon eux, doit être la première démarche à accomplir pour effacer la politisation qui rabaisse les fonctions de l'État, et qui minimise, par corollaire, l'importance du droit international, en tant que moyen pour résoudre les conflits internationaux[443].

Bien que pour d'autres l'État « représente un mal nécessaire »[444], pour le droit global la suppression de l'État est un impératif pour la société civile, vu les conséquences que son existence apporte de négative aux individus et au droit international, lequel, selon le droit global, se trouve dans une crise difficile de surmonter à l'égal que l'État[445].

Il existe une relation étroite entre le type de société civile et la forme d'organisation sociale que celle-ci adopte pour réussir ses buts. Les organisations sociales sont créées par et

---

438 Friedrich NIETZSCHE, *Ainsi parlait Zarathoustra,* Paris, Gallimard, 1947.
439 David HELD, *Democracy and the global order*, *From the modern State to cosmopolitan governance*, Cambridge, Polity Press, Stanford University Press, 1995, pp. 221 – 239.
440 Par « *global governance* » il faut comprendre que dans la scène internationale les États ne sont plus les « seuls acteurs décisionnels », qui à leur côté se trouvent les entreprises internationales, les ONG et les êtres humains, qui participent de plus en plus dans le processus de régulation internationale. Marcelo KOHEN, « Internationalisme et mondialisation », *in* Charles-Albert MORAND (Dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 117 – 119. Voir aussi, Andreas BUMMEL, *Social Evolution, Global Governance and a World Parliament*, Op. Cit., pp. 116 – 120.
441 Rafael DOMINGO, *El derecho global*, Op. Cit., p. 107.
442 Ibidem.
443 Ibid., p. 108.
444 André-Jean ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation : leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Op. Cit., p. 39.
445 Rafael DOMINGO, *El derecho global*, Op. Cit., p. 101.

à la mesure de la société civile qu'elles envisagent de réguler. Chaque fois que la société civile change, les organisations sociales doivent impérativement s'adapter aux changements. De cette adaptation, dépend la légitimité de toutes les organisations sociales, y compris l'État.

Durant le XIXe et le XXe siècle, la société civile était locale et rattachée à une identité culturelle singulière, voire une « uniformité communautaire nationale homogène »[446], que la distinguait d'autres, où elle avait besoin de s'identifier, dans la plupart des cas, avec un territoire et un pouvoir public unique. Ceci explique pourquoi ces siècles ont été la niche d'épanouissement de l'État-nation et pourquoi dans ces années l'État jouissait du plus haut niveau de légitimité.

Au contraire, au XXIe siècle on voit que les membres de la société civile se sentent plus globaux. L'on constate qu'ils commencent à s'inquiéter, non seulement par les problèmes locaux mais par les problèmes extérieurs –en référence au reste de la planète– et à la fois, qu'ils trouvent que leur participation politique, très limitée au territoire étatique, ne leur permet pas de faire partie de la discussion et de la solution aux problèmes globaux. Pour cela, l'organisation étatique devient inadéquate pour régler leurs problèmes. D'où l'exigence d'un changement rapide de l'organisation étatique qui s'y impose et prône par les tenants du droit global[447].

Le dépassement conceptuel de l'État se faisant évident, dès lors que la société civile –qui était censée d'être réglée et protégée par lui– a complètement changé. On est face à une nouvelle société civile, une société globalisée qui se bat dans une dichotomie : « dépendre d'un État omniprésent qui, abusant de sa *potestas* freine la naturelle sociabilité humaine, ou se libérer de la volonté du pouvoir qui l'empêche de créer et développer d'initiatives propres »[448].

Le choix juridique à prendre, selon le droit global, doit s'incliner vers la libération de la société civile des liens étatiques dans le passé pour parvenir au bien-être des individus à partir de la cession de *potestas* individuelles. Ces *potestas* ne seraient plus justifiées aujourd'hui, lorsque les êtres humains du XXIe siècle, plus engagés avec les problèmes globaux, considèrent que la cession de pouvoirs faite à une entité étatique n'a aucune raison valable de permanence compte tenu de son incapacité. L'État-nation aujourd'hui se montre incapable de réduire l'inégalité, prévenir les guerres, vaincre la haine, contrôler l'armement nucléaire, diminuer la contamination et réussir la paix[449].

L'État est devenu obsolète, ancien et inadapté aux besoins sociaux. Son pouvoir d'agir est limité aux frontières étatiques, complètement dépassées par la pensée globale des êtres humains contemporains[450]. La faille la plus marquée de l'État, c'est dans le lien créé entre lui et l'être humain compris comme national[451]. Un lien qui réduit le rôle de l'individu dans tout

---

[446] Jürgen HABERMAS, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, Op. Cit., p. 67.
[447] Antonio GARRIGUES WALKER, « La hora de la sociedad civil », *in* Rafael DOMINGO, Martín SANTIVÁÑEZ et Aparicio CAICEDO (Coord.), *Hacia un derecho global : Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 19 – 20.
[448] Ibid., p. 18.
[449] Rafael DOMINGO, *El derecho global*, Op. Cit., p. 108 et 123.
[450] Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Op. Cit., pp. 106 et 107.
[451] Il est important de remarquer que cette faille de l'État n'appartient pas à lui, sa provenance se trouve dans le « nationalisme méthodologique » en tant que « source d'erreurs ». Ainsi fut signalé par Beck à l'identifier cinq erreurs systématiques du nationalisme méthodologique. La première, « *la transposition irréfléchie de limites, de catégories, de représentation de l'ordre et de variables, héritées de l'optique nationale*

le droit international, et portant même une grande dangerosité[452]. Ce lien exclusif entre l'être humain et l'entité étatique est appelé la « nationalité ».

Pour Rafael Domingo, la nationalité lie tellement à l'individu à un État concret, qu'en matière d'effets internationaux, « c'est l'État qui détermine la normativité qui va s'appliquer à un citoyen national dans la sphère du droit international »[453].

Une fois les individus sont plus globaux et moins locaux, ils commencent à voir moins la nécessité de la notion de nationalité. Ils ne trouvent plus la légitimité de cette liaison, *dite nationale*, avec l'État[454]. Particulièrement, lorsqu'ils sentent que les États restent impuissants à l'égard des problèmes de la nouvelle réalité mondiale, ou quand ils sont conscients qu' « aujourd'hui, les actions des uns ont immanquablement des répercussions, parfois accidentelles, sur la vie d'autres, même s'ils vivent à des milliers de kilomètres »[455]. En effet, « nous vivons plus que jamais dans un monde indivis dans lequel ma liberté et mon bien-être sont désormais conditionnés par la liberté et le bien-être de l'Autre »[456].

La réflexion sur la nationalité place la discussion de l'État dans le scénario de la légitimité étatique, puisque d'elle dépend sa survivance ou sa suppression de la société contemporaine. On sait que la légitimité de l'État dépend et se maintient intacte quand les activités économiques, de communication, de protection de l'environnement, de la production et de la consommation se font dans les limites étatiques, ce qui n'est plus le cas avec la globalisation. Les activités économiques sont devenues transnationales, les réseaux de communications sont mondiaux, entrelacés et interconnectés les uns aux autres, la protection de l'environnement est un problème qui échappe au contrôle étatique et s'analyse en termes transfrontaliers[457]. La production et la consommation ont débordé les frontières, dans la plupart des cas, les consommateurs ignorent l'endroit de production de ce qu'ils consomment.

« La [globalisation] implique davantage que l'effacement des limites sous la

---

dans la perspective de l'observateur et de l'analyse ». La deuxième, « *les erreurs, les fautes et les distorsions qu'induit la fixation sur l'État ou sur l'État national* ». La troisième, « *le caractère anhistorique et abstrait de l'État et du concept d'État* ». La quatrième, le manque de distinction claire « *entre la fixation de l'État national et la fixation sur l'État* ». Enfin, la cinquième, « *l'optique nationale empêche d'entrevoir la question clé…sur quelle légitimation se fonde la transformation des règles du jeu lors du passage de l'époque nationale à l'époque cosmopolitique de la modernité ».* Ibid., pp. 105 – 116.

[452] À plusieurs reprises, le lien de la nationalité a dégénéré aux phénomènes des nationalismes, lesquels « ont repris une extraordinaire vigueur et s'est ensuivi une dangereuse prolifération des conflits interethniques, de revendications territoriales et de violentes manifestations de la part de minorités nationales et de groupes humains proclamant leur identité et invoquant leur droit à l'autodétermination ». Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, *Droit international et souveraineté des États*, Op. Cit., p. 57.

[453] Rafael DOMINGO, *El derecho global*, Op. Cit., p. 106. Le lien définitif des individus aux États peut s'illustrer avec le statut personnel et son importance en droit international privé ou dans la protection diplomatique et consulaire, qui sont toujours menés et donnés par les États seulement à leurs nationaux.

[454] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., p. 106.

[455] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Rapport du millénaire du Secrétaire des Nations Unies : Nous, les peuples : le rôle des Nations Unies au XXIe siècle,* A/54/2000, 27 mars 2000, § 13.

[456] « Ces dernières décennies ont montré que le monde fini risque de mal finir et que la planète ne peut plus survivre avec l'existence de contrastes explosifs entre, d'un côté, des aires de paix et de prospérité et, de l'autre, des espaces de violence et de misère ». Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (I)*, Op. Cit., p. 60.

[457] Jean SALMON, *Quelle place pour l'État dans le droit international d'aujourd'hui ?* Op. Cit., p. 27.

domination du marché mondial. Elle est aussi un affaiblissement de l'État face à la société »[458]. L'État, paraît, au moins pour les théoriciens du droit global, ne pas avoir un succès différent que celui de sa suppression du monde juridique. Pour ces mêmes théoriciens, l'affaiblissement de l'État n'emporte pas seulement comme conséquence la suppression de l'État mais aussi la mise en cause du droit international en tant que *ius inter nationes*.

§ 2 : La mise en cause du droit international

Le droit global a vraiment profité des changements sociaux, économiques et politiques du monde contemporain pour montrer que l'entité étatique est incapable d'y répondre efficacement ; pour faire de la crise de l'État-nation une preuve pour justifier sa suppression, et signaler que le mariage existant entre l'État et le droit international –*ius inter nationes*–, a un destin inévitable : *la crise du droit international interétatique (A)*.

D'autre part, la mise en cause du droit international a été exploitée par le droit global pour justifier de nouveau la disparition de l'État et proposer l'évolution du *droit international vers le droit global (B)*. Si « le droit international est fondé par les États, qui sont la source du droit international » , et « le droit est fait pour les États, qui sont les premiers sujets du droit international, éclipsant les individus derrière le rempart de la souveraineté étatique »[459], dès lors que les États sont en crise, il est logique que le droit international évolue ou disparaît afin de réussir une protection réelle de l'être humain et l'humanité.

A. La crise du droit international interétatique

La prise de conscience de l'être humain sur les problèmes globaux qui les atteignent, autant que le rôle de la personne humaine dans la société globalisée, commence à obliger le droit international à évoluer, surtout, à l'égard de ses sujets. La société globalisée oblige à céder des espaces, auparavant réservés exclusivement aux États, à des nouveaux acteurs internationaux, dont les individus[460]. Désormais, le droit international n'est pas exclusivement un droit des États par les États et pour les États, il est plutôt un droit qui commence à tenir en compte les perspectives diverses des plusieurs acteurs[461].

Cependant, ces avancements ne sont pas suffisants pour répondre aux nécessités de l'actuelle communauté internationale. Malgré les changements qu'il a eu dans le droit international par rapport aux sujets de droit, « les presque deux cents États du monde

---

[458] Daniel INNERARITY, *La démocratie sans l'État : essai sur le gouvernement des sociétés complexes*, Paris, Climats, 2006, p. 170.
[459] Ibidem. Voir aussi, Jean SPIROPOULOS, *L'individu et le droit international*, Op. Cit., p. 201.
[460] Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Op. Cit., p. 105 ; Gerhard HAFNER, *The emancipation of the individual from the state under international law*, Op. Cit., pp. 321 – 328 ; et Theodor MERON, *International Law in the Age of Human Rights,* Op. Cit., pp. 275 et 276.
[461] Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law : Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, Op. Cit., pp. 128 – 130. Par ailleurs, voir la critique d'André-Jean Arnaud par rapport à l'enseignement du droit dans les universités, qui permet de voir les incohérences existantes entre la réalité juridique et la manière dont elle est enseignée aux étudiants : « Dans les facultés de droit, on continue cependant imperturbablement à former, sinon à déformer les étudiants dans l'idée que le droit est l'émanation d'un pouvoir souverain unique, absolu, entier, exclusif : l'État ». André-Jean ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation : leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Op. Cit., p. 18.

[continuent à être] les sujets primaires des relations internationales pour disposer de pleine capacité juridique »[462]. Les individus, bien qu'il soit en cours une évolution du droit international, dans quelques aspects ne sont plus qu'un « objet » de régulation[463]. Dans certaines instances internationales, les individus continuent à être privés d'un véritable *ius standi* pour demander la protection de leurs droits[464] ou d'une réelle capacité juridique pour la prise de décisions en matière d'environnement[465].

Selon Rafael Domingo, la crise du droit international provient de sa propre structure. Dès lors que ce droit est « fondé sur des principes qui sont devenus obsolètes, balayés par l'espace-temps historique, tels que la souveraineté, la territorialité et l'État-nation », il n'arrive pas à répondre correctement aux besoins de la société[466]. Aux yeux du droit global, le droit international est en crise et celle-ci paraît avoir atteint le point de non-retour. La crise du droit international est structurelle, elle découle de la prétention du droit international de vouloir contrôler la globalisation et de régler les problèmes globaux de la société sans altérer les principes qui le déterminent, sans s'éloigner d'une structure pyramidale obsolète ni d'une doctrine volontariste dépassée, inacceptable pour une société à vocation universelle et solidaire[467].

Il est certes que le droit international a eu une évolution. Le concept des droits de l'homme développé à partir de la deuxième moitié du XXe siècle a aidé à souligner l'importance de l'être humain[468]. La mise en œuvre du droit international humanitaire et la

---

[462] Rafael DOMINGO, *El derecho global*, Op. Cit., p. 105.
[463] Ibidem.
[464] Antônio CANÇADO TRINDADE, *El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, RIIDH, 2003, No. 37, p. 72 ; Juan Antonio ROSAS CASTAÑEDA, *Hacia el Jus Standi del individuo en el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Revista CEJIL, Buenos Aires, 2007, Año II, No. 3, pp. 80 – 89 ; et Laurence BURGORGUE-LARSEN, « The indirect contentious jurisdiction of the Court », *in* Laurence BURGORGUE-LARSEN et Amaya ÚBEDA DE TORRES, *The Inter-American Court of Human Rights : Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 36 – 47.
[465] Alan BOYLE, *Human Rights and the Environment : Where Next ?*, European Journal of International Law, 2012, Vol. 23, No. 3, pp. 613 – 642.
[466] Rafael DOMINGO, *El derecho global*, Op. Cit., p. 101.
[467] Ibid., pp. 102-103. La situation s'avère plus compliquée si on regarde de plus près ce qui se passe dans la scène internationale. La société interétatique est en crise, il y a une impuissance des Nations Unies, une absence d'un droit valable pour résoudre les problèmes actuels. La société internationale « se double d'une société mondiale a-juridique ». Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogations sur un concept en crise », *in* Dominique MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ (Dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 127.
[468] Sur ce sujet, il y a des voix qui affirment que l'heure pour substituer le concept de « droits de l'homme » par celui de « droit des êtres » est arrivée. À partir de la troisième génération des droits de l'homme on ne protège plus exclusivement aux l'individus, on protège ce qui est autour d'eux, comme l'air, l'eau et l'espace. Avec la théorisation de la naissance d'une quatrième génération (droits des animaux), une cinquième (droits informatiques), une sixième (droits des transhumains), même une septième (droits de la nature), il semble incorrect de continuer à parler des droits de l'homme, car le nouveau scénario de la protection des droits a dépassé à l'être humain pour protéger d'autres êtres. Voir, Moisés Jaime BAILON CORRES, *Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas : algunas consideraciones generales,* Revista Derechos Humanos México, Centro Nacional de los Derechos Humanos, Año 4, No. 12, 2009, pp. 103 – 128, Disponible [En ligne] : http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/12/art/art6.pdf (29 septembre 2018) ; et Mario MELO, *Derechos de la naturaleza, globalización y cambio climático,* Revista Línea Sur, No. 5, 2013, pp. 43 – 45, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32323.pdf (29 septembre 2018). Sur les droits des animaux et le négationnisme historique de son existence voir, Pierre JOUVENTIN, David CHAUVET, et Enrique UTRIA, *La raison des plus forts : la conscience déniée aux animaux*, Paris, Imho, 2010. Par rapport au sujet plus polémique des nouvelles générations des droits de l'homme « les

création du droit international pénal, ont commencé à sanctionner par ailleurs les conduites criminelles qui affectent toute l'humanité. Mais ces efforts d'évolution sont encore insuffisants. Le droit international continue à voir les êtres humains comme « une sorte de « *subject-matter* »[469], sans s'avertir que la personne est l'origine et le centre de la vie juridique, non seulement la fin »[470].

La société actuelle voit le droit international comme un droit politique des grandes personnalités étatiques dotées de droit de discours et de courtoisie mais qui ne réagissent pas à la hauteur face aux guerres civiles, aux violations des droits de l'homme, à la destruction des ressources naturelles et à la pollution de l'environnement. Le droit international se trouve dans une crise structurelle qui se montre de plus en plus profonde[471]. Selon Monique Chemillier-Gendreau, le droit international, tel que « centré sur la norme de la souveraineté des États, ne remplit pas sa fonction de pacification de la société mondiale. Il n'est plus adapté à la structure de la société humaine d'aujourd'hui »[472].

Un regard de méfiance vers le droit international et vers sa manière de réagir vis-à-vis des conflits internationaux se concrétise. La méfiance pour le droit international ne laisse pas de mettre en index l'inefficacité et la crise de la plupart des organisations internationales[473]. Le droit international, dominé par la doctrine volontariste et envahi par sa crise, a été accusé d'avoir parfois soutenu, avec son silence, l'action illégale des puissances[474].

Un clair exemple de la crise du droit international interétatique se trouve dans le droit international humanitaire, avec les violations des concepts apparemment bien établis par le droit conventionnel, même coutumier, comme ceux de la souveraineté et la non-ingérence à partir du discours promoteur des droits de l'homme et de la paix. Discours qu'aujourd'hui fait penser, qu'il n'y a plus droit humanitaire mais une,

> « Colonisation de l'humanitaire par l'ingérence des grandes puissances [qui] permet de contourner l'un des fondamentaux du droit international, le principe de l'égale souveraineté des États, que nul n'ose cependant réviser formellement dans la Charte des Nations Unies. La guerre juste, vieux concept archaïque, fait partie, désormais, à nouveau de la modernité juridique ! L'illicite devient du licite en gestion : l'ingérence [humanitaire] devient une « coutume naissante », malgré les positions de la CIJ »[475].

---

transhumains », consulter l'étude menée par : Alain FROMENT, *Anatomie impertinente : le corps humain et l'évolution,* Paris, O. Jacob, 2013 ; et Nick BOSTROM, *In defence of posthuman dignity*, Bioethics, Vol. 19, No. 3, 2005, pp. 202 – 214.

[469] Cfr. Shaw MALCOLM, *International law*, New York, Cambridge University Press, 2003, p. 232.

[470] Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Op. Cit., p. 106.

[471] Élisabeth LAMBERT ABDELGAWAD, *La répression du crime international d'agression : la révision programmée du Statut de Rome va-t-elle permettre l'impensable ?* Paris, RSC, 2008, p. 184.

[472] Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogations sur un concept en crise*, Op. Cit., p. 128.

[473] Gérard COHEN-JONATHAN, « L'État face à la prolifération des organisations internationales », *in Colloque de Strasbourg : Les organisations internationales contemporaines*, Paris, Pedone, 1988, p. 177.

[474] Robert CHARVIN, « De la prudence doctrinale face aux nouveaux rapports internationaux », *in Droit international et coopération internationale : Hommage à Jean-André TOUSCOZ*, Nice, France Europe Éditions, 2007, p. 70. Sur le rôle des puissances dans les relations internationales et l'impuissance qu'elles souffrent par le phénomène de la globalisation et la perte d'efficacité des relations étatiques multilatérales, consulter, Bertrand BADIE, *L'impuissance de la puissance : essai sur les nouvelles relations internationales*, Paris, CNRS, 2013.

[475] Robert CHARVIN, « De la prudence doctrinale face aux nouveaux rapports internationaux », Op. Cit., p. 73.

L'illustration du droit international humanitaire que reflète en conséquence la crise du droit international autant que sa faiblesse face aux enjeux de la politique politicienne étatique, fait considérer comme « dommages collatéraux » inévitables et nécessaires, les bombardements des zones urbaines, « bombardements par zones » (Target area bombing), malgré « l'impossibilité de dissocier les objectifs militaires et les zones économiques et d'habitation »[476]. C'est ainsi que les États-Unis d'Amérique en Irak, Israël ou au Liban, par exemple, réalisent leurs pratiques militaires sans rendre aucun compte à la communauté internationale ni se voir pleinement sanctionné par leurs actions devant les organes des Nations Unies[477].

Une telle image du scénario international a généré une atmosphère parfaite pour nourrir la crise du droit international interétatique, ainsi que pour faire naître la réflexion sur l'idée d'un droit différent, éloigné des avatars politiques et étatiques. D'un droit qui puisse répondre agilement aux besoins de la communauté internationale sans retards dans la prise de décisions et avec le plein respect des droits des êtres humains. Autrement dit, la crise du droit international interétatique a poussé son évolution vers un droit global.

La globalisation a son champ d'action en dehors des frontières des États. Cette caractéristique a mis en échec l'entité étatique en tant que fondement existentiel du droit international, et a amené avec soi la crise du droit international, bien que ce soit normalement au droit international de s'occuper de régler les difficultés survenues des phénomènes avec un ou plusieurs éléments d'extranéité. Néanmoins, la politisation qui l'entoure autant que son regard limité aux affaires interétatiques, montre le droit international incompétent pour les résoudre correctement. Par conséquent, la « société civile internationale » doit envisager une évolution ou une métamorphose du droit international pour lui faire répondre à ses besoins[478].

B. L'évolution du droit international vers le droit global

L'évolution ou la métamorphose du droit international doit arriver à la mise en place d'un nouvel ordre juridique international. Le droit que règle ce nouvel ordre juridique doit prendre en compte le bien-être de l'humanité en tant qu'objectif supérieur de tout ce qui est juridique. Il doit évidemment partir des règles juridiques mais sans tomber dans l'extrême de l'excessive normativité, perdant de vue la promotion et la protection des droits des êtres humains ni la réalisation de la justice. Ce droit doit comprendre profondément le phénomène de la globalisation autant que les problématiques de la société globale, sans se rendre – comme dans le système juridique international westphalien– à la volonté étatique ni à la volonté du plus fort[479]. Ce droit est le droit global.

---

[476] Ibidem.

[477] ICJ, *Affaire relative aux activités militaires et paramilitaires menées à l'intérieur du territoire nicaraguayen (Nicaragua Vs. États-Unis)*, Arrêt du 27 juin 1986.

[478] Pierre-Marie DUPUY, « Le concept de société civile internationale », *in* Habib GHÉRARI et Sandra SZUREK (Dir.), *L'émergence de la société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?* Paris, Pedone, 2003, pp. 5 – 18.

[479] D'après Habermas, le système juridique international issu de « la paix de Westphalie » se compose « d'acteurs indépendants, les États-nations, qui, dans un environnement anarchique, prennent des décisions plus ou moins rationnelles en fonction de leurs intérêts, qu'il s'agisse de préserver ou d'accroître leur pouvoir ». Jürgen HABERMAS, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, Op. Cit., pp. 60 et 61.

Le droit global est alors un droit qui vient concrètement du phénomène de la globalisation mais qui ne doit pas se confondre avec celui-ci, car il va au-delà. De même que la globalisation ne se réduit pas à la question marchande, le droit global s'intéresse à des sujets plus complexes. Il s'intéresse aux « relations juridiques dont le traitement dépasse le cadre national ou communautaire sans entrer dans l'espace juridique international stricto sensu »[480]. Le droit global va s'occuper des problèmes qui concernent à la réalité globalisée de la société. Le droit international doit céder sa place au droit global pour répondre aux exigences de la « société civile internationale » du troisième millénium, pour faire preuve de l'existence d'autres acteurs dans la scène internationale. Il en est ainsi de la voie de la contestation récurrente des ONG aux comportements étatiques et à la revendication de l'individu dans la formation du droit international[481], réclamant actuellement à cor et à cri vouloir une « communauté humaine globale »[482], autogouvernée et autonome dans la prise de décisions qui l'atteignent[483].

D'après Rafael Domingo, le développement de la communauté humaine globale, en tant que légitimée à résoudre les problèmes de l'humanité, aura lieu uniquement par la transition du droit international au droit global. « L'implantation du droit global n'impose pas une révolution juridique ni une rupture brutale du *statu quo.* On est plutôt dans une transformation progressive et pacifique, devant le transit d'une ère à l'autre »[484]. Il s'agit de la prise en charge graduelle du « « droit à faire le droit », fruit d'un *pronunciamiento* fomenté, et réussi, de la société civile [globalisée] contre la société interétatique »[485].

Dans un premier moment, ces idées semblent contradictoires, néanmoins, Rafael Domingo pense bien à la disparition de l'État mais non pas de manière immédiate. Il considère que la façon la moins traumatique de faire la transition du droit international au droit global est à travers la participation initiale de l'État dans la conformation de l'Humanité Unie[486], mais après, il doit laisser sa place. « L'État, qui est en train de se décomposer et disparaître, mérite

---

[480] Jacques CHEVALLIER, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », *in* Charles-Albert MORAND (Dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001. p. 45.

[481] Sandra SZUREK, « La société civile internationale et l'élaboration du droit international », *in* Habib GHÉRARI et Sandra SZUREK (Dir.), *L'émergence de la société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?* Paris, Pedone, 2003, p. 54. Voir aussi, Gerhard HAFNER, *The emancipation of the individual from the state under international law*, Op. Cit., pp. 352 – 368 ; et Theodor MERON, *International Law in the Age of Human Rights,* Op. Cit., pp. 275 et 276.

[482] Selon Rafael Domingo, le concept de « communauté humaine globale » doit être compris comme « l'extension qui contienne toute la matière existante et dominable par l'humanité ». Il s'agit concrètement d' « une communauté des personnes et groupe des personnes, des communautés politiques organisées, des communes et métropoles, de villages et nations, des corporations mercantiles, associations civiles, églises et communautés religieuses, et bien sûr, d'organisations supranationales, intégrées et harmonisées, superposées dans quelques occasions, mais non divisées souverainement ». Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Op. Cit., p. 138. Voir aussi, Winston P. NAGAN et Garry JACOBS, *New Paradigm for Global Rule of Law*, Cadmus Journal, 2012, Vol. 1, Issue 4, pp. 136 – 138.

[483] « Tant que prédominera, au sein des relations internationales, le « sociétaire » sur le « communautaire », le prix à payer sera immanquablement une forte dose d'anarchie du pouvoir et de faiblesse correspondante du droit. Ainsi continueront à s'opposer l'idéologie de l'État de droit ordonné à la paix et à la justice, et le grouillement quelque peu informe des relations internationales dominées par la politique de la force et les tempéraments ambulatoires du droit international ». Robert KOLB, « Société internationale ! Communauté internationale ? », Op. Cit., p. 87.

[484] Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Op. Cit., p. 141.

[485] Sandra SZUREK, « La société civile internationale et l'élaboration du droit international », Op. Cit., p. 54.

[486]Rafael DOMINGO, *El derecho global*, Op. Cit., p. 162.

tout le respect, comme on fait avec les personnes âgées, mais il ne faut pas compter plus sur lui. Il a joué son rôle dans l'ordre international, mais il est arrivé le temps d'aller au-delà »[487].

L'on considère que « la communauté globale est en train de se former peu à peu grâce à la propre interaction de l'humanité. Aujourd'hui, elle commence à être une réalité que difficilement les gouvernements peuvent éviter »[488]. Les gouvernements doivent mieux aider à mettre en œuvre un droit compatible aux besoins de la globalisation, en procurant que ce droit puisse satisfaire les demandes sociales du troisième millénium sans produire assez de traumatismes.

Tel que soutenu par Rafael Domingo, « le droit international doit laisser l'espace, peu à peu, à un droit global, sans produire d'aucune manière une rupture », optant mieux par une solution initiale de « continuité institutionnelle » qu'un bouleversement administratif[489]. En d'autres termes, le droit international doit « donner le pas à un nouvel ordre juridique global, configurant ses principes informateurs et mettant les bases pour qu'un monde soit réglé conformément au droit de l'humanité, c'est-à-dire des personnes et communautés, mais non plus d'États »[490].

Cette proposition, malgré la transition institutionnelle proposée pour passer du droit international au droit global sans assez de perturbations, semble extrémiste et impertinente. La société civile est prête pour vivre en dehors du cadre étatique ? Peut-on une société sans droit international interétatique ? Les États, tels qu'on le conçoit aujourd'hui, pourront-ils disparaître, sans créer des perturbations sociales et sans laisser un manque institutionnel peu surmontable ?

De tels questionnements, qui ne lui ôtent aucune importance à la théorie du droit global ni délégitiment aucun de ses propos, suggèrent la prudence, en vue de diriger plutôt la réflexion juridique vers un point intermédiaire entre le droit international interétatique et le droit global. Une alternative qui puisse sauver le système juridique international agonisant sans exclure l'État, sans faire disparaître le droit international ni tout ce qui a été construit autour. Un droit international humaniste se montre pour l'heure comme une alternative au droit global et une soupape de sauvetage de l'État, cependant, cela ne peut ignorer que c'est seulement « l'humanité, réconciliée avec elle-même, gardienne et gestionnaire d'un patrimoine commun de l'humanité qui seul peut succéder aux souverainetés en confrontation »[491].

---

[487] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., p. 122.
[488] Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Op. Cit., p. 138.
[489] Ibid., p. 140.
[490] Ibidem.
[491] Robert CHARVIN, « De la prudence doctrinale face aux nouveaux rapports internationaux », Op. Cit., p. 78.

Conclusion Chapitre 1

Le droit global a eu son apparition dans la communauté internationale à cause de la crise de l'État-nation et du droit international classique. Ces fondements juridiques sont nourris par la politisation du droit international ainsi que des organisations internationales tant de l'ordre universel que de l'ordre régional. Dans l'actualité, la politisation a eu par conséquent une normativité excessive mais ineffective en droit international pour comprendre et régler les nouveaux problèmes de la société à vocation universelle[492]. Les exemples donnés sur la politisation des Nations Unies, l'OEA, l'UE et l'UA confirment cette appréciation.

Pour résoudre la crise de l'État-nation et du droit international, le droit global, en plus d'envisager dans ses propos la suppression de l'entité étatique, ambitionne la reconstruction de l'ordre juridique universel à partir du remplacement de la traditionnelle et bien connue pyramide normative, dont la principale base structurelle est l'État, par un nouveau concept pyramidal qualifié de pyramide sociale. Il s'agit d'une nouvelle structure juridique, par laquelle le droit global prétend substituer les particuliers intérêts étatiques que s'imposent dans la scène internationale, par les intérêts de l'humanité, créant un ordre juridique plus en accord au paradigme global[493].

Bien qu'on soit d'accord avec toutes les critiques que le droit global porte sur l'état actuel du droit international, qu'on considère aussi que l'application extraterritoriale du droit étatique n'est pas la solution la plus adéquate pour résoudre les difficultés qui se suscitent par le phénomène de la globalisation[494], et qu'on voit intelligent que l'État soit préservé transitoirement pour éviter de perturbations dans l'entrée en vigueur du droit global, on pense que la structure pyramidale proposée par ce droit pose des problèmes. La suppression finale de l'État est dangereuse, il est mieux de profiter les apports de la pyramide sociale mais en gardant l'entité étatique. La mise en place d'un droit international humaniste capable de réceptionner et de prendre en compte les critiques portées au droit international par le droit global, de garder l'existence de l'État et de devenir une sorte d'alternative valable à la disparition du droit international, s'avère nécessaire.

---

[492] André-Jean ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation : leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Op. Cit., p. 23.
[493] Rafael DOMINGO, *El derecho global*, Op. Cit., p. 162.
[494] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., p. 99.

Chapitre 2 : Le droit international humaniste, regard alternatif à la disparition du droit international

La crise de l'État-nation décrite par le droit global a bien montré que le droit international a besoin d'une *re-conceptualisation* dans toutes ses sphères, s'il ne veut pas disparaître et se faire remplacer par le droit global. La crise de l'État et la crise du droit international interétatique sont dues à la méconnaissance de l'être humain et l'humanité dans la régulation internationale. Il est donc pertinent que la *re-conceptualisation* soit dirigée à faire que le droit international devienne humaniste, par la prise en compte de l'être humain et l'humanité comme des éléments primordiaux du système juridique[495]. C'est pourquoi le droit international humaniste veut « se fonder sur une communauté d'êtres humains plutôt que sur une société exclusivement interétatique »[496]. Celle-ci sera la caractéristique principale du droit international humaniste.

Cette proposition alternative du droit international –très distante de la conception développée par le positivisme de l'école de Vienne, qui conçoit le système juridique comme une pyramide normative « déterminée par la « souveraineté » et la « volonté arbitraire » des États »[497]–, attire l'attention en tant que porteuse de solution à la crise de l'entité étatique. De plus, parce qu'elle pourrait devenir le remède attendu en termes de sauvetage du droit international. Sauver le droit international par la mise en place du droit international humaniste, comme en alternative au droit global, signifie reconnaître les difficultés qu'ont eues tous les États pour réagir efficacement aux problèmes de la société civile internationale. Cela permet de réfléchir sur un droit international plus proche de *ius cogens*, et donc, plus lié à l'être humain et à l'humanité[498].

Le droit international humaniste comme alternative au droit global, doit aboutir à l'unification du *corpus juris humaniste* pour faire de lui une obligation *erga omnes*, *choisissant le monisme comme point d'ancrage (Section 1).* À partir de cette unification, le droit international humaniste devra corriger les problèmes du droit international signalés par le droit global, plus précisément, sa politisation. Ensuite, il devra orienter *la refonte du système juridique international (Section 2)* par le biais de la pyramide humaniste et du nouveau concept d'État.

Section 1 : Le choix irréductible du monisme comme point d'ancrage du droit international humaniste

Sauver les États et le droit international est l'objectif principal du droit international humaniste, pour le faire il doit rester en dehors du piège de la volonté pour s'imposer à travers un ordre juridique contraignant et non volontaire, qui prenne totalement en compte l'être

---

[495] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium (II)*, Op. Cit., p. 19.
[496] José Antonio PASTOR RIDRUEJO, *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle : normes, faits et valeurs*, Op. Cit., p. 307.
[497] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 16.
[498] Sur le *jus gentium* comme pilier fondamental pour la construction du *« new jus gentium »* du droit international pour l'humanité voir, Cançado Trindade. Pour cet auteur le *new jus gentium* émane de la conscience juridique universelle de chaque moment historique et pour le bénéfice de l'être humain et l'humanité. Ibid., p. 310.

humain. Le caractère contraignant requis pour *le développement du droit international humaniste se trouvera dans les apports du monisme (§ 1)*, qui, à travers le *corpus juris humaniste, réussira la consécration de l'être humain comme sujet de ses règles (§ 2).*

§ 1 : Les apports du monisme au développement du droit international humaniste

La protection nécessaire de l'être humain et de l'humanité ne peut se faire à travers les *rules of law* facultatifs. Le passé est témoin de la faiblesse des *corpus juris* facultatifs et des atteintes que ce type de règles juridiques porte au « *goodwill* » du système juridique international. C'est pourquoi le droit international doit franchir le pas des normes que l'on peut considérer comme facultatives quant à leur existence, dès lors que fondées sur le volontarisme étatique, pour s'engager dans un ordre juridique plus contraignant.

Le secours du droit international commencera par *l'unification du corpus juris humaniste à travers le monisme juridique (A)*, donnant naissance à un ordre juridique (coercitif, contraignant et obligatoire) qui fera du *droit international humaniste un créateur des obligations erga omnes de protection (B).* De cette manière, le *corpus juris* du droit international humaniste sera très proche de la pensée du *jus cogens*, faisant prévaloir l'être humain comme sujet suprême de tout ordre juridique[499].

A. L'unification du *corpus juris* humaniste à travers le monisme

L'entreprise de l'unification du *corpus juris* humaniste doit se faire à travers une doctrine qui puisse concevoir le droit international comme le seul système de l'univers juridique pour garantir une seule, équitable et unique protection de l'être humain. Un tel but peut seulement s'accomplir par le monisme juridique. Le monisme, comme doctrine philosophique[500] et comme théorie juridique[501], va être le point d'ancrage du droit

---

[499] Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Op. Cit., p. 106.

[500] Le monisme dans la philosophie est une des doctrines des plus répandues dans la pensée des philosophes. Il peut se définir comme la doctrine qui conçoit « l'univers entier constitué par un seul être, partout essentiellement homogène malgré la diversité des phénomènes physiques et psychiques dont il est le théâtre, un être qui possède en lui-même la raison de son existence et de ses lois ». Chez les philosophes, le monisme se divise en *monisme métaphysique* et en *monisme de la connaissance*. « Le premier se propose de déterminer la nature de l'être absolu ou se demande dans quelle mesure elle est déterminable. L'autre se consacre avant tout à l'étude du problème de la connaissance afin d'y découvrir une méthode universelle qui puisse nous conduire à une conception unitaire de l'univers ». (Désiré NYS, *Le monisme*, Revue néo-scolastique de philosophie, 19e année, No. 78, 1912, pp. 515 – 517).

[501] Pour sa part, le monisme comme théorie juridique cherche à expliquer les rapports existants entre le droit interne et le droit international, à partir d'une unité juridique où ces deux droits sont dans un « unique ordre juridique », avec les « mêmes destinataires » et visé à être appliqué à des « situations juridiques identiques ». (Christian BEHRENDT, « Les notions de monisme et dualisme », *in Mélanges : Melchior Michel*, Limal, Anthémis, 2010, p. 873). Le monisme se classifie, selon Hans Kelsen en « *monisme à primauté du droit interne* » ou « *monisme à primauté du droit international* ». En effet, tel que l'explique Jacques Chevallier, « l'existence du droit international ne vient pas contredire [le] monisme », au contraire, il le confirme. Ou bien « l'ordre juridique étatique est toujours posé comme l'ordre juridique suprême, le droit international n'étant qu'un ordre juridique délégué par ce dernier et incorporé à lui (primauté du droit interne) ; ou bien l'ordre juridique international est perçu comme un ordre juridique total, qui délègue les ordres juridiques étatiques et leur est supérieur (primauté du droit international) ». (Jacques CHEVALLIER, « Souveraineté et droit », *in* Dominique MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ (Dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 205). Cependant, la classification moniste plus répandue a été celle du « *monisme à*

international humaniste pour montrer *la nature universelle du corpus juris humaniste (I)*. L'être humain sera considéré le sujet principal de sa régulation, et les normes du droit international auront le caractère d'*erga omnes*, pour réussir la pleine protection de l'être humain.

Le choix du monisme pour fixer les bases du droit international a des objectifs méthodologiques et stratégiques clairs. Rassurer, en premier lieu, que la volonté étatique ne sera plus un obstacle pour la solution des problèmes de l'humanité, comme a été le cas dans le droit international interétatique, et garantir, en deuxième lieu, la protection effective de l'être humain. Évidemment, le choix du monisme à primauté du droit international –désormais humaniste– *est incontournable pour mettre au-dessus des droits étatiques les intérêts de l'humanité à travers un corpus juris humaniste (II)*.

I. La nature universelle du *corpus juris humaniste* via le monisme

Pour découvrir la nature universelle du *corpus juris humaniste,* le regard rétrospectif du passé donnera des éclairages pour comprendre la portée des déficiences du droit international interétatique, qui n'ont pas permis la protection universelle des êtres humains, mais limitée la puissance du droit international et des organismes internationaux de protection enjeux étatiques.

Bien plus que le droit global, le droit international humaniste ne bouleversera pas le système juridique ni effacera les progrès réussis dans les droits de l'homme à partir de la deuxième moitié du XXe siècle[502]. Au contraire, il prendra leurs apports pour profiter de ce qui assure la relevance de l'être humain dans le droit, et le renforcera avec les idées proposées par le droit global, pour réussir une évolution du droit international qui répond bien aux attentes de la globalisation.

Le droit international humaniste comme évolution –et non disparition– du droit international, identifiera les valeurs communes de l'humanité qui ont été érigées dans le système juridique international –avec plus d'abondance dans le droit international des droits de l'homme– pour les rassembler, et ensuite, former le *corpus juris humaniste*[503].

La théorie moniste est celle la plus appropriée pour l'idée d'unifier un *corpus juris* capable de mettre en priorité l'humanité et les êtres humains dans le système juridique international. Néanmoins, il ne saurait faire abstraction de la distinction au sein du monisme selon que celui-ci est à primauté du droit national ou du droit international. Il y a donc la vue kelsenienne de hiérarchie qui est sous-jacente dans la construction du droit international humaniste.

---

primauté du droit international » défendue par Kelsen. Sur ce sujet, voir notamment, Kelsen HANS, *Principles of international law,* New York, Holt, Rinehart & Winston, 1952, p. 446 – 450.

[502] Rafael DOMINGO, *El derecho global*, Op. Cit., pp. 162 et 163.

[503] L'évolution du droit international est de plus en plus préoccupée par la sorte de l'être humain et l'humanité. La présence constante de l'expression de considérations élémentaire d'humanité est la preuve. Tout cela a contribué à enrichir le *corpus juris* du droit international, voire la construction du *corpus juris humaniste*. Voir sur le sujet, Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium (II)*, Op. Cit., p. 20 ; et Christian DOMINICÉ, *La société internationale à la recherche de son équilibre*, Op. Cit., p. 77.

Pour réussir son but, le droit international humaniste s'appuiera sur le monisme à primauté du droit international ; « l'efficacité du droit international [humaniste] dépend de sa possibilité de résister aux contradictions du droit interne et de le soumettre »[504]. Le droit international humaniste n'a aucun intérêt de répéter les erreurs du droit international dominé par la théorie dualiste. Cette théorie avait pour objectif de « diminuer le plus possible la portée du droit international et de subordonner sa fonction essentielle qui est –comme la fonction essentielle de tout droit– de conférer des droits et des obligations, à l'intervention indispensable des organes créateurs du droit de chaque État particulier : c'est, en d'autres termes, la tendance de maintenir la souveraineté des États particuliers »[505].

Il est prévu qu'entre le droit étatique et le droit international humaniste n'aura pas de différences de nature. Il y aura, au contraire, une interaction entre les deux dans la mesure où ils appartiendront au même système juridique[506], seront soumis à la protection de l'être humain, et au service de l'humanité. La capacité normative des États sera soumise au droit international humaniste, pour garantir que le bien-être de l'humanité ne dépend pas de la volonté étatique mais de ses devoirs avec les êtres humains. Le droit étatique sera donc pour le droit international humaniste, un outil de concrétisation et non de création des règles. La création normative, proprement dite, viendra de la communauté humaine globale et de son droit international humaniste.

Le droit international humaniste comme créateur des règles juridiques universelles, fixera les directives législatives pour le droit étatique. Ce droit, pour sa part, est censé de créer des normes en harmonie avec les intérêts de l'humanité. L'État, ainsi conçu, sera sauvé de sa suppression, pour accomplir le rôle exécutif du droit international humaniste.

Si l'humanité est une unité anthropologique qui a des intérêts propres et universels, la mise en place du droit international humaniste pour les concrétiser est impérative[507]. Le droit international humaniste écartera alors tout sens de volonté étatique et de dualisme juridique sans supprimer l'État, puisque sera l'État le chargé de la mise en œuvre de la régulation juridique humaniste, même s'il est vu parfois comme un « mal nécessaire »[508].

La mise en œuvre de la régulation du droit international humaniste, à partir de l'écart radicale de la théorie dualiste, ne se fera pas par le biais des *lois d'incorporation*, car la protection envisagée par celui-ci risque d'être entachée d'intérêts étatiques. Elle se fera alors par la voie d'*actes d'assentiment* dans la régulation de caractère générale. Les actes

---

504 Claudia SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne,* Op. Cit., p. 120.

505 Hans KELSEN, *La transformation du droit international en droit interne,* Revue générale de droit international public, Paris, Pedone, 1936, Vol. 43, pp. 9 et 10.

506 James CRAWFORD, *Chance, Order, Change : The Course of International Law*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2014, Vol. 365, pp. 161 – 163.

507 Mohammed Bedjaoui affirme qu'aujourd'hui, « les batailles dans lesquelles il faudrait s'engager, éventuellement jusqu'au don de la vie, sont des batailles collectives pour des valeurs pleinement humaines à défendre sans hiérarchie entre les groupes, par toute l'humanité, pour toute l'humanité. Mourir pour l'intégrité de l'humanité et le respect de toutes ses composantes, voilà le mot d'ordre essentiel des seules guerres utiles d'aujourd'hui et de demain, celles où pourront et devront s'engager des peuples divers, mais unis pour cette cause ». Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (I)*, Op. Cit., pp. 103 et 104.

508 André-Jean ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation : leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Op. Cit., p. 39.

d'assentiment sont une « source générale du droit international »[509], « une partie essentielle et finalement irremplaçable du droit, […] qui n'a pas son origine dans des actes volontaires de création et souvent d'imposition, mais qui s'inscrit *spontanément* et idéalement dans la conscience des membres d'une société humaine déterminée, sous l'impulsion d'exigences concrètes et réelles »[510].

Par cette voie, le droit international humaniste aura les effets contraignants de la coutume, des principes généraux du droit international ou de l'*opinio juris* élargie *ratione personae*, comme l'a mise en exergue le juge international Cançado Trindade[511]. Pour mieux comprendre les effets du *corpus juris humaniste,* le droit international humaniste aura les effets privilégiés du droit international général, où la volonté de l'État joue un rôle modeste ou nul.

Il est à rappeler que le droit international humaniste, comme voie juridique intermédiaire, n'écartera pas complètement le droit international construit jusqu'aujourd'hui, ni se rendra aux pies du droit global. Ce droit profitera des concepts et des institutions juridiques des deux bords, pour réussir l'humanisation du droit international et la prise en compte des problèmes globaux actuels.

Bien que les avancées de quelques disciplines du droit international (droit international des droits de l'homme, droit international humanitaire, droit international pénal et droit des migrants), aient déjà nourri le chemin de l'unification du *corpus juris humaniste*, dans une réalité dont la volonté étatique domine encore le droit international, l'unification sera longue et difficile, parfois épineuse[512]. L'unification aura alors lieu de manière progressive pour éviter des perturbations dans le système juridique international.

Au début, l'entreprise de l'unification débutera par l'identification dans le droit conventionnel, coutumier et dans les principes généraux du droit international, des règles à connotation universelle. Ensuite, elle qualifiera ces règles comme appartenant au *corpus juris humaniste.* Puis, en profitant des sources principales et subsidiaires du droit international, elle continuera à cristalliser les nouvelles règles juridiques qui intégreront le *corpus juris* du droit international humaniste. Ces règles auront, à partir de son intégration au *corpus juris humaniste,* les effets du droit international général.

La ressemblance quant aux effets du droit international général et ceux qu'aura le droit international humaniste sont justifiés. La pratique des États ainsi que la jurisprudence de la

---

[509] Frietz MÜNCH, « À propos du droit spontané », *in Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 149 – 162 ; et Frietz MÜNCH, « Le rôle du droit spontané », *in Pensamiento jurídico y sociedad internacional : libro-homnaje al profesor Antonio Truyol y Sierra*, Madrid, Universidad Complutense, 1986, pp. 831 – 836.

[510] Roberto AGO, *Nouvelles réflexions sur la codification du droit international*, Revue générale de droit international public, Paris, Pedone, 1988, Vol. 92, pp. 540 et 541.

[511] Ces effets contraignants seront renforcés par l'existence d'une *opinio juris universelle* humaniste, c'est-à-dire par la croyance des êtres humains que le droit international humaniste a d'effets juridiques pour eux, comme les sujets principaux du droit international. Voir sur ce thème, les précisions données par Cançado Trindade sur la portée étendue de l'*opinio juris* et le rôle clé qu'elle joue dans l'identification émergente des normes du droit international général, voire la formation du droit international au-delà de la volonté étatique grâce à l' « *opinio juris communis »* de tous les sujets (les États, les organisations internationales, les êtres humains, les peuples, et l'humanité dans son ensemble). Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., pp. 134 – 138 et 291.

[512] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Opinion concordante d'exceptions préliminaires,* COUR IDH, Affaire Constantine et autres Vs. Trinité-et-Tobago, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 82, Op. Cit., § 25.

CIJ démontrent qu'à l'égard des normes de droit international général il y a un consensus, une position moniste universelle de primauté[513]. Cela va permettre au droit international humaniste de surmonter tous les obstacles du volontarisme étatique pour être accompli préférentiellement. En d'autres termes, tel qui a été fait par les juges nationaux[514] et internationaux pour appliquer les règles de droit international contenues dans des traités non incorporés dans les législations des États[515], le droit international humaniste fera de même avec le droit conventionnel, le droit coutumier et les principes généraux, afin de trouver et d'unifier les valeurs communes de l'humanité dans le *corpus juris humaniste*[516].

Si pour unifier ce *corpus juris* l'on fait recours à la théorie moniste à primauté du droit international, c'est parce que le dualisme, renforcé par le comportement négligeant des États à l'égard des obligations internationales, est devenu un obstacle pour la protection de l'être humain et la solution des problèmes de l'humanité. Ces problèmes doivent être résolus si l'on veut doter d'effectivité le droit international[517]. Enfin, le *corpus juris humaniste* est de nature

---

[513] Voir, CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. (Bosnie-Herzégovine Vs. Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, Arrêt du 11 juillet 1996, pp. 615, § 31 ; *Affaire sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, 8 juillet 1996, p. 257, § 79 ; *Affaire de la Barcelona traction, light and power company, limited (Belgique Vs. Espagne)*, Op. Cit., p. 32, §§ 33 et 34 ; et *Affaire sur les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif, 28 mai 1951, pp. 23 et 24.

[514] C'est le cas des juges belges, par exemple, qui à partir de l'affaire Le Ski du 27 mai 1971 ont donné effet direct aux traités (*self-executing*) même s'ils n'ont pas été incorporés dans le droit interne. (COUR DE CASSATION DE BELGIQUE, *Affaire Le Ski*, 27 mai 1971, p. 866). Avant l'affaire Le Ski, il y avait déjà un prononcé de la Cour de Cassation en 1925, où elle avait déjà précisé que dans le cas d'un conflit des normes juridiques, l'une de droit international et l'autre de droit interne, la première serait toujours d'application directe dans la mesure où « le droit des gens prime le droit privé national ». COUR DE CASSATION DE BELGIQUE, *Affaire Schieble*, 26 novembre 1925, p. 76. Voir aussi, Giuseppe SPERDUTI, *Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, Op. Cit., pp. 365 et 366 ; Marc J. BOSSUYT, *The Direct Applicability of International Instruments on Human Rights*, Belgian Review of International Law, 1980, No. 2, pp. 339 – 341 ; Hervé BRIBOSIA, *Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire*, Belgian Review of International Law, 1996, No. 1, pp. 45 et 46 ; et Arne VANDAELE et Erik CLAES, *L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme*, Institut de droit international, Working Paper No. 15, 2001, pp. 1 – 59.

[515] Par rapport aux effets directs d'un traité international comme ceux qui interdisent la torture et autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants, tel que la Convention des Nations Unies du 10 décembre 1984, la CIJ a précisé qu'un État, est internationalement responsable pour sa méconnaissance même s'il n'avait pas incorporé l'instrument international dans sa législation. Pour la CIJ, les traités de cette sorte ont des effets directs et leur méconnaissant n'est pas excusable par l'absence de développement en droit interne. Dans l'affaire de Belgique Vs. Sénégal sur les questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader à l'ancien président de la République du Tchad par de crimes de torture et de crimes contre l'humanité, la CIJ a conclu que le Sénégal « en ne procédant pas immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits relatifs aux crimes qui auraient été commis par M. Hissène Habré », ainsi qu' « en ne soumettant pas l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale » contre lui, a manqué tant « à l'obligation que lui impose l'article 6, paragraphe 2 » qu' « à l'obligation que lui impose l'article 7, paragraphe 1 », de la Convention des Nations Unies. CIJ, *Affaire relative aux questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader. (Belgique Vs. Sénégal)*, Arrêt du 20 juillet 2012, pp. 462 – 463, points résolutifs 4 et 5. Voir sur le sujet, Bruno SIMMA, « Human Rights Before the International Court of Justice : Community Interest Coming to Life ? », *in* Christina J. TAMS et James SLOAN (Ed.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, New York, Oxford University Press, 2013, pp. 313 – 314.

[516] Sur ce sujet, voir la section que Sciotti-Lam a intitulée : les substituts à la ratification des traités relatifs aux droits de l'homme. Claudia SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne,* Op. Cit., pp. 565 – 596.

[517] D'après Christian Dominicé, la concrétion dans l'ordre juridique international des valeurs communes aura de conséquences positives. Selon lui, ces valeurs « peuvent corriger quelque peu les inégalités de fait qui résultent de rapports de force déséquilibrés. Le petit, le faible, peut bénéficier d'appuis, qu'il s'agisse

universelle parce que le sujet de sa régulation est aussi universel et les décisions à prendre pour résoudre les problèmes de l'humanité ne peuvent pas dépendre des volontés étatiques. Il en est ainsi qu'un chaînon de la chaîne de protection humaniste, tel qu'il serait l'État, ne peut pas interrompre le bon fonctionnement de l'entreprise démarrée par le droit intermédiaire qui s'est proposé, la protection de l'être humain et l'humanité sont au-delà des intérêts étatiques.

II. La primauté du *corpus juris humaniste* sur le droit étatique

Pour mettre en exergue les avantages qu'a la théorie moniste pour le droit international humaniste, il faut faire référence à la difficulté survenue et vécue par le droit international interétatique à partir de l'intégration des concepts dualistes dans les rapports entre le droit interne et le droit international.

La théorie dualiste en opposition au monisme, fait la distinction entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international, plaçant les deux ordres juridiques en deux extrêmes sans interaction directe, où le seul point de rattachement se fait par la volonté de l'État à partir de l'incorporation, plutôt transformation, du droit international en droit étatique[518]. Sans l'existence de cette incorporation, exclusivement volontaire de l'État, « un particulier (personne physique ou morale), ne peut dès lors jamais se prévaloir –devant un juge notamment– d'une norme de droit international »[519]. Dans la pratique, « cela signifie que les organes de l'État sont tenus d'observer le droit international si et seulement dans la mesure où l'État le prescrit, généralement à travers ses lois, dans son propre ordre juridique interne »[520].

Afin de résoudre cette limitation, il faut que le droit international humaniste surmonte la difficulté principale qui représente l'incorporation des règles internationales dans le droit interne, étant donné que ce phénomène accepte que « seule une norme de droit interne

---

d'un État faible face à un plus fort, ou d'un être humain fragile face à l'État qui le tient en son pouvoir ». Christian DOMINICÉ, *La société internationale à la recherche de son équilibre*, Op. Cit., p. 77.

[518] Cette théorie fut exposée dans sa vision stricte par Heinrich Triepel, dans son ouvrage *Völkerrecht und landesrecht* (Leipzig, C.L. Hirschfeld, 1899), et dans son image restreinte par Dionisio ANZILOTTI, dans ses deux ouvrages, *Teoria generale della responsabilità delle Stato nel diritto internazionale* (1902) et *Il diritto internazionale nei giudici interni* (1905) cité par Sperduti. (Giuseppe SPERDUTI, *Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, Op. Cit., p. 333). Le dualisme emporte-t-il quelques conséquences pour le droit international : « 1) Le fondement de la force obligatoire des normes de droit interne, c'est la Constitution, alors que la base du droit international, c'est la règle *pacta sunt servanda* ; 2) Les normes de chaque ordre juridique ne sont valides qu'au sein de leur propre système. Ainsi, la règle de droit international ne saurait-elle affecter la validité de la norme interne et vice-versa ; 3) Il ne peut y avoir concurrence ou conflit entre les normes de ces deux ordres juridiques ; 4) La communication entre les deux ordres est possible, mais elle doit se faire selon des procédures spécifiques à chaque ordre. Ainsi, la norme internationale est-elle introduite en droit interne par une norme interne. Elle est reçue, *naturalisée*, *transformée* en règle interne et appliquée en tant que telle. La réception change et la nature de la norme et son destinataire. En revanche, le droit interne fait référence au droit international, par le système de renvoi et d'emprunt. La norme est alors *nationalisée* et appliquée en tant que norme interne ». (Abdelkhaleq BERRAMDANE, *La hiérarchie des droits : droits internes et droits européen et international,* Paris, L'Harmattan, 2002, p. 18).

[519] Christian BEHRENDT, « Les notions de monisme et dualisme », Op. Cit., p. 867.

[520] Giuseppe SPERDUTI, *Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, Op. Cit., p. 334.

reprenant le contenu de droit international (jamais de manière totalement identique)[521] [puisse] être applicable par les autorités étatiques »[522].

La théorie dualiste éloigne la régulation interne de l'internationale, créant deux ordres juridiques distincts avec des relations juridiques différentes où le droit international oblige directement les États (ses principaux sujets) tandis que le droit interne oblige les particuliers et les autorités publiques[523]. Les dualistes considèrent « droit international et droit interne comme juxtaposés, chacun possédant ses propres conditions et son propre domaine de validité »[524]. « Chaque État possède son propre ordre juridique dont il conserve la maîtrise exclusive »[525]. Seul l'État par sa puissance législative peut déterminer quelles normes internationales intégrèrent l'ordre juridique étatique, primant en tout cas le droit étatique sur le droit international.

C'est pourquoi une théorie dualiste est incapable d'assurer le fonctionnement adéquat de la juridiction internationale, de même qu'elle est incapable d'assurer le développement et le progrès du droit international vers le droit international humaniste. Un tel progrès exige la reconnaissance et l'application du principe de l'unité des deux ordres juridiques avec la pénétration croissante du droit international humaniste dans le droit interne[526].

Pour faire que le droit international humaniste soit efficace au moment de résoudre les difficultés de la communauté humaine globale, son *corpus juris* doit avoir une imprégnation en droit étatique, imprégnation qui se trouvera seulement à travers la théorie moniste à primauté du droit international. Les règles du *corpus juris humaniste* devront être contenues et se refléter dans le droit étatique dont la subordination aux intérêts de l'humanité doit être toujours présente.

Il faut bien savoir que la primauté du droit international humaniste sur le droit étatique n'est pas synonyme de l'annulation de ce dernier. Au contraire, elle est une rencontre harmonieuse où les valeurs communes de l'humanité seront réglées par le droit international humaniste et accomplies dans toutes les relations sociales y compris celles qui se déroulent sous la régulation du droit interne. On s'inspire ici des précisions données par Rafael Domingo sur l'interaction qui aura initialement l'ordre juridique global et le droit étatique existant, avant que l'État disparaisse et afin d'éviter les perturbations par le changement de système juridique. Selon cet auteur, « l'ordre juridique global ne prétend pas supprimer les ordres juridiques nationaux ou supranationaux, mais les harmoniser ». Il doit rayonner aux ordres juridiques nationaux en exerçant une fonction de complémentarité, « avec une compétence exclusive ou concurrente, par le biais des dispositions contraignantes pour les ordres

---

521 Cfr. Dionisio ANZIOLITT, *Cours de droit international*, Paris, Librairie Recueil Sirey, 1929, p. 63.
522 Claudia SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne,* Op. Cit., p. 117.
523 Par cette idée, il incombe « au droit international la régulation des rapports interétatiques dans toutes leurs dimensions, aux droits internes, dans leurs champs d'application respectifs, celle des relations entre pouvoirs publics, entre eux et les sujets privés et entre ces sujets privés eux-mêmes. (Serge SUR, *La créativité du droit international*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2014, Vol. 363, p. 230).
524 Ibid., p. 230.
525 Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public,* Paris, Dalloz, 2012, p. 452.
526 Krystyna MAREK, *Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la CPJI*, Revue générale de droit international public, Paris, Pedone, 1962, Vol. 66, pp. 260 – 298.

juridiques locaux »[527]. Il en est ainsi que pour le droit international humaniste le *corpus juris humaniste* doit constituer une source commune entre le droit local et le droit international, un point de rattachement pour les deux droits.

Indiscutablement, la primauté du droit international humaniste doit donc écarter l'application de toute règle interne qui serait incompatible, sur quelque point que ce soit, avec une disposition du droit international humaniste[528]. Même les dispositions internes de niveau constitutionnel ne peuvent être appliquées que si elles sont en compatibilité aux engagements internationaux de l'État[529].

B. Les obligations *erga omnes* de protection dans le droit international humaniste

L'unification du *corpus juris* est l'un des apports de la théorie moniste au droit international humaniste. Grâce au monisme, le droit international humaniste peut complémenter son caractère contraignant à travers la reconnaissance progressive d'obligations *erga omnes* de protection. Le juge Cançado Trindade assure que le processus d'humanisation du droit international a commencé par la mise en valeur de « la reconnaissance du *jus cogens* et des conséquentes obligations *erga omnes* de protection »[530], ce qui révèle « une perspective universelle du droit des nations »[531].

La reconnaissance d'obligations *erga omnes* à travers l'avancement progressif du droit international demande la nécessaire *harmonisation du droit étatique avec le droit international humaniste (I)*. Cette harmonisation évite et corrige les possibles contradictions entre ces deux ordres juridiques. Le droit étatique et le droit international humaniste comme engrenages d'un même système juridique, ne peuvent avoir d'incompatibilités entre eux. La réussite du droit international humaniste dépend de l'harmonie existante entre le *corpus juris humaniste* (directeur) et le droit étatique (récepteur systématique et exécuteur) par rapport à la régulation humaniste. De plus, le processus d'harmonisation entre le droit étatique et le droit international humaniste doit se faire sous *le respect de l'effet utile du droit international visant toujours la protection des êtres humains (II)*. Ainsi, toute possible contradiction sera facilement détectée et réglée grâce à ce principe directeur.

I. L'harmonisation du droit étatique au droit international humaniste

Il faut tenir compte que « la globalisation du droit exerce une pression dans le sens de l'harmonisation des règles, de la diminution de l'emprise qu'exerce sur elle la pluralité de systèmes nationaux »[532]. Il en est ainsi particulièrement dans les droits de l'homme, où la

---

[527] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., p. 122.
[528] Christian BEHRENDT, « Les notions de monisme et dualisme », Op. Cit., p. 877.
[529] Sur ce point, on peut évoquer à la Cour IDH, comme une fidèle défenseur du droit international humaniste. À partir de l'interprétation *pro homine* et du *principe de l'effet utile*, et en appliquant le contrôle de conventionnalité, cette juridiction a écarté des normes étatiques y compris les constitutionnelles, lorsqu'elles ne sont pas compatibles avec la protection des droits de l'homme prévue dans la DADDH et la CADH. Voir *infra* IIème partie, Titre II, Ch. 1, Section 2, A.
[529] Rafael DOMINGO, *La pirámide del derecho global*, Op. Cit., p. 31.
[530] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 292.
[531] Ibidem.
[532] Jean-Bernard AUBY, *La globalisation, le droit et l'État,* Paris, LGDJ, 2010, p. 35.

pluralité juridique a permis que les États, abrités derrière leur droit interne, vident de toute réalité la primauté des normes conventionnelles par le jeu des réserves très larges, qui affectent explicitement la téléologie de ces normes[533].

L'harmonisation de l'ordre juridique interne avec l'ordre juridique international humaniste n'affectera pas les États. Elle va mettra au même niveau les normes étatiques avec les normes créées par la communauté internationale pour la protection efficace de l'humanité. L'harmonisation entre ces deux ordres juridiques, appartenant au même système normatif humaniste, facilitera la protection universelle de l'être humain par l'identification d'éléments communs, sans affecter sa diversité.

L'évolution du droit international vers l'humanité lui permet « de remplir deux fonctions essentielles qui étaient également remplies par le *jus gentium* : créer un langage juridique commun, et unifier les coûts juridiques de la production et la circulation des richesses »[534] y compris le patrimoine immatériel de l'humanité[535].

L'harmonisation va se dérouler à partir de l'identité normative commune entre la protection accordée par le droit international humaniste et la protection octroyée par le droit étatique à l'être humain. En tout cas, la protection doit être semblable, puisque l'identité normative est le reflet des valeurs communes de l'humanité dont la protection devient une obligation *erga omnes*[536].

Garantir la protection de l'être humain et le bien-être de l'humanité devient une obligation inéluctable pour les acteurs du droit international humaniste sur laquelle ne peut s'opposer aucun obstacle, moins ceux qu'affaiblissaient le droit international dominé par la

---

[533] Comme l'affirme Daillier, celle-ci est la situation constante qui s'observe à propos de normes internationales « –touchant les droits de l'homme en particulier– dont on peut légitimement souhaiter qu'elles deviennent des normes « communes », de « *jus gentium* », mais le volontarisme étatique, exprimé par l'exercice des réserves, met ses obstacles. (Patrick DAILLIER, « Monisme et dualisme : un débat dépassé ? », *in* Rafaâ BEN ACHOUR (Dir.), *Droit international et droits internes, développements récents, Colloque des 16-17-18 avril 1998*, Paris, Pedone, 1999, p. 13).

[534] Slim LAGHMANI, « Droit international et droits internes : ver un renouveau du jus gentium », *in* Rafaâ BEN ACHOUR (Dir.), Droit international et droits internes, développements récents, Colloque des 16-17-18 avril 1998. Paris, Pedone, 1999, p. 40.

[535] Le droit international humaniste, engagé ontologiquement avec l'humanité comme unité, envisage la protection de l'être humain comme ce qu'il est et non pas la protection restreinte de ce qu'il fait. Pour cette raison on comprend ici le concept de patrimoine immatériel comme celui qui informe « sur ce que sont les Hommes, et [révèle] leur manière d'être au monde, leurs visions et leurs valeurs qui les animent, autant d'éléments qui varient selon le contexte et les circonstances, c'est-à-dire le VECU ». Papa MASSÈNE SENE, « La définition de PCI dans la convention de l'UNESCO, à l'épreuve de communautés en destruc(tura)tion », *in* Leila LANKARANI et Francette FINES (Dir.), *Le patrimoine culturel immatériel et les collectivités infraétatiques*, Paris, Pedone, 2013, pp. 32 - 33.

[536] Ainsi a été reconnu par la CIJ dans l'arrêt Barcelona Traction. En effet, la CIJ a précisé la distinction essentielle « entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles de qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique ». Sur les premières elle a dit que « par leur nature » concernent tous les États, « vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* ». Pour la CIJ, dans le droit international contemporain ces obligations découlent par exemple, « de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale ». CIJ, *Affaire de la Barcelona traction, light and power company, limited (Belgique Vs. Espagne)*, Op. Cit., p. 32, §§ 33 et 34. Voir aussi, CIJ, *Affaire sur les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif, Op. Cit., pp. 23 et 24.

volonté étatique. L'harmonisation juridique du droit étatique au droit international humaniste s'impose.

« Le droit est aujourd'hui plus que jamais saisi par les valeurs »[537]. Ainsi, la mise en évidence des valeurs communes qu'on veut matérialiser à travers l'harmonisation n'est pas nouvelle, elle a déjà été faite au Sommet mondial de 2005. Dans cette opportunité la communauté internationale (bientôt communauté humaine globale) s'est mise d'accord pour signaler que la « liberté, l'égalité, la tolérance, le respect de tous les droits de l'homme, le respect de la nature et le partage des responsabilités » sont des valeurs fondamentales communes de toute l'humanité[538].

Les valeurs fondamentales de l'humanité doivent nourrir le droit international humaniste « pour mieux affronter les menaces et défis multiformes et interdépendants auxquels le monde doit faire face et pour aller de l'avant dans les domaines de la paix et de la sécurité, du développement et des droits de l'homme »[539]. C'est à l'intérieur de ces valeurs communes et fondamentales que se trouvent les raisons de l'existence du *corpus juris commun humaniste*, pour appartenir à toute l'humanité. À cet égard, l'ancien juge et président de la CIJ, Mohammed Bedjaoui, a assuré que « le *jus cogens* traduit les valeurs partagées par la communauté internationale et une conviction égale entre ses membres […] Il existe un certain nombre de règles fondamentales liées à la conscience universelle et inhérente à l'existence d'une société internationale, laquelle reste certes imparfaite, mais qui dispose d'un socle de valeurs communes auquel il serait juridiquement impossible de déroger » [540].

Les valeurs communes de l'humanité s'érigent en obligations *erga omnes* dans le droit international humaniste pour tous ses acteurs à partir de la responsabilité de protéger les intérêts de l'humanité. Le développement d'un régime d'obligations *erga omnes* de protection, fondé sur les valeurs communes, aidera à l'exercice des droits de la personne humaine[541], parce que ces valeurs sont comme les droits de l'homme, universels, indivisibles, interdépendants, indissociables et se renforcent mutuellement[542].

L'harmonisation du droit étatique au droit international humaniste doit être vue comme une étape intermédiaire pour arriver à l'unification du *corpus juris humaniste*[543].

---

537 Laurence BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », *in Le dialogue des juges : mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 124.

538 UN. GENERAL ASSEMBLY, *2005 World Summit Outcome*, A/RES/60/1, 2005, §. 1.

539 Ibid., § 4.

540 Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (II)*, Op. Cit., p. 477.

541 Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 313.

542 UN. GENERAL ASSEMBLY, *2005 World Summit Outcome*, Op. Cit., § 121. Voir sur ce sujet, CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. (Bosnie-Herzégovine Vs. Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, Op. Cit., pp. 615, § 31 ; *Affaire sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, Op. Cit., p. 257, § 79 ; *Affaire de la Barcelona traction, light and power company, limited (Belgique Vs. Espagne)*, Op Cit., p. 32, §§ 33 et 34 ; et *Affaire sur les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif, Op. Cit., pp. 23 et 24.

543 Entre l'unification et l'harmonisation il y a une différence tenant à l'existence ou non d'une « marge nationale d'appréciation ». L'unification suppose une stricte hiérarchie des normes où la volonté étatique est complètement exclue. L'harmonisation implique l'existence d'une hiérarchie normative souple fondée sur des valeurs communes qui sont mises en œuvre à travers la marge normative étatique pour rendre

L'unification, en tant que fin du processus, partira d'une « harmonisation faible », avec un seuil bas de compatibilité, mettant en accord les divergences importantes entre les deux ordres juridiques, pour aller progressivement vers une « harmonisation forte », où s'élève le seuil de compatibilité à la mesure que les divergences normatives se sont atténuées[544], et dont le respect de l'*effet utile* des conventions visant la protection des êtres humains sera son meilleur outil.

II. Le respect de l'effet utile des conventions visant la protection des êtres humains

Pour faire de l'effectivité et l'efficacité du droit international humaniste une réalité, l'on a ainsi proposé l'unification du *corpus juris humaniste* et l'harmonisation du droit étatique au droit international. Néanmoins, ce binôme doit être accompagné par le respect de l'effet utile des normes du droit international humaniste compte tenu de ses apports.

Le principe de *l'effet utile*, connu aussi comme « principe de pertinence »[545], trouve son développement dans les enjeux de l'interprétation juridique, puisque l'interprétation normative, instrument fréquent et essentiel des juges dans « les cas difficiles », peut être conçue de façon restrictive ou évolutive[546].

Les interprétations restrictives ou conservatrices sont assez soumises à la littéralité de la norme sans tenir compte d'autres éléments. Au contraire, les interprétations évolutives ou dynamiques des normes vont plus loin de la littéralité pour s'investir dans l'analyse téléologique et dans la mise en niveau de la norme juridique à la réalité[547]. L'interprétation évolutive est devenue dans l'actualité la règle en droit international des droits de l'homme. Ainsi, la sauvegarde téléologique de la norme a une relation étroite avec *l'effet utile*, puisque ce dernier fait une emphase spéciale dans les objets et les buts des traités, de manière à assurer une protection efficace des droits garantis. Les opérateurs juridiques doivent prendre en compte les objectifs et les buts des traités, ou moment d'interpréter les obligations des États, principalement, parce que les conventions relatives à la protection des droits des êtres humains visent à protéger les droits de l'homme et non à l'établissement de relations subjectives et réciproques pour les États parties[548].

---

compatible le droit interne avec les valeurs communes. Mireille DELMAS-MARTY, *Le processus de mondialisation du droit,* Op. Cit., pp. 72 et 73.

[544] Mireille DELMAS-MARTY, « Le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine », *in* Bénédicte FAUVARQUE-COSSON et Denis MAZEAUD (Dir.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit,* Paris, Société de législation comparée, 2003, p. 49.

[545] Les linguistes et les philosophes ont dénommé comme principe de pertinence celui qui « stipule que les humains ne parlent pas en vain et que ce qu'ils disent est pertinent ». (Stefan GOLTZBERG, *L'argumentation juridique,* Paris, Dalloz, 2013, p. 34).

[546] On emprunte ici l'idée transmise par Ronald Dworkin sur les situations juridiques dont les juges ne peuvent pas subsumer le problème juridique dans le contenu d'une *rule of law* pour résoudre le problème, car la règle juridique ne prévoit pas sa solution, étant obligatoire pour l'opérateur juridique recourir à l'interprétation du droit pour trouver la solution au problème juridique. (Ronald DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2004 ; ou la version en castellan plus recommandée par la pertinence de son intitulé : Ronald DWORKIN, *El imperio de la justicia,* Barcelona, Gedisa, 2012).

[547] Jochen FROWEIN, « L'effet utile dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme », *in Liberté, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 855 et 856.

[548] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium (II)*, Op. Cit., pp. 59 et 60.

Le principe de l'*effet utile* « participe d'une lecture très attentive de la [norme juridique][549] et, à ce titre, implique une **lecture stratégique** et non pas simplement **coopérative** »[550], une lecture dynamique de la norme juridique avec l'adéquation temporaire et contextuelle de son contenu, pour la remplir de pleine effectivité. En paraphrasant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « *l'effet utile* assure que les normes soient interprétées de façon à garantir des droits concrets et effectifs, et non théoriques et illusoires »[551].

Quant aux apports de l'application respectueuse d'un tel principe d'interprétation dans le droit international humaniste, ils concernent le rôle d'appui à l'harmonisation du droit interne, les linéaments précis d'interprétation, l'aide à la concrétisation du projet d'unification du *corpus juris humaniste*, la facilitation pour le processus du droit international humaniste à réussir une protection effective des êtres humains, mais surtout, la garantie de l'interprétation évolutive du nouveau droit international humaniste pour l'adapter aux besoins de la communauté humaine globale.

Pour la jurisprudence de la Cour IDH, grâce au principe de l'*effet utile* l'effectivité des normes conventionnelles est devenue une obligation de résultat (*erga omnes*) pour tous les États. Un tel principe devient l'outil parfait du droit international humaniste pour l'unification de son *corpus juris*.

Selon la Cour, « les États parties à la [CADH] doivent garantir le respect des dispositions conventionnelles et de leurs effets *(effet utile)* en fonction de leurs respectifs droits internes ». L'*effet utile* « s'applique non seulement aux normes substantives des traités relatifs aux droits de l'homme (c'est-à-dire à celles qui contiennent des dispositions sur les droits protégés), mais aussi aux normes de procédure, telles que celle relative à la clause d'acceptation de compétence contentieuse de la Cour »[552]. Ainsi, par exemple, d'après *l'effet utile* la clause de compétence contentieuse, essentielle à l'efficacité du mécanisme de protection internationale, « doit être interprétée et appliquée de telle sorte que la garantie qu'elle établit soit vraiment pratique et efficace, compte tenu de la nature particulière des traités relatifs aux droits de l'homme et sa mise en œuvre collective »[553].

D'après la Cour, l'*effet utile* oblige à interpréter les traités relatifs aux droits de l'homme d'accord à leur objet et à leur but, autrement dit, d'accord à « la protection des droits fondamentaux des êtres humains, quelle que soit leur nationalité, tant devant de leur propre État que devant des autres États contractants »[554]. Lorsque les États approuvent cette sorte de traités, « [ils] sont soumis à un ordre juridique dans lequel, pour le bien commun, ils

---

[549] On remplace ici le mot *loi* par l'expression *norme juridique* pour éviter de confondre la loi en sens formel avec la loi en sens matériel.
[550] Stefan GOLTZBERG, *L'argumentation juridique,* Op. Cit., p. 34.
[551] COUR EDH, *Affaire Airey Vs. Irlande*, Requête n° 6289/73, 9 octobre 1979, § 24 ; *Affaire Artico Vs. Italie*, Requête n° 6694/74, 13 mai 1980, § 33 ; *Affaire Parti communiste unifié de Turquie et autres Vs. Turquie*, Requête n° 19392/92, 30 janvier 1998, § 33 ; COUR EDH, *Affaire Allenet de Ribemont Vs. France,* Requête n° 15175/89, 10 février 1995, § 35 ; *Affaire Chassagnou et autres Vs. France*, Requêtes nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, 29 avril 1999, § 100 et *Affaire Kovatch Vs.* Ukraine, Requête n° 39424/02, 7 mai 2008, § 53.
[552] COUR IDH, *Affaire Tribunal constitutionnel Vs. Pérou,* Arrêt d'établissement de compétence, Série C n° 55, 24 septembre 1999, § 36.
[553] Ibidem.
[554] COUR IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre derechos humanos*, Avis consultatif OC-2/82, 24 septembre 1982, § 29.

assument diverses obligations, non pas à l'égard d'autres États, mais par rapport aux personnes relevant de leur juridiction »[555].

Par la voie de l'*effet utile*, « l'État doit prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer que les dispositions de la Convention sont effectivement accomplies »[556] ; surtout si on tient compte que la Cour IDH a réaffirmé que l'interprétation des normes internationales d'accord à cet effet, « par sa nature, est constitutive d'une obligation de résultat »[557]. Pour la Cour l'intégration au niveau normatif et interprétatif de l'*effet utile*, tant dans la sphère internationale que dans la sphère nationale « contribue à la consécration d'un système interaméricain intégré, qui permet un dialogue intense entre tous les opérateurs juridiques, particulièrement avec les juges de toutes les hiérarchies et spécialités, ce qui va produire indissolublement la base pour la consécration de mesures légales que permettent de garantir l'effectivité des droits fondamentaux et la création d'un *ius constitutionale commune* en matière de droits de l'homme »[558].

Par l'extrapolation du concept d'*effet utile* tel qu'appliqué par la Cour IDH au droit international humaniste, on pourra faire de l'unification de son *corpus juris* une réalité grâce à l'interaction de tous les opérateurs juridiques autant que de la communauté humaine globale dans son ensemble. De cette manière, l'unification du *corpus juris humaniste* aura non seulement les effets d'obligation de résultat mais d'obligation *erga omnes*, garantissant de cette façon la protection effective et universelle des êtres humains.

L'*effet outil* a permis dans le système interaméricain de protection l'unification normative et la conformation d'un droit commun. Son application dans le droit international humaniste va permettre, d'abord, l'application d'un critère interprétatif unifié poursuivant la protection maximale des droits des êtres humains par les États, mais surtout, par toute la communauté humaine globale, et ensuite, la configuration d'un *corpus juris humaniste* obligatoire pour tous les membres de cette communauté humaine. Les apports du principe de l'*effet utile* au nouveau droit international humaniste ne sont pas en doute. Au contraire, les apports de l'*effet utile* sont confirmés, même nécessaires, pour faire du droit international humaniste un droit concret et effectif, principalement, si on veut que la consécration de l'être humain comme sujet de ses règles soit réelle, et non théorique ni illusoire.

§ 2 : La consécration de l'être humain dans le droit international humaniste comme sujet de ses règles

Le désir d'humanisation du système juridique international voulu avec le droit international humaniste, peut seulement être une réalité à partir de la consécration de l'être humain comme sujet principal de sa normativité[559]. L'idée de survie du droit international au

---

[555] Ibidem.

[556] COUR IDH, *Affaire Communauté indigène Yakye Axa Vs. Paraguay*, Arrêt de fond, de réparations et dépens., Série C n ° 125, 17 juin 2005, § 101.

[557] COUR IDH, *Affaire Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 276, 30 janvier 2014, § 93.

[558] Ibid., § 94.

[559] À cet égard, voir les avancements du système interaméricain vers « l'humanisation » du droit interaméricain. Ludovic HENNEBEL, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme : entre particularisme et universalisme », *in* Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGROUDJA (Dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme : en l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits*

moyen de son adaptation et pour éviter sa disparition, part –rappelons-le– de l'analyse des erreurs commises dans le passé où l'être humain perdit la place primordiale qu'il avait dans le *jus cogens* et fut remplacé par l'État et les relations interétatiques politisées[560].

Le retour à l'être humain souhaité avec le droit international humaniste est évidemment un retour au *jus cogens* et à sa vision ontologique du droit, dans laquelle l'être humain trouve une primauté juridique et se considère le « centre de gravité » du droit[561].

Il s'avère nécessaire que la consécration de l'être humain comme sujet principal de la régulation du droit international est accompagnée par sa *primauté dans le droit international humaniste, à travers le regard moniste de la protection de l'individu (A)*, et de son *retour comme centre de gravité du système juridique international (B).*

A. La primauté de l'être humain dans le droit international humaniste : le regard moniste de la protection de l'individu

Le droit international, sapé par son appui au « mythe du caractère absolu de la souveraineté de l'État » qui l'a emporté[562] et ayant conduit à sa crise actuelle, est encore vu, et erronément décrit à travers la « doctrine Lotus »[563]. En effet, le droit international est conçu comme le droit que « régit [exclusivement] les rapports entre des États indépendants »[564], et dans lequel la volonté étatique, « manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs »[565], est l'origine et la raison d'être de la normativité internationale[566].

---

de l'homme, Paris, Pedone, 2009, pp. 97 – 104 ; et Antônio CANÇADO TRINDADE, *Os Tribunais internacionais e a realização da justiça,* Rio de Janeiro, Renovar, 2015, pp. 199 – 205.

560 Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., pp. 57 – 59.

561 Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (II)*, Op. Cit., pp. 175, 504 et 505.

562 Giuseppe SPERDUTI, *Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, Op. Cit., p. 334 ; et Jean SPIROPOULOS, *L'individu et le droit international*, Op. Cit., pp. 253 et 254.

563 La « doctrine Lotus » peut se définir comme celle dont « l'État est la pierre angulaire, le socle fondamental du droit international, son *alpha* et son *oméga* ». Catherine-Amélie CHASSIN, « Le Lotus est-il mort ? Des droits de l'homme confrontés à la souveraineté des États », *in* Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGROUDJA (Dir.), *Humanisme et droit : Mélanges en hommage au professeur Jean DHOMMEAUX*, Paris, Pedone, 2013, p. 170.

564 CPJI, *Affaire du Lotus Turquie Vs. France,* Arrêt du 7 septembre 1927, Série A n ° 10, p. 18.

565 Ibidem.

566 Certes, la question principale à résoudre dans l'affaire *Lotus* était l'existence ou non d'un principe de droit international qui aurait méconnu la Turquie en matière de délimitation des compétences étatique, et la CIJ y a précisé que le sens des mots « principes du droit international » ne peut […] signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale » dans l'ère postcapitulaire ; ce qui dans la pratique a plusieurs significations comme le signale Leila Lankarani : « écarter du débat dans la détermination des principes du droit international coutumier général, la portée des pratiques interétatiques spatialement limités, réformer le sens de l'article 38 1c, et exclure les pratiques provenant des droits nationaux ou des jurisprudences nationales ». (Leila LANKARANI, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 74 et 75). Mais cela est sans préjudice du constat de la CPJI que le droit international est de construction interétatique, qu'il est « fait pour régir les rapports entre des États indépendants ». (CPJI, *Affaire du Lotus Turquie Vs. France*, Op. Cit., pp. 16 – 18).

Le caractère humaniste comme distinction de la normativité internationale souhaitée pour réussir *la protection de l'individu et l'universalité des droits de l'homme (I)*, est marqué par une vision post-*Lotus* du droit international, dès lors que « le développement de la notion de souveraineté absolue et incontrôlable qui a conduit la doctrine à ne voir dans les rapports internationaux que les États », a éclipsé totalement aux individus de la scène internationale[567]. Cette vision post-*Lotus* du droit international contemporain a commencé à remettre l'individu dans la scène du droit international[568], revenant peu à peu à la primauté que l'humain avait dans le *jus cogens* comme sujet de droit. *Le principe pro homine est une preuve valable de la primauté de l'être humain dans le droit international (II)*.

I. La protection de l'individu et l'universalité des droits de l'homme

Le redressement par la protection de l'individu et l'universalité des droits de l'homme de la « doctrine Lotus » –déterminée d'alors par le contexte historique international–, où la création des « règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci »[569], est un impératif pour la primauté de l'être humain. Le droit international humaniste envisage comme objectif la primauté des humains dès lors que le droit « quel que soit le milieu social où il s'applique, […] a le même fondement, parce qu'il a toujours la même fin : il vise partout l'homme, et rien que l'homme », pour reprendre la formule de Nicolas Politis[570].

Le but anthropocentriste du droit international par ailleurs n'est pas nouveau. Il s'est fait ressentir sous la plume des maîtres en la matière depuis la moitié du XXe siècle. Par exemple, Georges Scelle dans ces années affirmait que nier aux individus le caractère de sujet de droit international était « un postulat purement aprioristique, indémontrable et indémontré, comme la personnalité même de l'État »[571]. Il serait complètement contraire « à toute conception réaliste d'une société internationale »[572], basée sur « une protubérance de la doctrine volontariste »[573] qui « nie en effet l'existence du droit commun international, de formation principalement coutumière »[574], dans lequel, « les rapports interindividuels constituent la matière même de la sociabilité internationale et, sans eux, les institutions du droit international public ne se concevraient même pas »[575].

Marcel Waline, pour sa part, assurait que si on comprend le droit international comme le droit interne de la société internationale et « non plus comme un droit entre des groupes simplement juxtaposés sans lien entre eux »[576], on est amené impérativement à « prendre en vue tout autre type des sujets du droit international »[577]. « La société internationale comporte

---

567 Nicolas POLITIS, *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, Hachette, 1927, p. 58.
568 À différence du droit international classique, « le droit international contemporain tend à s'inspirer de plus en plus des valeurs éthiques et, dans ce sens, il aspire à devenir un ordre juridique humaniste, social, centralisé et démocratique ». Par essence, « il aspire à faire de la personne humaine le centre des préoccupations de ses normes et de ses institutions ». José Antonio PASTOR RIDRUEJO, *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle : normes, faits et valeurs*, Op. Cit., pp. 306 et 307.
569 CPJI, *Affaire du Lotus Turquie Vs. France*, Op. Cit., p. 18.
570 Nicolas POLITIS, *Les nouvelles tendances du droit international*, Op. Cit., p. 77.
571 Georges SCELLE, *Cours de droit international public*, Paris, Montchrestien, 1948, p. 510.
572 Ibidem.
573 Ibidem.
574 Ibidem.
575 Ibid., p. 511.
576 Marcel WALINE, *L'individualisme et le droit*, Paris, Montchrestien, 1949, p. 220.
577 Ibidem.

des individus, mais aussi des familles, des corporations, des communes, des provinces, de même la société internationale comprend à la fois des individus et des groupes de toutes sortes : groupes locaux, provinciaux, professionnels, religieux, ethniques, aussi bien que nationaux »[578].

Pour René Cassin, à « partir du moment où les États cessent d'être considérés comme les seuls membres de la société dite internationale et où s'affirme la société universelle dotée d'une prise directe vis-à-vis de toutes les créatures humaines, le refus à l'individu de la qualité de sujet de droit dans cette société avec les conséquences logiques que cette qualité emporte, s'avère inconcevable »[579].

La protection de l'individu et l'universalité des droits de l'homme ont déjà tracé un fertile chemin de la main de la théorie du monisme sociologique « scellienne », où l'importance du droit se trouve dans le rôle fondateur de l'être humain[580]. La primauté de l'individu et sa protection sont plus qu'évidentes maintenant, elles deviennent un impératif par le droit international humaniste afin de résoudre et bien répondre aux besoins globaux de l'humanité. C'est à bon droit que Mohammed Bedjaoui, affirmait que pour lui, « le droit international n'a ni signification immédiate, ni finalité ultime, s'il n'est pas au service de l'homme »[581].

La conscience juridique requise par la communauté humaine d'aujourd'hui est un renouveau de la vision de ces quelques penseurs de droit international –déjà humanistes– dont les idées étaient nourries par les *jus cogens* et par un *recta ratio* vers la création d'une société, voire une communauté universelle[582]. Une telle communauté que n'ont pas vue ses jours de gloire avec l'apparition de la Société des Nations ni de l'Organisation des Nations Unies pourrait les atteindre, grâce à la formation de la communauté humaine globale.

Dans le contexte de la globalisation, l'universalité des droits de l'homme est une réalité. Nonobstant, il faut savoir que ces droits « sont universels en tant qu'expression de valeurs communes au genre humain, mais pas, semble-t-il, dans leur vision occidentale »[583].

---

578 Ibidem.

579 René CASSIN, « L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle », *in* La technique et les principes du droit public, étude en l'honneur de George Scelle, Paris, LGDJ, 1950, Tome I, p. 67.

580 Voir sur le sujet, Gerhard HAFNER, *The emancipation of the individual from the state under international law*, Op. Cit., pp. 294 – 295.

581 Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (I)*, Op. Cit., p. 60.

582 L'histoire de la pensée humaine internationale laisse comprendre que la conscience a été toujours en opposition avec l'injustice et s'est révélée envers les oppressions. La notion de conscience a été toujours présente dans la pensée de l'humanité, bien qu'elle ait eu plusieurs dénominations, « syndérèses » dans l'ancienne Grèce, « bonne morale » dans la pensée de Cicero et Seneca, « la connaissance et la poursuite du bien commun » chez Thomas d'Aquin, la « raison correcte » avec Francisco Vitoria ou « l'impératif catégorique » dans la philosophie de Kant, elle a été l' « irréductible minimum » qui a sauvé l'humanité des injustices et des abus des détenteurs du pouvoir. Aujourd'hui, la conscience juridique universelle se révèle la source matérielle *par excellence* du *corpus juris* du droit international, comme la réalisation des nécessités et aspirations de l'humanité dans son ensemble. Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., pp. 141 – 145.

583 Henri PALLARD, « Universalité ou universalisation des droits de l'homme ? Un philosophe du droit lit un anthropologue du droit », *in* Christoph EBERHARD et Geneviève VERNICOS (Ed.), *La quête anthropologique du droit : autour de la démarche d'Étienne le Roy*, Paris, Karthala, 2006, p. 116.

En effet, « l'universalisation des droits de l'homme est un produit de la modernité »[584], son évolution et son interprétation historique n'appartiennent à personne ni à une seule civilisation, elles se font de manière collective avec la participation de tous les acteurs et sujets de droits internationaux. Il est donc plus que logique l'identification et la consolidation des valeurs communes de l'humanité dans son ensemble.

Approcher l'individu à un droit international humaniste, fondé sur une vision moniste du droit et qui recherche l'universalité des droits des êtres humains, a plusieurs avantages. La première, reconnaître l'interprétation progressive que les juges ont faite de la DUDH[585] lui donnant une « valeur coutumière » et par conséquent coercitive et de force *erga omnes*, dans laquelle l'humain est le centre de la protection et la volonté étatique n'est pas en jeu[586]. La deuxième, affaiblir la politisation qui asphyxie aux États et embue leur effectivité[587]. La troisième, reconnaître les valeurs communes qu'ont tous les êtres humains pour appartenir au genre humain, ainsi que rassembler ces valeurs dans un *corpus juris commun* de force obligatoire. Tout cela, grâce à l'acceptation générale qu'elles ont obtenu de la communauté humaine globale, comme contenant d'éléments essentiels pour la protection réelle de l'être humain.

L'une des conséquences de cette universalité par ce *corpus juris commun* se traduit par son *effet horizontal*. C'est l'idée générale qu'on peut extraire de la notion d'*effet horizontal* des conventions relatives aux droits de l'homme, expliquée par De Fontbressin, et selon laquelle les obligations de protection et garantie des droits les plus fondamentaux vis-à-vis des êtres humains n'incombent pas seulement aux États mais elles concernent aussi aux individus, jouent ces derniers un rôle de codébiteurs de ces obligations. Bien que l'auteur fasse seulement référence à l'effet horizontal de la CEDH, l'on peut transposer sans difficulté la même réflexion aux autres instruments des droits de l'homme, à connotation universelle ou d'application régionale. Les êtres humains sont coresponsables de régler les problèmes qui concernent toute l'humanité, d'où se dégage l'idée de l'être humain comme législateur global[588].

L'identification des valeurs communes qui permettent le rassemblement des droits de l'homme contribue à une « interprétation des dispositions conventionnelles [et coutumiers] assurant une protection efficace, mais surtout, [autorisant] un rapprochement autour de *l'esprit* qui anime le droit international des droits de l'homme tout entier »[589]. Le retour à ce

---

584 Étienne LE ROY, *Les fondements anthropologiques des droits de l'homme. Crise de l'universalisme et post modernité*. Revue de la recherche juridique – Droit prospectif, Aix-en-Provence, Presses de l'Université d'Axe-en-Marseille, 1992, No. 1, p. 144.

585 Marie ROTA, *La déclaration universelle des droits de l'homme : source des droits garantis par la Convention américaine relative aux droits de l'homme*, Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, 2009, No.7, pp. 63 – 72 ; et Hurst HANNUM, *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and international Law*, Georgia Journal of International and Comparative Law, 1995, Vol. 25, pp. 287 – 397.

586 On admet généralement, que « le contenu de la DUDH a désormais valeur coutumière alors qu'il est difficile d'affirmer qu'il est globalement respecté sur toute la Terre ». Florian COUVEINHES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 164 et 165.

587 Voir *supra* Ière partie, Titre I, Ch. 1, Section 1, § 1.

588 Patrick DE FONTBRESSIN, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme, voie de démocratie participative », *in Les droits de l'homme en évolution, mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Parabas*, Bruxelles, Sakkoulas et Bruylant, 2009, pp. 215 – 216.

589 Céline HUSSON-ROCHCONGAR, « « Chaque homme porte la forme entière de l'humaine condition » ? Chronique d'un introuvable universel en droit international des droits de l'homme », *in* Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGROUDJA (Dir.), *Humanisme et droit : Mélanges en hommage au professeur Jean DHOMMEAUX*, Paris, Pedone, 2013, p. 291.

qui appartient à l'essence de l'individu à partir de sa primauté constitue un instrument d'harmonisation des droits de l'homme, parfois scindés par la juxtaposition de systèmes de protection (régionaux et universel), et « contribue manifestement à la mise en œuvre universalisée d'une protection des droits de l'homme relativisée »[590].

La mise de l'être humain et de ses valeurs communes au sommet du système juridique international, est une directive à suivre par le droit international humaniste[591]. Cette directive à un caractère ontologique et phénoménologique par rapport à la personne humaine, parce qu'elle « est définie à partir d'une raison individuelle à peu près commune à tous les hommes, et aspire à conquérir la nature. Les droits subjectifs révèlent la nature législatrice de l'homme comme personne qui devient l'artisan du progrès de l'humanité »[592].

D'ailleurs, si l'artisan du progrès de l'humanité est l'être humain, s'il est « le protagoniste du droit »[593], reste à lui, en tant que sujet principal et sommet du droit international humaniste, de devenir le législateur global de son avenir à partir de directives générales que sont ces valeurs communes de l'humanité. Ces directives devront être suivies par tous les acteurs du système juridique international, mais en particulier par l'État comme l'*outil* de la concrétion du bien-être de l'humanité[594]. D'ores et déjà, des traces de la primauté de l'être humain dans le droit international existant, peuvent se détecter à travers le principe *pro homine*.

II. Le principe *pro homine* comme preuve de la primauté de l'être humain

La référence au principe *pro homine* paraît pertinente pour préciser les traces de primauté de l'être humain qui ont survécu dans le droit international existant, ainsi que le chemin que doit suivre le droit international humaniste à partir de la reconnaissance des valeurs communes de l'humanité.

Il est nécessaire de préciser que le principe *pro homine* ou « *pro persona* » est un critère herméneutique qui comme tel « informe tout le droit des droits de l'homme, en vertu duquel il faut recourir à la norme la plus large, ou à l'interprétation la plus extensive, quand il s'agit de reconnaître des droits protégés, et, qu'à l'inverse, à la norme ou à l'interprétation la plus restrictive quand il s'agit d'établir des restrictions permanentes à l'exercice des droits ou leur suspension extraordinaire. Ce principe est concordant avec le rang fondamental du droit des droits de l'homme, qui est d'être toujours en faveur de l'homme »[595].

Les origines de ce principe, comme l'a affirmé la Cour IDH, se trouvent dans l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (CVDT), relatif aux règles générales d'interprétation des traités, et dans l'article 29 de la CADH, qui établit les normes

---

590 Ibid., p. 292.
591 Sur l'importance des valeurs communes dans le droit, voir également, Stamatios TZITZIS, *Droit et valeur humaine : l'autre dans la philosophie du droit, de la Grèce antique à l'époque moderne,* Paris, Buenos Books International, 2010.
592 Stamatios TZITZIS, *La personne, l'humanisme, le droit.* Sainte-Foy – Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2001, p. 8.
593 Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., p. 125.
594 Voir *infra* Ière partie, Titre I, Ch. 2, Section 2, § 2.
595 Mónica PINTO, « El principio pro homine, criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos », Op. Cit., p. 163.

d'interprétation de la Convention. Une brève explication sur ces deux articles s'avère impérative pour mieux comprendre son importance.

1- En premier lieu, s'agissant de l'article 31 de la CVDT, extraire l'origine du principe *pro homine* de cette disposition a été de grand impact. Selon la Cour IDH, dans l'interprétation d'un traité « on tient compte non seulement des accords et des instruments formellement liés à celui-ci (Art. 31 § 2), mais aussi du système dans lequel il est enregistré (Art. 31 § 3) »[596]. On doit faire une « interprétation évolutive » des instruments internationaux de protection[597], puisque « les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments vivants dont l'interprétation doit accompagner l'évolution des temps et des conditions de vie actuelles »[598]. Par le biais d'une interprétation évolutive, au moment d'interpréter un traité « il devrait toujours être choisi l'alternative la plus favorable à la protection des droits protégés par [celui-ci], selon le principe du plus favorable à l'être humain »[599]. Grâce à cela les opérateurs juridiques ont l'obligation d'en tenir compte dans leur travail interprétatif, puisqu'il émane « de l'objet et du but des traités de protection des droits de l'homme »[600]. Cette obligation se voit renforcée avec la jurisprudence de la CIJ, qui a consacré sans ambiguïté, que les règles de l'article 31 de la CVDT sont reconnues « comme une codification du droit international coutumier existant »[601]. Elles peuvent être appliquées même aux actes des États non parties de la CVDT, « en tant qu'expression du droit international coutumier »[602].

2- En second lieu, la Cour de San José a établi qu'il est souvent utile de « comparer la [CADH] avec les dispositions d'autres instruments internationaux pour mettre en évidence des aspects particuliers de la réglementation d'un droit donné, mais une telle méthode ne pourrait jamais être utilisée pour incorporer à la Convention des critères restrictifs qui ne découlent pas directement de son texte, même s'ils sont présents dans un autre traité international »[603]. En conséquence, et d'accord à l'article 29 b) de la CADH qu'indique qu'aucune disposition de la Convention ne peut être interprétée comme « restreignant la jouissance et l'exercice de tout droit ou de toute liberté reconnus par la législation d'un État partie ou dans une convention à laquelle cet État est partie »[604]. « Si la [CADH] et un autre traité international est applicable à la même situation, la règle la plus favorable à la personne humaine doit prévaloir »[605].

Le traitement favorable à la personne humaine a eu lieu –dit la Cour IDH en mettant en index la prévalence et le caractère universel de l'être humain–, dans le droit international parce que « les traités modernes en général, et en particulier la Convention américaine, ne

---

596 COUR IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Avis consultatif OC-16/99, 1 octobre 1999, § 113.
597 Ibid., § 114.
598 Ibid., § 115.
599 COUR IDH, *Affaire Massacre de Mapiripán Vs. Colombie,* Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 134, Op. Cit., § 106.
600 Álvaro Francisco AMAYA VILLARREAL, *El principio pro homine : interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado,* International law : Revista colombiana de derecho internacional, Bogotá, Universidad Javeriana, 2005, No. 5, p. 361.
601 CIJ, *Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau Vs. Sénégal)*, Arrêt du 12 novembre 1991, p. 70, § 48.
602 CIJ, *Affaire de l'île de Kasikili/Sedudu (Botswana Vs. Namibie),* Arrêt du 13 décembre 1999, p. 1059, § 18.
603 COUR IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (Art. 13 et 29 CADH)*, Avis consultatif OC-5/85, 13 novembre 1985, § 51.
604 Ibid., § 52.
605 Ibidem.

sont pas des traités multilatéraux de type traditionnel conclus pour accomplir l'échange réciproque des droits, pour le bénéfice mutuel des États contractants. L'objet et le but de ces traités sont la protection des droits fondamentaux des êtres humains, indépendamment de leur nationalité, tant devant de leur propre État que devant des autres États »[606].

La vision humaniste et prévalent de l'être humain dans le droit international conventionnel de la protection des droits de l'homme, telle qu'elle a été soutenue par le Comité des droits de l'homme de l'ONU dans ses observations générales, a aidé à cristalliser le concept du principe *pro homine* dans ses deux dimensions (*extensive des droits* et *restrictive des sanctions*). Par exemple, selon l'observation générale No. 6/1982, sur le droit à la vie (Art. 6 du Pacte International des droits civils et politiques), « l'expression « le droit à la vie inhérent à la personne humaine » ne peut pas être entendue de manière restrictive et la protection de ce droit exige que les États adoptent des mesures positives »[607], ainsi que « l'expression « les crimes les plus graves » doit être interprétée d'une manière restrictive, comme signifiant que la peine capitale doit être une mesure tout à fait exceptionnelle »[608].

D'ailleurs, les considérations sur le caractère universel de certaines normes du droit international se trouvent déjà dans la jurisprudence de la CIJ. Dans l'avis consultatif sur *les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour de La Haye a déclaré que « les origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme « un crime de droit des gens » », parce que « les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel »[609]. À cet égard, « la Convention sur le génocide a donc été voulue […] comme une convention de portée nettement universelle »[610]. Pour la CIJ, il est clair que ces normes sont adoptées « dans un but purement humain et civilisateur »[611] ; pour cette raison « les États contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention »[612].

Également, dans l'affaire *Barcelona traction*, la CIJ a confirmé son précédent jurisprudentiel sur les normes de caractère universel, par la distinction entre les obligations réciproques et les obligations *erga omnes*. D'après la Cour, il existe une distinction essentielle « entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État »[613]. Les premières concernent « tous les États », puisque « les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* »[614]. Tandis que les deuxièmes, « n'entrent pas dans la même catégorie », ils appartiennent aux obligations interétatiques encadrées sous la logique d'intérêts concrets et particuliers[615].

---

[606] COUR IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre derechos humanos*, Avis consultatif OC-2/82, Op. Cit., § 29.
[607] CCPR, *General comment No. 6 : Article 6 (right to life).* Sixteenth session, 1982, § 4.
[608] Ibid., § 7.
[609] CIJ, *Affaire sur les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif, Op. Cit., p. 23.
[610] Ibidem.
[611] Ibidem.
[612] Ibidem.
[613] CIJ, *Affaire de la Barcelona traction, light and power company, limited (Belgique Vs. Espagne)*, Op. Cit., p. 32, § 33.
[614] Ibidem.
[615] Ibid., p. 32, § 35.

Cependant, le véritable développement du principe *pro homine* a eu lieu grâce aux décisions judiciaires des organismes du SIDH et aux opinions individuelles des juges interaméricains, ayant bâti toute une évolution jurisprudentielle au nom de la primauté de l'être humain. La Cour IDH et ses juges ont fait évoluer le principe *pro homine* jusqu'au point de chercher la norme la plus favorable à l'être humain non seulement à l'intérieur des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme mais aussi dans les normes étatiques et les interprétations qu'elles ont reçues de la part du tribunal de San José, pour faire toutes parties du *corpus juris interaméricain*.

Ainsi par exemple, le juge Sergio García dans ses opinions concordantes exprime sur le principe *pro homine* qu'il a « conduit à une meilleure protection de personnes, dans le but de préserver la dignité, de garantir les droits fondamentaux et d'encourager le développement des êtres humains »[616]. Le principe *pro homine* est « un composant essentiel pour la protection adéquate des droits de l'homme et la progressivité jurisprudentielle dans l'application de ces normes »[617]. Pour García, ce principe « ne milite pas en contre de la justice, mais aide à son existence »[618]. Le principe *pro homine* emporte « le développement de la tutelle générale des êtres humains »[619] à travers l'extension des droits et libertés, s'appuyant sur des « ordres normatifs nationaux et internationaux et d'interprétations jurisprudentielles »[620].

Avec le même esprit, le juge Eduardo Ferrer Mac-Gregor affirme que le principe *pro homine* n'appartient pas exclusivement au juge international mais il doit être aussi appliqué par le juge national, ce qui implique, d' « effectuer l'interprétation la plus favorable pour la jouissance et l'exercice effectifs des droits et libertés » de l'être humain[621]. De cette manière, « il incombe à tous les juges et organes judiciaires de faire une « interprétation » de la norme nationale à la lumière de la Convention américaine, ses protocoles (et éventuellement d'autres traités), ainsi que de la jurisprudence de la Cour IDH, prenant toujours en compte la règle interprétative du principe *pro homine*, contenue dans l'article 29 du Pacte de San José »[622].

Pour sa part, la Cour IDH dans le but de préciser la portée du procès équitable, a exprimé que ce droit doit s'analyser en « d'accord avec l'objet et but de la Convention américaine, qui est la protection effective de la personne humaine, c'est-à-dire qu'il faut faire

---

616 Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Opinion concordante de l'arrêt de fond et réparations,* COUR IDH, Affaire Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 79, 31 août 2001, § 6.

617 Ici se fait référence, évidemment, aux normes de droit international des droits de l'homme. Diego GARCÍA-SAYÁN et Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire Ticona Estrada Vs. Bolivie, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 191, 27 novembre 2008, § 11.

618 Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Opinion concordante de l'arrêt de fond et réparations,* COUR IDH, Affaire Valle Jaramillo Vs. Colombie, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 192, 27 novembre 2008, § 24.

619 Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire Anzualdo Castro Vs. Pérou, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 202, 22 septembre 2009, § 10.

620 Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Opinion concordante de l'arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire Uson Ramirez Vs. Venezuela, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 207, 20 novembre 2009, § 5.

621 Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 220, 26 novembre 2010, § 38.

622 Ibid., § 41.

une interprétation pro personne »[623]. Dans le même sens, en interprétant la prohibition de la peine de mort consacrée dans l'article 4 de la CADH en rapport avec l'article 2 de la loi de délits contre la personne en Barbade, la Cour a précisé que l'application de la peine de mort doit se faire « selon le principe *pro persona*, c'est-à-dire en faveur de l'individu, dans le sens de limiter définitivement son application et son cadre, de sorte que celle-ci soit réduite jusqu'à leur suppression définitive »[624].

Également, à travers l'application de la norme la plus favorable, la Cour a repris les développements donnés au corps du principe *pro homine* par les juges interaméricains dans leurs opinions individuelles sur la primauté de l'être humain. Dans l'affaire *Furlan et familiers Vs. Argentine*, la Cour a écarté l'une de ses règles jurisprudentielles, selon laquelle est considéré enfant « toute personne qui n'a pas eu 18 ans »[625], afin d'appliquer la norme la plus favorable au requérant, qui en l'espèce[626], était la norme étatique en vigueur au moment des faits, à savoir l'article 126 du Code civil argentin attribuant le statut d'enfant à toute personne en deçà de 21 ans[627].

Sur le contenu du principe *pro homine*, la Cour IDH a affirmé que pour réussir l'interprétation la plus favorable à l'être humain, « on doit faire appel à d'autres instruments internationaux […], textes constitutionnels et le travail développé par des organes internationaux de suivi »[628]. Ainsi par exemple, dans l'affaire *Massacre de Mapiripán Vs. Colombie,* la Cour en application du principe *pro homine* a fait appel à l'article 44 de la Constitution colombienne conjointement avec divers instruments internationaux y compris la CADH, étant le plus favorable à la personne humaine[629], pour décider que « comme conséquence de la vulnérabilité à laquelle l'État a soumis les enfants, avant, durant et après le massacre », celui-ci est responsable de la méconnaissance de l'article 19 de la CADH relatif aux droits des enfants[630].

Le principe *pro homine* a eu jusque-là un regard exclusivement humaniste, bien éloigné du volontarisme étatique et engagé avec la protection prévalent de l'être humain dans le droit international des droits de l'homme, prouvant parfaitement que la primauté de l'être humain dans le droit international est déjà une réalité.

Néanmoins, l'objectif de renforcer l'idée de la primauté de l'être humain dans le système juridique international, suppose qu'en dépit de l'ampliation du principe *pro homine*,

---

[623] COUR IDH, *Affaire 19 commerçants Vs. Colombie*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 109, 5 juillet 2004, § 173.
[624] COUR IDH, *Affaire Boyce et autres Vs. Barbade,* Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 169, 20 novembre 2007, § 52 et ; *Affaire Dacosta Cadogan Vs. Barbade*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 204, 24 septembre 2009, § 49. Voir aussi, *Affaire de la Communauté indigène Xákmok Kasek Vs. Paraguay*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 214, 24 août 2010, § 311.
[625] COUR IDH, *Affaire Furlan et familiers Vs. Argentine,* Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 246, 31 août 2012, § 123.
[626] Il était question dans l'espèce de la responsabilité internationale de l'État à cause de l'absence d'une réponse opportune des autorités judiciaires argentines dans la résolution d'une action en responsabilité civile, qui empêcha le traitement médical adéquat de la victime en tant qu'enfant handicapé.
[627] COUR IDH, *Affaire Furlan et familiers Vs. Argentine,* Op. Cit., § 123.
[628] COUR IDH, *Affaire Suárez Peralta Vs. Equateur,* Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 261, 21 mai 2013, § 62.
[629] COUR IDH, *Affaire Massacre de Mapiripán Vs. Colombie,* Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 134, 15 septembre 2005, § 153.
[630] Ibid., § 163.

l'on puisse l'utiliser également dans l'interprétation de toutes les normes internationales pour garantir la réelle primauté de l'être humain. Avec le principe *pro homine* on voit bien la vision humaniste des juges internationaux, spécialement, de ceux du SIDH, qui n'ont pas hésité à franchir la frontière de la volonté étatique, pour garantir une protection effective des droits de l'homme à travers la primauté de l'être humain[631]. Grâce au principe *pro homine* on arrive, également, à comprendre que les droits de l'homme sont un concept inachevé que chaque jour évolue à partir de minimums de protection, qu'en tant qu'exigences minimales, permettent d'aller au-delà, soit par d'autres instruments internationaux soit par des normes étatiques[632].

B. Le retour de l'être humain : le centre de gravité du système juridique international

Pour accomplir ses objectifs humanistes et répondre avec succès aux défis menés par le droit global au système juridique international, le droit international humaniste a besoin de situer de nouveau l'être humain au centre de gravité de la régulation internationale. Le retour de l'être humain en tant que centre orbitaire du système juridique, implique que le droit international humaniste doit, d'une part, s'approcher de l'anti-volontarisme pour lever les obstacles que les États mettent en place pour garder l'importance qu'ils ont eu jusqu'au aujourd'hui dans le droit international interétatique, et doit chercher, d'autre part, des traces de protection primordiale à l'individu dans les origines de la régulation internationale.

Une telle entreprise, dirigera l'attention du droit international humaniste vers *le jus cogens à travers un regard rétrospectif (I)* de sa régulation sur les individus. Ainsi, l'approche recherchée vers la normativité de ce *jus cogens* montrera clairement *les proximités existantes entre lui et le droit international humaniste (II)* et la ressemblance d'objectifs de protection qu'il y a entre les deux.

I. Un regard rétrospectif sur la régulation par le *jus cogens*

Un regard rétrospectif sur le *jus cogens* pour réussir la consécration de l'être humain comme sujet principal du droit international humaniste, c'est plus en sens métaphorique qu'en sens littéral. Le *jus cogens* a été toujours présent en effet dans le droit international y compris dans le positivisme normatif et plus fortement, dans le positivisme sociologique, où George Scelle « comme Léon Duguit, [furent] [les] adversaire[s] le plus résolu[s] de la personnalité de l'État »[633]. Rappelons que dans leur pensée, ils ont bien compris que « l'individu est le seul sujet de tout droit »[634].

---

[631] Ana Lucía GASPAROTO, Jayme Wanderley GASPAROTO et José BLANES SALA, *La Corte interamericana de derechos humanos y el Tribunal europeo de derechos humanos : una comparación sobre el punto de vista de la aplicabilidad del principio de la primacía de la norma más favorable*, Op. Cit., pp. 68 et 69.
[632] Valerio DE OLIVEIRA MAZZUOLI et Dilton REBEIRO, *The Pro Homine Principle as a Fundamental Aspecto of Internatinal Human Rights Law*, Meridiano 47, 2016, Vol. 17, Disponible (En ligne) : http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/M47e17003/13182 (29 septembre 2018) ; et Yota NEGISHI, *The Pro Homine Principle's Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control*, European Journal of International Law, 2017, Vol. 28, No. 2, pp. 457 – 481.
[633] Antonio TRUYOL Y SERRA, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, Op. Cit., pp. 95 – 96.
[634] Ibid., p. 96. Cfr. *Supra.*

La présence du *jus cogens* a été constante dans l'existence historique du droit international et il y a eu toujours une relation proche entre les deux. Dès le système romain classique aux énonciations philosophiques d'Aristote et de l'école stoïcienne le droit des gens a été traité comme un droit commun[635]. Selon Ziccardi, « l'idée d'un droit universel, supérieur et prééminent par rapport aux droits locaux, obligatoire aussi pour les gouvernements, se retrouve dans certaines constructions plus hardies bien qu'isolées de l'école stoïcienne, et elle préfigure non seulement le droit international mais aussi une organisation internationale proprement dite »[636].

Néanmoins, on peut voir que les valeurs communes mises en relief par le *jus cogens* ont été parfois méconnues ou réduites à leur expression minimale par le droit international interétatique ; ce droit qui a été fondé sur le volontarisme et le consensualisme, dont la souveraineté et l'État deviennent le centre de l'activité juridique et fait de la régulation internationale un va-et-vient des intérêts interétatiques[637].

Mais pourquoi les valeurs communes mises en relief par le *jus cogens* sont importantes pour le droit international humaniste ? Pourquoi un regard rétrospectif sur eux s'avère nécessaire pour sauver cette discipline juridique ? Indiscutablement, la réponse se trouve autour de la relation étroite entre la justice et la raison humaine qu'il y a dans le *jus cogens*, comme piller de la construction de principes généraux de l'humanité, qui progressivement ont aidé à l'unification d'un *corpus juris* contraignant et dérogatoire de tout ce qui à leur encontre. Ces idées ont été transmises dès le début au droit international par les pères fondateurs de la discipline.

Selon Charles de Visscher, « dans l'ordre international comme dans l'ordre interne, les valeurs humaines sont la raison dernière de la règle de droit. Fondées sur des conceptions morales qui sont l'essence même de la civilisation, elles s'imposent à l'État dont la mission est d'assurer leur protection et leur libre épanouissement »[638].

Partant de cette idée et avec un objectif pédagogique, le *jus cogens* peut se définir comme le « droit impératif supérieur à tout autre en ce sens qu'est frappée de nullité toute règle de droit international qui lui est contraire »[639], et qui trouve son fondement dans « les principes de vie sociale fondés sur la nature des choses et en particulier de l'homme »[640]. Le *jus cogens* peut aussi se définir comme le droit de « caractère indérogeable qui, impliquant une limitation matérielle de la liberté normative des États, se démarque de la logique classique du droit international, fondée sur le consensualisme »[641] pour s'introduire dans la téléologie du droit et la réalisation de la justice vis-à-vis des individus.

C'est un tel fondement qui justifie l'appel fait au *jus cogens* pour profiter la mise en évidence du rôle primordial de l'être humain dans le système juridique international à partir

---

[635] Piero ZICCARDI, *Règles d'organisations et règles de conduite en droit international*, Recueil des cours de l'Académie du droit international RCADI, 1976, Vol. 152, p. 172.
[636] Ibidem.
[637] Voir sur le sujet, Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., pp. 217 – 219.
[638] Charles DE VISSCHER, Théories *et réalités en droit international public,* Paris, Pedone, 1970, p. 191.
[639] Charles CHAUMONT, « Mort et transfiguration du jus cogens », *in L'État moderne, horizon 2000 : Mélanges offerts en honneur de Pierre-François Godinec*, Paris, LGDJ, 1985, p. 469.
[640] Antonio TRUYOL Y SERRA, *Doctrines sur le fondement du droit des gens,* Op. Cit., p. 103.
[641] Isabelle FOUCHARD, *Crimes internationaux : entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international,* Op. Cit., p. 304.

de sa raison (*recta ratio*)[642], comme point archimédien pour connaître les principes qu'informe tout le droit. C'est de la pensée des pères fondateurs du droit international qui se retiennent les idées de justice, raison et communauté mondiale, comme possibles principes informateurs du droit[643]. Ils ont été la muse d'inspiration des théoriciens du droit global et la base de leurs propos sur l'existence d'une communauté humaine globale et des intérêts globaux de l'humanité[644].

Tel est le cas de Francisco Vitoria, quand il affirme qu' « une guerre [qui] est utile à une province ou à un État, mais [qui] porte préjudice au bien du monde […], est injuste »[645], ou quand faisant la défense des Indiens américains face l'appropriation de leurs biens par les Espagnols, il assure que « la raison est la chose principale dans l'homme »[646], pour être le point déterminant de leur pouvoir. Ces idées lui ont permis d'aboutir à une conclusion certaine est donc acquise sur les Indiens américains porteurs de raison : « avant l'arrivée des Espagnols, les Indiens avaient un pouvoir véritable tant public que privé »[647].

Pour Vitoria, connu comme père fondateur du droit international, « la volonté humaine n'est pas mue vers un objet sans la médiation de la raison »[648]. Grâce à elle, il est naturel que « chaque sujet de droit doive se comporter en faisant preuve de justice, de bonne foi et de charité »[649].

Ces idées de charité et de justice sont reprises par autre père fondateur, Francisco Suárez, dans la fameuse définition de société internationale, « la communauté du monde entière »[650], à travers laquelle confirme l'existence de valeurs communes dans une communauté internationale qui est en interaction constante, et dans laquelle la survivance de l'État isolé n'est pas imaginable, puisque les individus, tous réunis, établissent plus ou moins des usages que « par la coutume constitue le droit des gens »[651]. Pour Suárez, « le droit des nations est celui qui a une « base rationnelle » tenant au fait que le genre humain est divisé en un grand nombre de peuples et de règnes différents, mais conserve toutefois une certaine unité –non pas simplement l'unité de l'espèce, mais aussi, dans un certain sens, une unité morale et politique–, imposée par le précepte naturel de l'amour du prochain et de la miséricorde »[652].

---

[642] « Le *recta ratio* a été défini, à partir des œuvres de ceux que l'on a surnommés aux XVIe et XVIIe siècles les « fondateurs » du droit international, comme appartenant aux fondements mêmes du droit naturel et, par certains, comme s'y identifiant totalement. La contribution des « fondateurs » du *jus gentium* en ce sens s'est inspirée, en grande partie, de la philosophie scolastique du droit naturel et, en particulier, de la conception aristotélicienne, stoïcienne et thomiste du *recta ratio* et de la justice, lesquelles ont conçu l'être humain comme un être social, rationnel, doté d'une dignité intrinsèque ; la *recta ration* étant devenue indispensable à la survie du droit international lui-même ». Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine,* Op. Cit., p. 91.
[643] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., pp. 9 – 11.
[644] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., pp. 154 – 157.
[645] Cfr. Maurice BARBIER, « Introduction, traduction et notes », *in* Francisco VITORIA, *Leçons sur les indiens et sur le droit de guerre,* Genève, Droz, 1966, p. XLII.
[646] Francisco VITORIA, *Leçons sur les indiens et sur le droit de guerre,* Genève, Droz, 1966, p. 32, § 97.
[647] Ibid., p. 33, § 102.
[648] Francisco VITORIA, *Leçons sur l'homicide,* Paris, Dalloz, 2009, p. 54.
[649] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine,* Op. Cit., p. 91.
[650] Sergio MORATIEL VILLA, *Philosophie du droit international : Suárez, Grotius et épigones*, International review of International Review of the Red Cross, 1997, Vol. 79, No. 827, p. 579.
[651] Louis ROLLAND, « Suarez », *in* Joseph BARTHÉLEMY et autres (Dir.), *Les fondateurs du droit international*, Paris, Panthéon-Assas, 2014, p. 105.
[652] Sergio MORATIEL VILLA, *Philosophie du droit international : Suárez, Grotius et épigones*, Op. Cit., p. 580.

Du *jus cogens* est tiré la primauté de l'être humain dans le droit, mais principalement, dans le système juridique international. C'est grâce à la raison humaine et à la capacité de résoudre les problèmes de la communauté à travers les normes juridiques construites à partir de la justice et la charité humaine, que les individus en tant que membres de la communauté humaine globale donne lieu au *corpus juris* de contenu général, universel, et dérogatoire. Comme bien l'a affirmé Grotius, les questions de droit doivent « se résoudre par les lois non écrites régissant les rapports réciproques des peuples [*jus cogens*], lois qu'on cherchera par les lumières de la raison »[653].

Pour le moment et de manière préliminaire, le *jus cogens* est en soi, le droit susceptible d'être découvert par la raison humaine, le chemin pour arriver à un véritable *jus necesarium*, qui transcende les limites du *jus voluntarium*[654]. C'est le rassemblement des sentiments de justice et charité qui ont tous les humains, qui unis donne naissance à la bonté humaine. Grâce à cette bonté se détermine la construction des normes de caractère générale et universelle, dont toute norme passée ou future, non conforme avec elle sera nulle ; dans la mesure où l'être humain est toujours guidé par sa conscience et le sentiment de justice.

D'après la pensée des pères fondateurs du droit international, le *jus cogens* peut être assimilé à des propositions générales et fondamentales du système juridique, à des principes suprêmes qui, selon Robert Kolb, « par leur généralité et leur degré d'abstraction, par leur perméabilité aux valeurs juridiques et sociales, par la faiblesse de leur expression formelle ou technique, par leur besoin constant d'adaptation aux époques et aux faits des espèces, par la nécessité de concrétisations successives où l'élément législatif de l'activité interprétative s'accroît considérablement, […] se rapprochent plus que toute autre norme juridique du monde des besoins sociaux et des évolutions axiologiques »[655].

Cependant, le *jus cogens* sous cette perspective ne se limite pas aux « principes fondamentaux d'ordre substantiel »[656], à savoir l'anti-agression, l'anti-génocide, l'anti-violation fondamentale des droits de l'homme, l'anti-esclavage, l'anti-violation des normes du droit humanitaire. Il comprend également les « principes d'ordre structurel »[657], par lesquels se pénètre l'architecture suprême de l'ordre juridique et se touche la distribution des pouvoirs, les fondements de la création des normes juridiques, de la personnalité et la responsabilité internationale.

Ainsi, depuis quelques décennies est reprise l'idée de l'existence des normes contraignantes et impératives de caractère générale nommées de nouveau *jus cogens* ou « *new jus gentium* »[658], grâce auxquelles le droit international ne se fonderait plus sur la volonté étatique[659]. Ces normes s'imposeraient à tous les États y compris ceux qui ne les

---

[653] Jules BASDEVANT, « Hugo Grotius », *in* Joseph BARTHÉLEMY et autres (Dir.), *Les fondateurs du droit international*, Paris, Panthéon-Assas, 2014, p. 138 ; et Gerhard HAFNER, *The emancipation of the individual from the state under international law*, Op. Cit., p. 290.
[654] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 10.
[655] Robert KOLB, *Théorie du ius cogens international : essai de relecture du concept,* Paris, Presses universitaires de France, 2001, p. 99.
[656] Ibid., pp. 99 – 100.
[657] Ibidem.
[658] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 24.
[659] À ce propos, une lecture attentive des articles 53 et 64 de la CVDT confirme cette appréciation, dans la mesure où « les règles de *jus cogens* débordent du seul assentiment des parties ». Serge SUR, *La créativité du droit international*, Op. Cit., p. 120.

auraient pas acceptés, et elles ne sauraient admettre de dérogation[660]. La CVDT constate cette affirmation dans son contenu, d'abord par l'article 53 qui établit qu' « est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général »[661] ; ensuite, par l'article 64 qui fixe que « si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin »[662].

En effet, la CVDT s'éloignant de la simple volonté étatique fait « un double renvoi qui met en jeu la coutume internationale générale ». D'après Serge Sur, la Convention le fait « d'abord en indiquant que le *jus cogens* est une norme de droit international général, c'est-à-dire de droit coutumier. Elle le fait ensuite en précisant que le caractère impératif, ou de *jus cogens* de ces normes doit être « accepté et reconnu par la communauté internationale des États dans son ensemble, c'est-à-dire bien au-delà du cercle des parties »[663].

La reconnaissance du *jus cogens* dans le droit positif codifié fait preuve d'un retour juridique à l'anti-volontarisme étatique, germé par le rassemblement de l'humanité dans une communauté globale qui s'est éloignée de l'obstruction des États, avec l'objectif de trouver efficacement la solution à ses problèmes globaux[664]. La présence du *jus cogens* dans toutes les étapes du droit international ne peut pas se nier y compris chez les plus positivistes, comme dans celle où s'est confectionné le droit des traités[665].

Cependant, la période du droit international interétatique où priment les États en mépris des humains, a besoin aujourd'hui d'un regard rétrospectif du *jus cogens*[666]. Ce regard que doit surtout être accompagné par la primauté de l'être humain pour répondre à ce qui paraît être le « développement progressif du droit international et l'affirmation nécessaire de valeurs universelles [de l'humanité] »[667] où l'État et la vision interétatique du droit international semblent être dépassés.

---

[660] Gilbert GUILLAUME, « Jus cogens et souveraineté », *in L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui : Mélanges en honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, p. 127.

[661] Dans le même article 53, la propre Conventionne explique le concept de norme impérative du droit international général : « Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ». Voir sur cet article : Éric SUY, « Article 53, traité en conflit avec une norme impérative du droit international général », *in* Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (Dir.), *Les conventions de Vienne sur les droits des traités : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, t. II, pp. 1905 – 1920 ; et Mark E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the law of treaties*, Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 661 – 678.

[662] Par rapport à l'article 64 de la CVDT voir, Anne LAGERWALL, « Article 64, survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (jus cogens) », *in* Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (Dir.), *Les conventions de Vienne sur les droits des traités : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, t. III, pp. 2299 – 2342 ; et Mark E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the law of treaties*, Op. Cit., pp. 790 –795.

[663] Serge SUR, *La créativité du droit international*, Op. Cit., p. 120.

[664] On rappelle ici, la position réticente des États « occidentaux et autres » à accepter sans réserve la notion de *jus cogens* pendant la codification des règles sur le droit de traités au sein de la Commission de droit international à la fin des années 60's du XXème siècle. Sur cette question, voir notamment, Éric SUY, « Article 53, traité en conflit avec une norme impérative du droit international général », Op. Cit., pp. 1905 – 1920.

[665] Voir sur le sujet, Mark E. VILLIGER, *The 1969 Vienne convention on the law of treaties – 40 years after*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2010, Vol. 344, pp. 135 – 141.

[666] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 15.

[667] Jean CAMBACAU et Serge SUR, *Droit international public,* Paris, Montchrestien, 2004, p. 160.

Pour remettre l'être humain au sommet du système juridique international, le droit international humaniste en vue de la reconstruction du *jus cogens* va se servir de la vision humaine qu'a eue le *jus cogens* depuis longtemps, fondée sur la justice, la bonne foi et le *recta ratio,* mais qu'il a perdue à cause de l'influence du positivisme[668]. Cependant, l'actuel contexte international laisse percevoir quelques proximités entre le droit international humaniste et ce *jus cogens* qu'il faut examiner.

II. Les proximités du droit international humaniste au *jus cogens*

Les proximités du droit international humaniste au *jus cogens* sont nombreuses et se trouvent surtout dans le contenu ontologique et déontologique que chacun partage en faveur de l'être humain, comme le sujet primordial du système juridique. Les principales proximités trouvées sont : *axiologique (1)*, en tant que les deux trouvent des valeurs communes dans l'humanité ; et *téléologique (2)*, puisque le *jus cogens* et le droit international humaniste partagent les mêmes finalités.

1. Proximité axiologique

Dans ce qu'on appelle la proximité axiologique du droit international humaniste au *jus cogens* se trouvent les valeurs.

D'accord aux pères fondateurs du droit international[669], le contenu axiologique de ce droit sert pour lui donner fondement en tant que discipline créée pour régler les relations entre peuples, lesquels, en plus de former une « communauté de valeurs »[670], partagent la singularité d'appartenir à l'humanité.

Les valeurs communes sont la justice, la charité, la bonne foi et la raison humaine. Ils conduisent l'activité juridique de contenu humaniste vers et depuis la primauté de l'être humain, par le fait que celui-ci est son élément le plus précieux. Ces valeurs servent, également, pour guider l'action des autorités publiques vis-à-vis de la chose politique et la citoyenneté[671].

La justice en tant que valeur commune de l'humanité nourrie le droit international humaniste et lui sert d'horizon pour remettre l'être humain au sommet du système

---

[668] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., pp. 16 – 20.

[669] Pour approfondir sur les apports que les pères fondateurs l'ont donné à la discipline du droit international, il faut consulter le nouvel ouvrage des Éditions Panthéon-Assas que revive l'ancienne, mais encore actuelle pensée des théoriciens du droit international apparu en 1904 chez Giard & Brière à Paris. Il s'agit de l'ouvrage connu et intitulé : *Les fondateurs du droit international*. Voir, Joseph BARTHÉLEMY et autres (Dir.), *Les fondateurs du droit international,* Paris, Panthéon-Assas, 2014.

[670] Par rapport à la transition de la communauté internationale à la communauté de valeurs, voir la recherche doctorale de Roger Koussetogue, qui affirme que les deux guerres du XXème siècle ont déclenché une profession de foi dans les droits de l'homme comme valeurs universelles. Roger KOUSSETOGUE, *La pertinence opératoire des droits de l'homme : de l'affirmation universaliste à l'universalité récusée,* Lyon, Université Jean Moulin Lyon 3, 2011.

[671] Manuel HERRERA GÓMEZ, « Cómo gobernar en nuevos escenarios », *in* Rafael DOMINGO, Martín SANTIVÁÑEZ et Aparicio CAICEDO (Coord.), *Hacia un derecho global : Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 40.

juridique[672]. Il est vrai que le sentiment de la justice varie selon les personnes et les périodes de l'histoire, mais comme il est souligné par Verdross, « cela n'empêche pas du tout que la justice comme telle soit une valeur objective et absolue, indépendante de la volonté et du sentiment des hommes. Car ce n'est pas l'homme qui crée les règles de la justice, il ne peut que les constater » [673].

La charité, pour sa part, réveille de l'esprit de tous les hommes la bonté pour affronter les situations plus aiguës de la survivance humaine. La bonne foi, guide de manière permanente la création normative. La raison, enfin, détermine toujours la conscience des êtres humains, et lui permet à l'humanité de trouver la solution adéquate à leurs besoins[674].

Cette proximité axiologique entre le droit international humaniste et le *ius cogens* permet la construction d'un seul et unique *corpus juris humaniste,* caractérisé pour n'être que *ratione personae* et *ratione materiae* car, leur caractère universel oblige à laisser de côté les aspects circonstanciels comme le territoire (*ratione loci*) et le moment des faits (*ratione temporis*) pour réussir une protection réelle de l'être humain.

Sans doute, cette proximité axiologique par la voie de valeurs communes de l'humanité[675], révèle que tant le droit international humaniste que le *jus cogens* considèrent les êtres humains un sujet du droit indépendant avec des intérêts communs qui lui émancipent de leur État[676]. Cette idée est déjà présente dans la pensée de Cançado Trindade, pour lui, le droit international doit s'humaniser, transcender la dimension strictement étatique et englober à toute l'humanité (*societas gentium*), pour aider les individus à s'émanciper de leur propre État[677]. En d'autres termes, le droit international humaniste basé sur le *jus cogens* doit contribuer à ce que l'individu occupe une place centrale dans l'ordre juridique international car, « les êtres humains y ont des droits naturels, opposables à tous, y compris à leur propre État »[678].

Ainsi, le *jus cogens* et le droit international humaniste si bien diffèrent par rapport à l'époque de leur naissance, ils convergent dans la reconnaissance d'obligations internationales *erga omnes* vis-à-vis de l'être humain, faisant de l'État un *outil* de

---

[672] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., pp. 158 – 162.
[673] Alfred VERDROSS, *Le fondement du droit international,* Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1927, Vol. 16, pp. 283 – 284.
[674] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., pp. 158 – 162.
[675] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium (I)*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2005, Vol. 316, pp. 218 et 318.
[676] Participant déjà par exemple, à la formation du droit international et dans la procédure judiciaire internationale. Gerhard HAFNER, *The emancipation of the individual from the state under international law*, Op. Cit., pp. 352 – 368 et 402 – 428. Selon Jean Spiropoulos, au début du XXe siècle le grand obstacle à l'émancipation de l'individu de la toute-puissance de l'État était « le contact direct » avec « la vie juridique internationale ». Jean SPIROPOULOS, *L'individu et le droit international*, Op. Cit., p. 246. Ce contact aujourd'hui existe, l'individu a des droits et d'obligations internationales bien définies. Il manque juste le pas vers la subjectivisation absolue de l'être humain et l'humanité, à travers l' « International law for humankind », le droit international humaniste. Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., pp. 22 – 24.
[677] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 251.
[678] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone, 2012, p. 52. Voir aussi, les idées développées par Jean Spiropoulos sur « la protection de l'individu contre son propre État, dans lesquelles il affirme que le droit des gens doit « prendre sous sa sauvegarde certains éléments du patrimoine juridique de l'individu et en empêcher la lésion même par l'État dont l'individu relève ». Jean SPIROPOULOS, *L'individu et le droit international*, Op. Cit., pp. 199 – 243.

l'accomplissement d'obligations et non leur maître, abandonnant par corollaire, le volontarisme étatique pour se plonger dans un anti-volontarisme *pro homine* et *pro humanité*.

La proximité axiologique entre le droit international humaniste et le *jus cogens* est loin de faire apparaître idéaliste ou utopique la création d'un droit intermédiaire approprié pour affronter la crise actuelle du droit international. Au contraire, cette création est assez réaliste parce que le droit international humaniste part de l'essence de l'humain pour s'éloigner des éléments extérieurs qui font aux êtres humains distincts et qui historiquement n'ont pas permis l'unification d'un *corpus juris* humaniste capable de résoudre les problèmes globaux de l'humanité.

2. Proximité téléologique

La proximité téléologique est aussi visible sur l'analyse comparative entre le droit international humaniste et le *jus cogens*. Tous les deux, en tant que droit, sont une construction de la raison humaine que contiennent implicitement les valeurs communes, et explicitement cherchent la solution aux problèmes de l'humanité et non à la sauvegarde et coexistence des volontés.

S'il y a une identité axiologique par la voie de la justice, il y a aussi une identité téléologique par la voie du bien commun des êtres humains. La sociabilité naturelle de l'homme décrite par Aristote détermine les finalités du droit, les limites à l'action des autorités et des particuliers[679]. Ainsi, le droit a un objectif général : assurer le bonheur et le bien-être de toute l'humanité.

On ne peut pas concevoir, moins encore admettre, une notion du droit éloignée de la réalisation du bien-être. Toute science se justifie pleinement dans la mesure où puisse en profondeur aider à la satisfaction des besoins humains et en proportion à la réponse donnée à celles-ci, elles participent à la réalisation du bien-être de l'homme[680]. Cette réflexion fut intégrée à la Charte des Nations Unies, et c'est pourquoi en vertu de la souveraineté, les États sont liés à l'obligation d'assurer le « bien-être de leur population et vis-à-vis de la communauté internationale » [681].

Si le droit n'arrive pas à résoudre les problèmes juridiques de la société avec justice et cherchant le bien commun, il perd sa raison d'être, son fondement existentiel, sa légitimité. C'est le cas du droit international interétatique, qui pour être immergé dans les affaires des États, a eu du mal à résoudre avec justice les problèmes de la communauté humaine globale, causant leur propre crise[682].

Le droit international humaniste comme alternative au droit global sait que la solution pour surmonter la crise frappant du droit international interétatique, se trouve dans la réalisation du bonheur et du bien-être commun, bien compris et voulus par le *jus cogens.*

---

[679] ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque,* Paris, J. Vrin, 1997, IX, 9, 1169 b, 15 – 20, pp. 461 et 462.
[680] La science du droit n'échappe pas à ce postulat, pour cela elle se justifie grâce à la satisfaction des besoins de justice et sécurité juridique réussites par le droit. Luis PONCE DE LEÓN ARMENTA, *Teología y fundamentos de la investigación del derecho*. Boletín mexicano de derecho comparado, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, No. 69, pp. 929 – 930.
[681] Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (I)*, Op. Cit., p. 463.
[682] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., pp. 53 – 55.

Enfin, les proximités entre le droit international humaniste et le *jus cogens*, ont une connexion permanente et existentielle pour la refonte de l'ordre juridique international, principalement, parce que le bonheur et le bien-être de l'humanité ne peuvent pas être une réalité s'ils ne sont pas accompagnés par le sentiment général de justice, et parce que la justice peut se concrétiser seulement dans la mesure où elle peut aboutir au bonheur et au bien-être. Il en est ainsi qu'il se montre nécessaire la refonte du système juridique international restructuré par le droit international humaniste.

Section 2 : La refonte du système juridique international restructuré par le droit international humaniste

La mise en place du droit international humaniste, comme qu'alternative au droit global, basé sur le regard moniste du droit international et sur une relation de proximité avec le *jus cogens*, oblige l'analyse minutieuse de sa structure.

Indiscutablement, le droit international humaniste n'envisage pas un bouleversement de la régulation internationale mais un changement essentiel des paradigmes. Une refonte du système juridique international à partir de deux piliers, *la pyramide humaniste comme solution au problème de la normativité excessive mais ineffective du droit international (§ 1)* et le développement du concept *d'État-outil comme solution à la crise de l'État-nation (§ 2),* malgré les forts arguments du droit global en faveur de son affaiblissement initial pour sa disparition postérieure[683], car si « la crise de l'État est une certitude, l'annonce de sa mort est à l'évidence infondée »[684].

§ 1 : La pyramide humaniste : solution au problème de la normativité excessive mais ineffective du droit international

Le droit international humaniste s'inspire des critiques formulées par le droit global au droit international interétatique et sa structure ne les ignore pas. La pyramide humaniste proposée par ce droit alternatif tient compte des orientations données par la pyramide sociale du droit global, gardant toujours l'idéal de primauté et de protection maximale de l'être humain. L' « humanisation du droit international » doit commencer par corriger les erreurs de la pyramide normative dans la mise à l'écart du rôle primordial de l'être humain et de l'humanité dans les systèmes juridiques, puisqu'ils sont devenus assez *normo-centristes* au mépris constant de l'essence *anthropocentrisme* du droit[685].

Le problème de la normativité excessive du droit international interétatique dont l'être humain se volatilise, pourrait trouver une solution à travers *la pyramide proposée pour le droit international humaniste (A)* et grâce à laquelle, on pourrait évaluer *les apports qu'une telle issue amènerait au système juridique international (B)*.

---

683 Voir *supra* Ière partie, Titre I, Ch. 1, Section 2, § 1.

684 Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souveraineté : essai sur la formation du droit international,* Op. Cit., p. 305.

685 Antônio CANÇADO TRINDADE, *Os Tribunais internacionais e a realização da justiça,* Op. Cit., pp. 199 – 205.

A. La pyramide humaniste proposée pour le droit international humaniste

Le droit international humaniste requiert une nouvelle pyramide qui puisse transformer transcendantalement la forme *normo-centriste* adoptée par le droit international interétatique. De la sorte, en accord avec les préceptes du droit global, la place occupée aujourd'hui par l'État dans la pyramide normative doit être prise par l'humanité, et celle qu'occupe la norme fondamentale hypothétique, par l'être humain en tant que sommet du système juridique[686].

Pour mieux comprendre la pyramide humaniste ici proposée, il faut rappeler qu'elle tient compte des critiques que les théoriciens du droit global ont faits de l'État et du droit international fondé sur le volontarisme étatique[687].

En conséquence, la pyramide humaniste se présente comme une solution intelligente pour faire face à la crise du droit international et faire rempart à la prétention de la suppression de l'État par les théoriciens du droit global. La pyramide proposée n'envisage pas la défense ni la souscription aveugle à aucune théorie, elle cherche simplement la remise de l'humanité et de l'être humain dans la place privilégiée du système juridique international pour que la création normative ne soit pas incongrue avec les besoins de la société mondiale. Pour cela, la pyramide humaniste profite des apports donnés par la théorie du droit global.

L'idée d'un droit international plus humain avec une nouvelle pyramide du droit est essentielle pour que l'être humain puisse constituer le centre du droit dans toutes ses dimensions, comme un être rationnel, conscient et libre. La structure pyramidale humaniste aura trois angles bien définis, elle aura aussi trois parties telle que la pyramide normative, mais avec une configuration différente. La nouvelle construction pyramidale consiste à substituer *l'humanité aux États, comme la base de la pyramide normative (I)* puis, à *remplacer la norme juridique, qui se trouve au milieu de cette pyramide, par l'État et sa capacité normative (II)* et enfin, à intégrer *l'être humain comme le sommet pyramidal*, le substituant à la norme fondamentale hypothétique « *Grundnorm » (III)*.

I. L'humanité comme la base pyramidale inspirée du droit global

On doit bien imaginer que dans cette figure géométrique la partie inférieure doit être la plus vaste. Forcément, elle sera l'endroit idéal pour placer à l'humanité, comme un unisson, qui malgré les différences des membres qui la composent, se trouve comme une unité à partir du patrimoine commun de tous les êtres humains[688]. Cette partie « sera élastique, flexible, comme l'humanité elle-même, elle peut augmenter ou diminuer sa taille dans la mesure du plus ou moins de personnes dans l'univers-monde »[689].

L'emplacement de l'humanité dans la base pyramidale s'explique à partir de l'évolution chronologique de l'être humain, dont la sociabilité naturelle est un facteur définitif. À cet effet, « l'étude sociologique de la vie montre que le milieu social où l'homme

---

686 Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., p. 149.
687 Voir *supra* Ière partie, Titre I, Ch. 1, Section 2, §§ 1 et 2.
688 Emmanuelle JOUANNET, *L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des États et de la communauté mondiale*, Op. Cit., pp. 198 – 202.
689 Rafael DOMINGO, *La pirámide del derecho global,* Op. Cit., p. 32.

vit et agit ne cesse de grandir. Au début, c'est la famille. Ce groupement originaire, se réunissant à des groupements similaires, forme le clan. La réunion des clans donne la cité. À leur tour, les cités fusionnent dans les États et ceux-ci tendent à former des groupements plus vastes dont la réunion finira par englober le genre humain tout entier »[690].

Cette explication sociologique extrapolée au monde juridique, aide à la compréhension de la pyramide humaniste comme une sorte de concrétion de la dernière étape évolutive de l'être humain vers la réalisation de sa pleine sociabilité, à savoir, la communauté universelle. Ainsi, l'on peut constater avec Nicolas Politis que « la civilisation actuelle en est arrivée à la préparation du dernier terme de cette longue évolution. Constitués depuis plusieurs siècles déjà, les États ont commencé à se grouper entre eux en fédérations régionales ou continentales, avec la tendance de se réunir dans une communauté universelle dont la Société des Nations [ou la notion de communauté internationale] ne fournit encore qu'une très imparfaite ébauche »[691].

Incontestablement, la naturelle sociabilité de l'être humain a attiré l'intégration progressive du genre humain jusqu'à former une communauté humaine globale, dont ses membres se sentent impliqués aux problèmes de la même extension et connotation globale et qui, de plus en plus, pensent à de solutions mondiales. Un enseignement sur ce sujet se dégage toujours de l'œuvre de Nicolas Politis. « Le passage d'un groupement inférieur à un groupement supérieur s'opère par une série d'étapes successives et de réformes superposées. La formation d'un groupement supérieur ne fait pas nécessairement disparaître les groupements inférieurs dont elle procède. Elle en modifie seulement le rôle et les relations extérieures. L'homme continue à vivre dans eux tout en étendant son activité qui se modifie à mesure que le nouveau groupement prend plus de consistance et de solidité. Dans le passage de la famille à l'État, les relations humaines restent quelque temps interfamiliaux avant de devenir proprement étatiques ou nationales »[692].

Actuellement, on peut voir que les relations interétatiques se maintiennent dans le temps et que l'attachement des individus à une identité étatique est encore une réalité qui n'est pas en harmonie avec l'idée de suppression de l'État. Il existe mais progressivement, et on le voit déjà, le groupement global prendra plus de consistance et de solidité jusqu'à devenir une concrète communauté humaine globale.

Si l'humanité devient la base de la pyramide, le système juridique international sera construit par elle en raison de leurs intérêts et non par les États à mesure de leurs besoins étatiques. Cette nouvelle configuration, permettra d'affaiblir l'action manipulatrice des États à l'égard d'autres sujets du droit international, pour ainsi renforcer le concept de l'État au service exclusif de l'humanité tout entière.

II. L'État et sa capacité normative, au milieu

Suivant l'analyse de la configuration de la nouvelle structure pyramidale, au milieu de la pyramide se place l'État –et sa capacité normative–. Grâce à ce nouvel emplacement, différent de celui dans la pyramide normative de l'école de Vienne et la théorie de la structure

[690] Nicolas POLITIS, *Les nouvelles tendances du droit international*, Op. Cit., p. 71.
[691] Ibidem.
[692] Ibid., p. 72.

échelonnée du système juridique, la force nocive de la pyramide kelsenienne, qui ignorait et laissait en dehors de sa régulation l'être humain, perdra toute importance ; elle deviendrait un élément formel et non plus substantiel du système juridique[693].

Avec la nouvelle pyramide, l'on propose de corriger l'excessif rôle de l'État comme le sujet principal du droit international, pour placer de nouveau au sommet du système juridique à l'être humain, comme il a été le cas auparavant dans le *jus cogens* de Vitoria[694], et utiliser l'État ainsi que les normes juridiques comme un *outil*, un moyen, et non plus comme une fin en elle-même, pour garantir la protection de l'humanité et de l'être humain[695]. « L'État, de frein, devient moteur ; l'ordre juridique, d'une mosaïque de normes, devient un tout dominé par le noyau que sont les droits fondamentaux »[696].

L'État, compris comme un outil, utilisera sa capacité normative pour régler les problèmes globaux avec les normes juridiques déterminées par l'humanité, sans perdre jamais de vue que l'être humain est la raison de toute régulation normative et que l'État est créé pour garantir la protection des libertés fondamentales des individus autant que le bien-être et le bonheur de l'humanité[697].

L'idée de l'État comme milieu pyramidal, pour laquelle on sauve son existence et sa capacité normative, n'est pas destinée à ignorer ou invalider les critiques et les développements proposés par et depuis le droit global. Au contraire, on reconnaît l'importance des remarques du droit global vis-à-vis de l'État et du droit international interétatique, et c'est à partir de celles-ci, qu'on considère que l'État est nécessaire pour mettre en place le droit international humaniste.

III. L'être humain comme le sommet

La nouvelle pyramide ne pourrait être une réalité sans intégrer à son contenu le principal sujet du droit international humaniste : l'être humain. Influencés par le *jus cogens* et sa vision humaine du système juridique, on voit nécessaire que l'être humain substitue du sommet pyramidal à la « *Grundnorm* », et que le fondement métaphysique du droit soit plus réaliste et moins idéaliste que celui de l'école de Vienne.

---

[693] Rafael DOMINGO, *La pirámide del derecho global,* Op. Cit., p. 32.

[694] On reprend ici la conclusion faite, sur Francisco Vitoria par rapport au droit des gens, par Slim Laghmani dans son étude sur l'histoire de ce droit. « Le droit des gens a toujours été un droit des peuples autant qu'un droit des individus et Vitoria n'a jamais considéré l'État comme sujet exclusif du droit des gens. Bien au contraire, serions-nous tentés de dire, la conception que Vitoria se fait du droit naturel porte à croire que les individus sont les sujets par excellence du droit des gens ». Slim LAGHMANI, *Histoire du droit des gens : du jus gentium impérial au jus europaeum,* Paris, Pedone, 2004, p. 90.

[695] Jean SPIROPOULOS, *L'individu et le droit international*, Op. Cit., p. 258.

[696] Constance GREWE et Hélène RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens,* Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 176. Jusqu'ici, on peut prévoir une interaction constante entre l'humanité, la pyramide normative et l'être humain. Cependant, pour bien accomplir cette interaction le milieu de la pyramide sera toujours attentif à tenir compte des directives de l'humanité.

[697] Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (I)*, Op. Cit., p. 463. Jusqu'ici, on peut prévoir une interaction constante entre l'humanité, la pyramide normative et l'être humain. Cependant, pour bien accomplir cette interaction le milieu de la pyramide sera toujours attentif à tenir compte des directives de l'humanité.

Il ne faut pas oublier que « la personne humaine est le protagoniste du droit, le sujet du droit par excellence »[698] ni que « tout droit a été constitué à cause des hommes »[699]. L'on peut affirmer par conséquent, « que le droit procède de la personne »[700] et qu'elle est « porteus[e] du droit, avec l'indépendance de l'espace et le lieu où elle se trouve »[701]. Une preuve de cette affirmation se rencontre dans la notion des droits de l'homme et son élargissement progressif, qui voit dans l'individu le centre de sa régulation[702].

Si on place au sommet de la pyramide l'être humain, il cessera d'être un sujet parallèle impotent de la régulation juridique comme il l'est actuellement dans la pyramide normative[703]. L'être humain deviendra le sujet déterminant du système juridique international et sa primauté sera toujours présente dans la normativité internationale. Dans ce sens, toute norme qui porte atteinte à ses intérêts et besoins, sera contraire au système juridique et par conséquent nulle[704].

Ainsi, la primauté de l'être humain dans le système juridique serait considérée le fondement ontologique du droit international humaniste, tel que l'est déjà dans certaines institutions des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme mais qui devient ainsi un principe général.

De la même manière, la primauté de l'être humain serait la base fondamentale du concept de l'*État-outil* de l'humanité, dans son rôle de protection non seulement des droits de ses ressortissants mais aussi de tout le genre humain dès lors que ses normes auront une fonction instrumentale[705]. De cette façon, la pyramide humaniste se présente comme une réponse rationnelle à la crise que rencontre le droit international interétatique, et qui discrédite son existence.

La pyramide humaniste, est une réforme de la structure du système juridique basée jusque-là sur la pyramide normative construite par le positivisme, et qui trouve ses sources dans le *jus cogens* et dans l'idée de la primauté de l'être humain[706]. Il devient dès lors impératif d'analyser les apports de cette nouvelle pyramide humaniste au système juridique international.

---

[698] Rafael DOMINGO, *La pirámide del derecho global,* Op. Cit., p. 37.
[699] Cf. HERMOGENIANO, Digesto 1.5.2 : « *cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit...* ».
[700] Rafael DOMINGO, *La pirámide del derecho global,* Op. Cit., p. 37.
[701] Ibidem.
[702] Michel REISMAN, *The quest for world order and human dignity in the twenty-first century : constitutive process and individual commitment*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2012, Vol. 351, pp. 289 – 302. Voir aussi *supra* Ière partie, Titre I, Ch. 2, Section 1, § 2.
[703] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., pp. 123 – 126.
[704] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., pp. 134 – 138 et 291
[705] D'après la conception du *totus orbis* ou de la *civitas maxima gentium* du droit naturel, l'ancienne *polis*, comprise soit comme un État soit comme toute autre forme d'organisation sociopolitique, « a été conçue et mise en place pour la personne humaine et non à l'inverse ». Antônio CANÇADO TRINDADE, *Opinion dissidente dans l'affaire sur la conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, CIJ, Affaire sur la conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, Avis consultatif, 22 juillet 2010, § 76.
[706] Des antécédents sur ce sujet on peut déjà les trouver dès le début du XX siècle chez la pensée du M. Spiropoulos, qui voyait dans le *jus cogens* le droit appelé « à remplacer en grande partie celui du droit étatique et à assumer la protection immédiate de l'individu ». Jean SPIROPOULOS, *L'individu et le droit international*, Op. Cit., p. 247.

B. Les apports de la pyramide humaniste au système juridique international

Les apports qu'une telle configuration juridique amènerait au système international tiennent compte des aspects critiques de ce système tels que formulés par le droit global[707] et auquel le droit international humaniste se propose comme solution, en gardant dans tous les cas, l'existence de l'État ainsi que sa capacité normative, mais les subordonnant aux intérêts de l'être humain et l'humanité. Construits sur la base de la pyramide sociale, les apports du droit international humaniste seraient, d'une part, *la suppression de la politisation du droit international (I)*, permettant, d'autre part, *l'établissement d'un nouveau jus gentium* concret et effectif dont la finalité est la pleine protection des droits et intérêts de l'être humain *(II)*.

I. La suppression de la politisation

L'un des principaux apports de la nouvelle pyramide humaniste tient à voir avec la question récurrente et déjà exposée de la politisation du droit international, classique phénomène qui anéantit le droit international et réduit son action à la régulation des intérêts interétatiques, mélangés avec des intérêts particuliers[708].

Le droit international humaniste considère que le remède à la politisation que vit le droit international passe par la refonte de la structure de la pyramide normative kelsenienne[709] ; celle qui par la primauté donnée aux intérêts étatiques dans les relations internationales est la preuve que sa configuration, plaçant l'État dans la base pyramidale, n'a pas été le meilleur choix.

Une fois l'ordre juridique international régi par la pyramide humaniste soit en fonctionnement, les problèmes globaux qui affectent l'humanité tout entière seront prioritairement considérés dans l'agenda international et laisseront s'en volatiliser dedans les intérêts étatiques[710].

À partir de ce moment, ce sont les intérêts de toute l'humanité qui prévaudront dans l'ordre juridique international même s'il y a des États réticents. Le « veto » et la politique de manipulation des politiques internationales, n'auront plus d'espace dans ce nouvel ordre juridique, puisque l'État, remplacé par l'humanité et devenu un outil pour la réalisation des intérêts communs de l'humanité, n'aura ni le pouvoir ni la capacité de restreindre ou d'empêcher l'accomplissement des intérêts de l'humanité[711].

De cette manière, la suppression de la politisation dans le droit international humaniste prévoit de conséquences positives pour l'humanité en général et, pour l'être humain en particulier. Par exemple, les décisions sur l'occupation des territoires, l'exploitation de ressources naturelles, la politique agroalimentaire pour éradiquer les famines du monde, la recherche de nouvelles énergies, la gestion de déchets toxiques et radioactifs et la pollution

---

[707] Voir *supra* Ière partie, Titre I, Ch. 1, Section 2.
[708] Cfr., déjà exposée *supra* Ière partie, Titre I, Ch. 1, Section 1.
[709] Hermann HELLER, *La crise de la théorie de l'État*, Op. Cit., p. 29.
[710] Voir *supra* Ière partie, Titre I, Ch. 1, Section 1.
[711] Voir *infra* Ière partie, Titre I, Ch. § 2, Section 2, § 2.

de l'environnement qui concernent toute l'humanité, seraient prises en consensus par la communauté humaine globale sans le blocage de quelques États[712].

L'élimination des effets déshumanisants de la politisation serait un avantage concret de la pyramide humaniste. On doit se souvenir que la faille la plus grave de la politisation du droit international s'est présentée dans la globalisation économique, lorsque les États et leurs autorités, ont fait un maximum pour sauver le marché globalisé et rendre la confiance à celui-ci sans faire une politique sociale pour rendre la confiance aux personnes, mettant en péril le respect de la dignité humaine[713]. Aussi, se fait ainsi sentir « la nécessité urgente d'un humanisme juridique pour lutter contre les effets déshumanisants de la mondialisation du marché » qui ne s'est pas accompagnée d'une globalisation des droits de l'homme[714].

Il ne faut pas oublier que la globalisation économique a offert de formidables perspectives pour l'avenir, mais jusqu'à présent, ses avantages ont été inégalement répartis tandis que son prix à payer a été supporté par tous[715]. La globalisation n'a donc pas supprimé la politisation du droit international, au contraire, elle s'est bien adaptée à ce phénomène en accentuant les différences sociales. Le binôme globalisation-politisation a produit beaucoup d'inégalités, surtout, de type social et économique où les écarts ne s'arrêtent pas, laissant dans son parcours des milliards d'individus exclus, devenus des personnes « sans droits » telles que définies par Etienne Tassin[716].

Supprimer la politisation signifie par corollaire, supprimer les effets déshumanisants d'une globalisation du marché dirigée par la soif de quelques intérêts étatiques, où les normes juridiques ont servi d'instrument pour légitimer les décisions contraires à l'humanité, en sacrifiant le bonheur et le bien-être général pour le bonheur et le bien-être de quelques-uns. Sans la politisation, la globalisation du marché au lieu de laisser de milliards d'exclus et de sans droits doit « devenir une force positive pour tous les peuples du monde […] elle doit certes s'appuyer sur les dynamiques du marché mais elle doit aller bien au-delà. Elle doit nous servir à bâtir ensemble un avenir meilleur pour l'humanité entière, dans toute sa diversité »[717].

À travers la pyramide humaniste et donc la suppression de la politisation, il y aurait une opportunité de faire primer de nouveau à l'être humain dans le droit international et de mettre l'État et les normes juridiques à leur service exclusif[718]. Avec la mise en place de la pyramide humaniste il y aura un humanisme juridique où la globalisation des droits

---

712 Bien sûr avec l'évaluation préalable des aspects positifs et négatifs qu'une telle décision aurait pour la communauté humaine globale. De cette manière, on croit que le partage des bonnes comme des mauvaises choses serait complet, mesuré et équilibré pour tous les membres de cette grande communauté globale.

713 Philippe GOSSERIES, *L'humanisme juridique : droits national, international et européen,* Bruxelles, Lancier, 2013, p. 42.

714 Ibidem.

715 UN. GENERAL ASSEMBLY, *Rapport du millénaire du Secrétaire des Nations Unies : Nous, les peuples : le rôle des Nations Unies au XXIe siècle,* Op. Cit., § 13.

716 On reprend l'idée des personnes « sans droits » évoquée par Étienne Tassin, faisant allusion à la figure de l'étranger, parce que dans la globalisation du marché sans contrôle, la plupart de la population devient des personnes « sans droits » où prime la loi du plus fort et les intérêts particuliers sur les intérêts de la communauté globale. Étienne TASSIN, *Un monde commun : pour une cosmo-politique des conflits*, Paris, Seuil, 2003, pp. 265 – 291.

717 UN. GENERAL ASSEMBLY, *Rapport du millénaire du Secrétaire des Nations Unies : Nous, les peuples : le rôle des Nations Unies au XXIe siècle,* Op. Cit., § 14.

718 Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., pp. 61 – 65.

fondamentaux de l'homme serait l'instrument pour placer l'être humain dans le « centre de gravité » des préoccupations du système juridique[719].

II. L'établissement d'un nouveau *jus gentium*

Depuis sa genèse lointaine le *jus cogens* a été conçu sous l'idée centrale « que le droit ne se réduit pas à celui propre (*jus proprium*) de chaque *civitas*, mais au contraire qu'il existe un droit commun à tous les hommes »[720]. Par le biais de l'école du droit naturel, le *jus cogens* a eu une reconstruction en tant que système de droits fondamentaux, précisant que sa régulation « ne dépend pas *seulement* de la vérification d'une volonté adéquate des États, mais dépend avant encore des principes du droit naturel »[721]. Ainsi le *jus cogens* dans son actualité est identifié par Cançado Trindade comme celui qui contient les principes généraux du droit d'ordre matériel qui servent aux intérêts supérieurs de la communauté internationale dans son ensemble[722].

Cependant, il faut que le *jus cogens* s'étende plus à une « perspective universelle humaniste »[723] afin qu'il réponde tant aux aspirations de la communauté internationale qu'aux nécessitées sociales de toute l'humanité[724]. Cette extension est appelée par Cançado Trindade « New Jus Gentium » ou « International Law for Humankind »[725]. Pour le juge à la CIJ, le nouveau *jus gentium*, dont le chemin a été pavé par le *jus cogens*, reflète l'idée d'une justice objective, consubstantielle avec le système juridique national et international lui-même, et l'incarnation des valeurs supérieures qui peuvent accomplir les aspirations de l'humanité dans son ensemble[726].

C'est pourquoi l'autre apport principal de la pyramide humaniste est de permettre, à partir de l'interaction permanente entre les deux extrêmes de la nouvelle structure pyramidale, l'être humain et l'humanité, l'établissement du nouveau *jus gentium*.

Dans la pratique, la mise en place du système juridique conçu par la pyramide humaniste donne lieu à une interaction entre les problèmes que concernent à toute l'humanité et la primauté de l'être humain, pour permettre de trouver des solutions globales à ceux-ci, ainsi que de rendre possible la reconstruction d'un véritable *jus gentium*. Cette interaction, recherche la formation d'une ligne de communication directe entre les besoins des êtres humains et les désirs de l'humanité dans son ensemble, pour la construction de politiques globales[727], fondées sur le caractère impératif de la règle du droit, afin de réussir la réalisation de la justice, sans que les intérêts étatiques soient au milieu[728].

---

[719] Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (II)*, Op. Cit., pp. 175, 504 et 505.
[720] Piero ZICCARDI, *Règles d'organisations et règles de conduite en droit international*, Op. Cit., p. 169.
[721] Ibid., p. 203.
[722] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 310 ; et Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international contemporain et la personne humaine*, Revue générale de droit international public, Paris, Pedone, 2016, Vol. 120, No. 3, pp. 497 – 514.
[723] Robert KOLB, *Peremptory International Law – Jus Cogens : A General Inventory*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 42.
[724] Ibidem.
[725] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 310.
[726] Ibid., p. 311.
[727] Robert J. JACKSON, *Global Politics in the 21st Century*, New York, Cambridge University Press, 2013, p. 123.
[728] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 311.

Pour arriver à la construction des politiques publiques communes et globales qui satisfassent les désirs de l'humanité dans son ensemble, le nouveau *jus gentium* tient compte des développements faits autour de l'être humain pour toutes les disciplines du droit international. Il prend principalement en compte les développements qui ont été réalisés dans le droit international humanitaire, pour reconnaître la primauté de l'être humain comme bénéficiaire direct des obligations internationales indépendantes de la volonté des parties contractante[729], le droit international des droits de l'homme avec le principe *pro homine* pour appliquer le droit le plus favorable à la personne humaine[730], et le droit international pénal avec la « compétence universelle »[731] en matière des jugements de crimes contre l'humanité[732].

Cet apport de la pyramide humaniste est très important dans la mesure où le nouveau *jus gentium* accomplit un rôle de reflet dans toute la pyramide humaniste, principalement en son milieu où se trouvent l'État et sa capacité normative. Grâce au nouveau *jus gentium* les États pourront, comme outil de l'humanité et de l'être humain, l'unification du *corpus juris humaniste* par le biais de leur législation, respectant les différences de chaque communauté et en concrétant l'universalisation du droit dès la diversité.

C'est ainsi que le nouveau *jus gentium*, devient la norme principale dans la pyramide humaniste, sans retourner à la mauvaise pyramide normative où l'être humain a perdu son importance. En effet, dans le droit international humaniste l'être humain garde sa primauté, grâce aux directives données en permanence aux États par le nouveau *jus gentium*. Ce nouveau droit aide à identifier constamment les droits et les principes qui font partie du patrimoine commun de l'humanité et à garantir la transmission aux ordres juridiques nationaux de nouveaux droits et principes reconnus.

Les normes du nouveau *jus gentium* sont conçues comme des « lois fondamentales de l'humanité »[733] pour avoir une fonction « subjective », permettant la protection de la

---

[729] Sur le sujet on a les articles 6 de la Convention de Genève I (pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949) ; la Convention de Genève II (pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949), et la Convention de Genève III (relative au traitement de prisonniers de guerre du 12 août 1949), lesquels établissent une prohibition générale pour empêcher qu'à travers les accords spéciaux, exerçant la volonté étatique, les parties contractantes puissent porter préjudice sur la situation des blessés, malades, naufragés, et prisonniers. On a aussi pour sa part, l'article 7 de la Convention de Genève IV (relative à la protection de personne civiles en temps de guerre), lequel établit la même interdiction mais à faveur des personnes protégées. COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE, *Les conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, 1995.

[730] Voir *supra* Ière partie, Titre I, Ch. 2, Section 1, § 2, A. II.

[731] On peut voir avec l'étude faite sur les crimes internationaux par Isabelle Fouchard, l'existence d'une étroite relation entre la globalisation, l'évolution de la société internationale et la compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité. Une preuve de la création progressive d'un *corpus juris humaniste universel* en faveur de la protection de l'humanité en général. Isabelle FOUCHARD, *Crimes internationaux : entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international,* Op. Cit., pp. 147 – 163. Voir aussi, David CHILSTEIN, *Compétence universelle et justice pénale internationale : observations sur les ressorts d'une articulation* complexe, Le droit pénal : la bioéthique en débat. Archives de philosophie du droit, Paris, Dalloz, 2010, tome 53, pp. 118 – 129.

[732] Ana PEYRÓ LLOPIS, *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité,* Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 75 – 84 et pp. 127 – 131.

[733] On comprend par lois fondamentales de l'humanité les normes juridiques « dont la violation entraîne automatiquement l'inintelligibilité et l'inapplicabilité de l'ensemble des « lois de l'humanité ». Catherine LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, Op. Cit., p. 155.

personne, et une fonction objective, dans la mesure où elles participent à la mise en place de l' « ordre public de l'humanité » »[734].

Ces normes du nouveau *jus gentium*, conçues comme « lois fondamentales de l'humanité », ont trois caractéristiques précises : promouvoir l' « *humanité-philanthropie* », avoir une « *nature humaine* », et être un droit du *« genre humain* »[735], de telle sorte que leur violation atteinte directe et automatiquement à toute l'humanité. Le nouveau *jus gentium* est aussi inconditionnel, « transtemporel et transspatiale »[736], autrement dit, valable en tout temps, en tout lieu et sans aucune condition. Cependant, il ne faut pas croire qu'il est statique, au contraire, il est assez dynamique grâce au caractère divers et variable des problèmes de la communauté humaine globale.

Le plus important de l'apport de la pyramide humaniste, avec l'établissement du nouveau *jus gentium,* est la levée des obstacles normatifs (légaux, constitutionnels ou conventionnels) qui empêchent ou rendent difficile la concrétisation de la justice. La « perméabilité juridique »[737] permanente du droit international humaniste aux ordres juridiques internes entraîne l'harmonisation constante du droit étatique avec le nouveau *jus gentium,* mettant des limites au volontarisme étatique et « permettant ainsi l'émancipation juridique de la personne humaine vis-à-vis de son propre État »[738], pour ériger à l'être humain en sujet de droit international indépendant et autonome.

Parmi les obstacles conventionnels résolus par l'établissement du nouveau *jus gentium* se trouvent la non-ratification par l'État d'instruments conventionnels et la ratification avec des réserves qui de manière directe ou indirecte portent atteinte aux droits de l'humanité ; or, dans la pyramide humaniste ces normes ne seraient que l'affirmation des règles coutumières plus anciennes du *jus cogens* qui ne peuvent être méconnues par aucun acteur ni sujet du système juridique international et desquelles s'inspire le droit international humaniste.

Parmi les obstacles constitutionnels qui seront résolus se trouvent l'infra-constitutionnalité ou l'infra-légalité du droit international et la souveraineté absolue revendiquée par quelques ordres juridiques étatiques. Dès lors que l'État est substitué de la base pyramidale par l'humanité, la théorie volontariste perd force, rigueur et vigueur[739]. Ainsi,

---

[734] Catherine LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public,* Op. Cit., pp. 154 – 155. Cfr. Frédéric SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y-a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme », *in Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 385.

[735] Ibid., p. 155.

[736] Ibidem.

[737] Mireille DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun,* Paris, Seuil, 1994, p. 271.

[738] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Évolution du droit international au droit des gens : L'accès des individus à la justice internationale, Le regard d'un juge,* Paris, Pedone, 2008, p. 131. Voir aussi, Jean SPIROPOULOS, *L'individu et le droit international*, Op. Cit., p. 247.

[739] Sur la théorie volontariste et ses limites, il faut dire que tant la Cour IDH comme la Cour EDH ont joué un rôle précurseur imposant des limites au volontarisme étatique, protégeant de cette manière et l'intégrité des mécanismes de protection de leurs conventions. Selon le juge de la CIJ Cançado Trindade, « elles ont affirmé la prépondérance des considérations d'ordre public face à la volonté de tel ou tel État, ont élevé les exigences relatives au comportement de l'État, et ont instauré un certain contrôle sur la présentation des restrictions excessives par les États à sa compétence ou à l'exercice du droit individuel de pétition internationale. Les deux Cours ont, de façon rassurante, mis en valeur le statut des individus en tant que sujets du droit international des droits de l'homme, en leur reconnaissant la pleine capacité sur le plan procédural ». Ibid., pp. 130 – 13.

il est impossible qu'un État puisse faire primer son droit interne à l'égard du droit international humaniste, moins encore quand entre l'un et l'autre ne puissent pas avoir de différences.

Suivant l'esprit du juge ad hoc de la Cour IDH, Ramón Cadena Rámila, l'établissement du nouveau *jus gentium* est relevant dans la mesure où il se fait par la voie de l'unification des « principes et de coutume internationale que représentant le minimum d'humanité applicable en tout temps, en tous lieux et en toutes circonstances, valables même pour les États qui ne sont pas parties des conventions, par le fait qu'ils expriment la coutume des peuples et le comportement que doivent observer les États »[740].

Ainsi, l'établissement d'un nouveau *jus gentium* est un moyen de sauvetage du droit international en crise. La reconfiguration des paramètres du droit international en crise est traduite dans le droit global comme structurelle du fait de la présence de l'État. Mais tandis que les tenants du droit global croient que l'État doit succomber face à la crise[741], d'autres, tel que Jacques Chevalier, pensent que malgré le discrédit, « l'État reste au principe de la formation des identités collectives et constitue toujours le lieu privilégié d'encadrement et de régulation des rapports sociaux »[742].

Sur cette question, l'on estime que l'État aussi peut avoir une opportunité de survie par la reconfiguration de sa fonction et de sa présence s'il se reconnaît en tant qu'outil de l'humanité et de l'être humain.

§ 2 : L'État-outil : solution à la crise de l'État

L'idée de supprimer l'État mis en exergue par le droit global[743] suppose de résoudre de problèmes réels et sérieux dont l'aboutissement n'est point évident. Au niveau administratif et organisationnel, par rapport au type d'administration envisagée par le droit global pour le remplacement de l'État. Au niveau fonctionnel, par la manière de faire fonctionner une nouvelle structure globale ainsi que de trouver les accords respectifs des membres de la communauté humaine pour légitimer les mesures qui seront prises[744].

On n'a pas la certitude à la lecture des données de la théorie du droit global que la suppression de l'État voulue par le droit global ait par conséquent immédiate la mise en place du gouvernement de l'humanité « *government of humanity* »[745], basée sur une fédération de l'humanité qui regroupe les États ou regroupe les individus[746].

On ne sait pas dans le détail comment l'Humanité Unie, « *United Humanity* », comme l'organisation globale appelée à substituer les Nations Unies, va réussir la mise en fonctionnement du Parlement global et l'élection des représentants de l'humanité[747].

---

[740] Ramón CADENA RÁMILA, *Opinion concordante de l'arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire Massacre des deux Erres Vs. Guatemala, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 211, 24 novembre 2009, § 1.
[741] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., pp. 61 – 65.
[742] Jacques CHEVALLIER, *Souveraineté et droit*, Op. Cit., p. 203.
[743] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., pp. 61.
[744] Hans LINDAHL, *Legal Order and the 'Globality' of Global Law*, Tilburg Law Review, 2012, Vol. 17, No. 2, pp. 173 – 176.
[745] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., p. 117.
[746] Catherine LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, Op. Cit., p. 429.
[747] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., pp. 145 – 147.

Mais on sait simplement, qu'envisager la suppression de l'État impliquerait, d'abord, le remplacement du gouvernement étatique par une organisation sociale, moins fermée, plus inclusive, plus mondiale, et plus adaptées aux défis de la contemporanéité, celle-ci peut être une « World Community », selon la pensée de Wilfred Jenks[748], ou une « Society Peuples », telle que réfléchie par John Rawls[749] ; puis, la mise en place d'un gouvernement et d'une « démocratie mondiale »[750] ; et ensuite, la création des institutions juridiques aussi globales pour répondre à la réalité du troisième millénium, et cela, sans avoir la conviction qu'un tel bouleversement donnerait de bons résultats.

Par conséquent, la présence de la structure étatique est incontournable, et c'est le point de vue du droit international humaniste. Elle ne sera pas en porte à faux cependant par rapport à la refonte du système juridique international exposée, dont la condition de réalisation est subordonnée à une nouvelle approche du concept d'État, dès lors qu'il est lui-même en crise de légitimité. L'État doit désormais être conçu non plus comme la fin dernière du droit international mais comme le *médium* entre l'humanité et l'être humain, en tant que moyen de concrétisation des intérêts de l'humanité.

Cependant, l'entité étatique est dans tout moment susceptible « à échanger, contre tout autre qui pourrait mieux faire »[751], s'il n'arrive pas à jouer le rôle de moyen de concrétisation des intérêts de toute l'humanité dans son ensemble. Ainsi, *développer le concept d'État-outil (A)* pour *limiter la capacité normative étatique (B)*, est susceptible de faire de l'humanité le point de départ de toute civilisation, et de l'être humain le sommet du système juridique international.

A. Le développement du concept d'*État-outil*

Depuis le début du XXe siècle, quelques internationalistes comme Jean Spiropoulos, attiraient déjà l'attention sur l'évolution de la science du droit public et la modification de la manière de voir l'État, qui passe de la conception de l'État « fin en soi » à celle de « l'État moyen de satisfaction des besoins humains », de « communauté d'administration d'intérêts humains »[752].

La crise actuelle de l'État peut se surmonter si on lui donne le caractère instrumental pour accomplir les fonctions nécessaires pour la mise en œuvre du droit international humaniste autant que du nouveau *jus gentium,* généré par l'interaction entre les problèmes globaux de l'humanité et la primauté de l'être humain. Doter l'État de caractère instrumental comme *État-outil* n'est pas cependant synonyme d'État intendant ou mandataire que certains y ont vu[753].

---

[748] Wilfred JENKS, *Law in the World Community*, Op. Cit., p. 24.
[749] John RAWLS, *The Law of Peoples with The Ideas of Public Reason Revisited*, Op. Cit., pp. 54 – 58.
[750] Antonio GARRIGUES WALKER, *La hora de la sociedad civil,* Op. Cit., p. 19.
[751] Jean SPIROPOULOS, *L'individu et le droit international*, Op. Cit., p. 258.
[752] Ibid., p. 262.
[753] D'après Catherine Le Bris, dans la société internationale contemporaine, les États, qui veillent au respect des droits de l'humanité sur leur territoire respectif, apparaissent comme les commissaires du genre humain. Dans cette sorte, « les États sont appréhendés comme de véritables gouvernants et agents de l'humanité ». Ainsi, l'idée d'un État intendant ou mandataire se concrétise par le fait que « l'humanité n'est pas encore unifiée sous l'égide d'un gouvernement mondial, donc l'entité collective qu'est l'humanité est

Par *État-outil* l'on entend l'existence d'une entité fondée « sur le contrat politique et social passé entre les [êtres humains] et le Pouvoir qui les gouverne mais au service de la personne humaine »[754]. Le nouvel État, sera muni de capacité normative pour développer le droit commun de l'humanité et enrichir le *corpus juris humaniste* avec des règles concrètes. Ces règles chercheront le bonheur et le bien-être humain grâce aux lumières données par le principe *pro homine*, c'est-à-dire grâce à l'interprétation et l'application la plus favorable des normes juridiques pour la jouissance et l'exercice effectifs des droits et libertés de l'être humain[755].

Comme il est affirmé par Monique Chemillier, « la complexité du monde actuel […] requiert plutôt un nouvel ajustement entre des États modestes mais nécessaires et une pensée de l'universel productrice d'un droit commun qui peine à trouver sa légitimité et son efficacité », que la suppression de l'entité étatique[756]. Pour cette raison, le besoin de l'*État-outil* dans le système juridique du droit international humaniste est justifié pour l'accomplissement de deux devoirs, à savoir, le *devoir d'implémentation du nouveau jus gentium (I)* et *le devoir d'enrichissement du corpus juris humaniste (II)*.

I. Le devoir d'implémentation du nouveau *jus gentium*

Pour résoudre les problèmes de l'humanité le droit international humaniste doit prendre l'État comme le *médium* entre la création normative générale, voire universelle, et son implémentation dans les communautés. Ainsi, l'adéquate implémentation du nouveau *jus gentium* aux droits internes devient à la charge des États, lesquels, ne seront plus les maîtres du droit international mais leurs serviteurs[757]. Tel qu'il se passe dans le *jus cogens*, les normes du nouveau *jus gentium* « existent non pas pour satisfaire les besoins de tel ou tel État, mais l'intérêt supérieur de la communauté [humaine globale] »[758]. Il faut rappeler que si bien le *jus cogens* précise que sa normativité « ne dépend pas *seulement* de la vérification d'une volonté adéquate des États, mais dépend avant encore des principes du droit naturel »[759], il continue plongé dans le concept de société internationale d'États, tandis que le nouveau *jus gentium*, reflète l'idée d'une justice objective avec le système juridique national et international par le biais de l'incarnation des valeurs supérieures et communes qui peuvent accomplir les aspirations de l'humanité[760].

Sans l'implémentation du nouveau *jus gentium* par l'État –à travers sa capacité normative– difficilement les problèmes globaux de l'humanité pourront être résolus, et la concrétisation du *corpus juris* du droit international humaniste deviendrait une grande utopie.

---

représentée par les diverses nations du monde ». Catherine LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public,* Op. Cit., pp. 442 – 444.

[754] Philippe GOSSERIES, *L'humanisme juridique : droits national, international et européen.* Op. Cit., p. 132.

[755] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 220, Op. Cit., § 38.

[756] Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogations sur un concept en crise*, Op. Cit., p. 131.

[757] Manuel HERRERA GÓMEZ, *Cómo gobernar en nuevos escenarios,* Op. Cit., p. 38.

[758] Raymond RANJEVA et Charles CADOUX, *Droit international public,* Vanves, Edicef, 1992, p. 21.

[759] Piero ZICCARDI, *Règles d'organisations et règles de conduite en droit international*, Op. Cit., p. 203.

[760] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 311.

C'est pourquoi pour nourrir le dynamisme du droit international humaniste, le rôle opératoire de l'État se fait impératif et contraignant.

D'autre part, l'effectivité du droit international humaniste doit se mesurer constamment d'après sa capacité pour résoudre les problèmes qui étouffent l'humanité[761]. Il y a une étroite relation de proportionnalité entre l'effectivité du droit international et la résolution des problèmes de l'humanité. L'on a ainsi qu'à plus de problèmes résolus plus de légitimité pour l'État, et à l'inverse, à moins de problèmes réglés moins de légitimité pour celui-ci.

Dans le nouveau système juridique international, l'importance des ordres normatifs internes dépend de savoir s'ils intègrent ou non à leurs régulations la conception humaniste du droit international, en d'autres termes, de constater s'ils sont et se maintiennent en harmonie avec le *corpus juris humaniste*. Comme le *corpus juris humaniste* compte avec les mêmes effets de nullité du *jus cogens*[762], si les ordres normatifs internes ne sont pas en harmonie avec lui, ils seront écartés par l'application directe du droit international humaniste.

Ceci est la raison pour laquelle entre le nouveau *jus gentium* et les droits internes n'auront pas de contradictions. Les droits internes seront chargés de régler les situations locales en regardant et respectant toujours les directives données par le nouveau *jus gentium*. Mais cela ne veut pas dire que le droit international humaniste et son nouveau *jus gentium* vont exclure les régulations nationales, au contraire, ces droits seront complémentaires des droits internes.

Par la voie du concept d'*État-outil*, l'on arrivera à concilier deux éléments que pour le droit global sont antagoniques mais complètement compatibles pour le droit international humaniste. D'un côté, la primauté de l'être humain dans le système juridique international, et de l'autre côté, la survivance de l'entité étatique, dans la mesure où on met en jeu les idées de « l'individu au-delà des États » et de l'État au service du bien commun de l'humanité[763]. À cet égard, De Fontbressin affirmait que « l'individu émerge pour tenter de pallier la pauvreté de ses semblables et pour garantir le respect de leur environnement et de leur diversité par l'État qui ne doit plus être son maître mais le premier serviteur du bien individuel commun »[764].

En raison de la conciliation entre la primauté de l'être humain et la survivance de l'entité étatique, l'*État-outil* devient alors l'un des composants de la pyramide humaniste mais pas plus important que l'humanité ni l'être humain, car ces dernières appartiennent à la substance pyramidale, tandis que l'État appartient à son champ opératoire ou instrumental. De manière graphique l'État est le bras mécanique pour articuler le nouveau *jus gentium* avec

---

[761] Par rapport à ce sujet voir, Charles DE VISSCHER, *Les effectivités du droit international public,* Paris, Pedone, 1967 ; Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *À propos de l'effectivité en droit international.* Revue belge de droit international, Bruxelles, Bruylant, 1975, No. 1, pp. 38 – 46 et sur l'effectivité du droit en général, Yann LEROY, *La notion d'effectivité du droit.* Revue droit et société, Paris, LGDJ, 2011, No. 79, pp. 715 – 732.

[762] Voir *supra* Ière partie, Titre I, Ch. 2, Section 1, § 2, B. II.

[763] Patrick DE FONTBRESSIN, « L'individu au-delà des États », *in* Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGROUDJA (Dir.), *Humanisme et droit : Mélanges en hommage au professeur Jean DHOMMEAUX*, Paris, Pedone, 2013, p. 235.

[764] Ibid., p. 240.

le droit interne à travers sa capacité normative, mais aussi par son second devoir d'œuvrer à l'enrichissement du *corpus juris* du droit international humaniste.

II. Le devoir d'enrichissement du *corpus juris humaniste*

Le dynamisme caractéristique du nouveau *jus gentium* exige que *l'État-outil* accomplisse d'autre devoir pour maintenir à jour le *corpus juris* et dans le plus haut niveau d'effectivité le droit international humaniste. Il s'agit du devoir d'enrichissement permanent du *corpus juris humaniste* à travers l'application du principe *pro homine* dans tout domaine.

Si les États n'aident pas à informer les avancements normatifs que se générèrent de manière continue par le biais de la diversité des communautés et qui donnent des nouvelles solutions aux problèmes de l'humanité, il serait en vain l'interaction construite entre l'*humanité* et l'*être humain* ainsi que la « perméabilité juridique » qui emporte à toute la pyramide humaniste le nouveau *jus gentium*.

À titre d'exemple, pour donner des solutions aux problèmes environnementaux qui supporte l'humanité –générés et ignorés fortement par la civilisation occidentale, particulièrement par celle des pays du nord–[765], il est possible d'enrichir le *corpus juris humaniste* par les normes juridiques de l'Équateur et la Bolivie. Par rapport à l'Équateur, ils sont pertinents les normes constitutionnelles conçues sur la base de la conception des communautés natives équatoriennes sur la protection de l'environnement[766], dont la nature, appelée « Pachamama » ou « mère-terre », acquière une valeur essentielle d'héritage éthique des peuples originaires[767]. En effet, dans la Constitution de ce pays s'affirme que la nature, comme « lieu où se reproduit et développe la vie », est un sujet de droit, et par conséquent, elle a le « droit de voir respectée intégralement son existence, son entretien et la régénération de ses cycles vitaux, ainsi que sa structure, ses fonctions et ses processus évolutifs »[768]. Quant à la Bolivie, les normes constitutionnelles et législatives de ce pays ont amené à la société

---

[765] Depuis plus de deux décennies le PNUD a montré de toute évidence, que les pays « riches » devront modifier impérativement leur style de vie. D'après ses chiffres, « le Nord abrite le cinquième de la population du globe et reçoit les quatre cinquièmes du revenu mondial. Il consomme 70% de l'énergie, 75% des métaux et 85% du bois de la planète ». Il faut changer la culture de consommation dans tous les pays, mais il faut aussi que les pays « riches » acceptent leur responsabilité historique avec les problèmes environnementaux et s'engagent, surtout, à réduire leur insoutenable niveau de consommation de ressources. PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 1994,* Paris, Economica, 1994, p. 18 ; et Jonas ANSHELM et Martin HULTMAN, *Discourses of Global Climate Change : Apocalyptic framing and political antagonism*, New York, Routledge, 2015, pp. 139 – 154.

[766] On fait référence explicite à la Constitution équatorienne de 2008, qui consacra tout un chapitre (Chapitre VII du Titre II) aux droits de la nature en tant que sujet de droit et aux droits du bon vivre. Cette Constitution fut approuvée en referendum par le peuple de l'Équateur en septembre 2008 et entra en vigueur le 20 octobre.

[767] Le concept de « Pachamama » appartient aux communautés indiennes Latino-Américaines et fait partie de leur patrimoine culturel. Pour ces communautés l'être humain n'est pas maître de la nature mais un simple hébergé de plus comme les autres êtres vivants. Pour cette raison, il doit la protégée et la gardée. Eugenio Raúl Zaffaroni, juge à la Cour IDH, a étudié le concept millénaire de « Pachamama » et a souligné qu'aujourd'hui la science « traditionnelle » très tardivement, commence à comprendre que les communautés indiennes Latino-Américaines avaient raison sur la nature et sur le besoin permanent de la garder et la protéger face l'imminent risque de faire inhabitable la terre par la pollution que les « sociétés civilisées » ont fait de la mère-terre. Voir, Eugenio Raúl ZAFFARONI, *La pachamama y el humano,* Buenos Aires, Colihue, 2012.

[768] Article 71 de la Constitution de l'Équateur de 2008.

bolivienne à créer la première « l*oi des droits de la mère-terre* » dans le monde[769], à travers laquelle se reconnaissent les droits de la nature, les obligations et les devoirs de la société pour les garantir et les respecter[770].

Les problèmes globaux de l'environnement peuvent être résolus par les développements juridiques effectués par d'autres civilisations où l'être humain ait été mis en relief, grâce à l'interaction entre toute l'humanité et la primauté de l'être humain. Ici, par exemple, c'est l'humanité par elle-même qu'à travers certaines communautés natives s'est manifesté, pour aider à résoudre l'un des problèmes du monde entier : la destruction progressive de la « mère-terre ».

Par la voie de ce devoir d'enrichissement, l'État se permettra la consécration, l'actualisation et le dynamisme du *corpus juris humaniste*. Ce *corpus juris* en harmonie permanente avec les besoins de l'humanité, pourra garantir et préserver un ordre juridique adéquat aux problèmes globaux de l'humanité, toujours sous le respect de la primauté de l'être humain.

On peut voir clairement que cette dynamique d'harmonisation génère une coresponsabilité entre l'*humanité – être humain* et l'*État-outil* pour réussir le bonheur et le bien-être de l'humanité, où la coordination s'avère nécessaire pour réussir le bon fonctionnement de la pyramide humaniste et l'effectivité du droit international.

Si le cas échéant, il y a un conflit entre droit individuel de l'être humain et le droit collectif de l'humanité, l'interaction *humanité – être humain* donnera la solution adéquate au conflit, en priorisant la garantie effective d'intérêts collectifs de l'humanité. À cette fin, l'harmonisation décrite nécessite que la capacité normative étatique soit limitée aux besoins de ce qui se trouve au sommet du système juridique international, l'être humain, sans laisser de côté ni aller au-delà des intérêts communs de l'humanité.

B. La limitation à la capacité normative étatique

Les normes juridiques étatiques de même que l'État font partie de ce qui est instrumental de la pyramide humaniste, tous les deux sont donc au service de l'humanité et des personnes humaines. Dans le droit international humaniste, il n'est pas admis que les normes juridiques puissent se mettre au-delà des intérêts et besoins de l'être humain et l'humanité, même si ces normes ont été validées comme constitutionnelles par une méthode comme celle élaborée par la théorie de la structure échelonnée du droit[771].

Dans le système juridique conçu par le droit international humaniste, la capacité normative étatique est limitée à la protection stricte de l'être humain et la satisfaction des besoins de l'humanité. Pour le droit international humaniste, l'utilité de la norme juridique étatique dépend de sa capacité de servir aux intérêts et besoins de l'être humain et

---

[769] On parle de la Constitution bolivienne de 2009, qui inspirée dans son préambule par la mère-terre donne lieu à que l'Assemblée législative plurinationale de Bolivie ait créé la *Loi des droits de la mère-terre* le 21 décembre 2010.
[770] Loi 071 de 2010 de l'Assemblée législative plurinationale de Bolivie, du 21 décembre 2010.
[771] Voir *supra* Ière partie, Titre I, Chapitre I, Section 2, § 2, A.

l'humanité. Pour cela, pour ce droit une norme juridique étatique qui n'a pas cette capacité, elle devient nulle.

Désormais, les normes créées par les États doivent accomplir cette prémisse. Dans le cas contraire, tel qu'il se passe avec les normes conventionnelles (passées ou futures) en contradiction au *jus cogens*, elles seront nulles[772] et leur nullité sera décrétée par les tribunaux internationaux des droits de l'homme y compris la CIJ devenue une sorte de Cour globale[773], pour être, tous, les principaux gardiens des valeurs communes de l'humanité[774].

L'expérience vécue avec la pyramide normative a fait preuve de la méconnaissance de l'être humain dans de plusieurs normes étatiques. Ce vice doit impérativement se corriger en limitant la liberté de configuration législative des États et de leurs capacités normatives à la protection de l'être humain. Sans cette limitation le risque de revenir au pouvoir démesuré des États par rapport aux êtres humains serait toujours latent, et la primauté des intérêts étatiques serait la caractéristique continue du système juridique international[775].

D'ailleurs, la crise de l'État et son éventuelle disparition peuvent se régler à partir du changement conceptuel du rôle que les États et les normes juridiques doivent remplir dans la structure du droit. Pour le faire, il faut revenir à l'essence du pacte social et mettre en œuvre la notion d'outil de l'entité étatique pour réussir « *la paix et la défense »* communes[776]. Une paix et une défense qu'aujourd'hui se traduisent dans la réalisation du bonheur et du bien-être de toutes les personnes humaines, et non pas de quelques-unes qui ont eu des bénéfices à travers l'exploitation d'autres, pendant que la plupart de l'humanité est immergée dans la pauvreté et l'angoisse[777].

La limitation à la capacité normative n'est pas une réduction du pouvoir étatique, elle est l'encadrement du pouvoir à la réalisation des désirs et des intérêts de l'être humain et l'humanité. Elle est aussi la manière propice pour que l'État puisse faire renaître la confiance et la légitimité perdue par les individus. Il ne faut pas oublier que l'État –n'étant qu'outil–, s'il ne rend pas les résultats attendus, il peut être échangé « contre tout autre [organisation sociale] qui pourrait mieux faire » [778]. En lui se trouve la solution à sa crise. L'une des manières

---

[772] Voir, Éric SUY, « Article 53, traité en conflit avec une norme impérative du droit international général », Op. Cit., pp. 1905 – 1920 ; Anne LAGERWALL, « Article 64, survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (jus cogens) », Op. Cit., pp. 2299 – 2342 ; Mark E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the law of treaties*, Op. Cit., pp. 661 – 678 et 790 – 795 ; et Mark E. VILLIGER, *The 1969 Vienne convention on the law of treaties – 40 years after*, Op. Cit., pp. 135 – 141.

[773] Il y a en effet par le phénomène de la globalisation un accroissement de l'activité de la CIJ qui la montre petit à petit comme une « *Global Court »* ou Cour globale, gardienne des valeurs communes de l'humanité, que se ressemble par ce fait plus à une Cour constitutionnelle suprême « *Supreme Constitutional Court »*. Guiliana ZICCARDI CAPALDO, *The Pillars of Global Law*, Ashgate, Burlington, 2008, pp. 95 – 136.

[774] Voir *infra* IIème partie, Titre I, Ch. 1, Section 1, § 2, A. II.

[775] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., pp. 16 - 20.

[776] Thomas HOBBES, *Léviathan*, Op. Cit., p. 142.

[777] Par rapport à la paix et à son principal « ennemi » contemporain : le terrorisme, l'ancien juge international Mohammed Bedjaoui, fait une réflexion très pertinente sur les véritables buts qui doit accomplir le système juridique international. « La paix ne peut se construire et durer que si elle accompagne pas à pas l'évolution de l'humanité dans sa quête du bonheur des hommes, de tous les hommes sans exclusive ». Sur la question de combattre la guerre, il dit oui, « mais la guerre contre un ennemi bien identifié, bien visible, celui qui s'appelle humiliation, injustice, asservissement, famine, pauvreté ». On est fortement d'accord avec lui, lorsqu'il conclut que « c'est là le vrai pari que nous devons faire pour éradiquer le terrorisme qui reste et restera le négateur de la vie, donc le négateur de la paix et du développement de l'humanité ». Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (I)*, Op. Cit., p. 190.

[778] Jean SPIROPOULOS, *L'individu et le droit international*, Op. Cit., p. 258.

de réussir l'objectif attendu avec l'*État-outil* est à travers la focalisation de sa capacité normative vers la primauté de l'être humain.

Les individus lorsqu'ils pensent l'État « c'est bien en y voyant une institution destinée à fonctionner suivant certaines normes et en vue d'une finalité qu'ils admettent » comme valable[779]. Cette finalité est sans doute la protection de l'être humain et ses intérêts communs. Réfléchir autrement c'est aller contre la téléologie sur laquelle ont été construits auparavant les États : la cession des pouvoirs individuels afin de réussir une protection commune des êtres humains[780].

[779] Georges BURDEAU, *L'État*, Op. Cit., p. 55.
[780] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social.* Op. Cit., p. 90.

Conclusion Chapitre 2

Face aux propos du droit global de supprimer l'État et de faire évoluer (disparaître) le droit international, la mise en place du droit international humaniste, comme une solution alternative à la disparition de l'ordre juridique international, devient pertinente. Pour réussir ce but, le droit international humaniste n'a le choix que du monisme juridique afin d'unifier le *corpus juris* humaniste et de mettre en exergue l'existence des obligations erga omnes de protection vis-à-vis de l'être humain. À partir de cette sorte d'obligations, il est attendu que le droit étatique soit en harmonie avec le droit international humaniste, et que celui-ci soit fondé sur le respect de l'effet utile des conventions qui visent la protection des êtres humains.

Pour le droit international humaniste, l'un de ses éléments cardinaux est la primauté de la personne humaine ainsi que son placement comme centre gravitationnel du système juridique international. Un regard rétrospectif sur le *jus cogens* met en évidence les proximités qui existent entre lui et le droit international humaniste autour de la protection primaire de l'humain.

L'objectif du droit international humaniste étant la refonte de l'ordre juridique international pour réussir au niveau global la protection effective de l'être humain, il est proposé la création d'une nouvelle pyramide juridique. La nouvelle pyramide, dénommée humaniste, a deux aspects d'intérêt vital. D'une part, il faut placer dans les deux extrêmes pyramidaux les deux sujets les plus importants de la régulation internationale : l'être humain au sommet et l'humanité à la base. D'autre part, la question de sauver l'existence de l'État et sa capacité normative se situe au milieu de la pyramide, en tant qu'outil au service des droits des êtres humains et des intérêts de toute l'humanité.

À partir de cette idée, l'*État-outil* devient un concept garant de l'effectivité du nouvel ordre juridique international humaniste, dont sa capacité normative doit se limiter à satisfaire les besoins et les désirs des deux sujets placés aux deux extrêmes de la pyramide.

CONCLUSION TITRE I

L'arrivée de la globalisation ainsi que du droit global ont généré le besoin d'une réflexion profonde sur l'avenir du droit international. Le droit international interétatique est en crise, la théorie volontariste sur laquelle il s'est appuyé a limité, et limite encore, la portée de l'ordre juridique international[781]. À cause de la politisation des organisations internationales, le droit international se montre incapable de donner des réponses juridiques et sociales satisfaisantes à l'être humain et à l'humanité[782].

Par rapport à l'État, le scénario n'est pas moins nuisible. Le concept d'État-nation et le système juridique construit autour de la pyramide normative, ont aidé à l'affaiblissement du droit international[783]. Le système international interétatique a transformé le droit de la communauté internationale en un instrument au service des puissances, laissant de côté à l'être humain[784]. Celui-ci est le panorama présenté par le droit global de l'état actuel du droit international[785].

Pour résoudre cette situation, selon les globalistes, le droit international doit céder sa place au droit global, les Nations Unies doivent permettre que l'Humanité Unie s'approprie de la régulation normative internationale, voire globale, pour bien résoudre les problèmes qui empêchent la réalisation du rêve kantien[786].

Cependant, l'on croit que le droit international doit survivre, qu'il doit évidemment avoir une transformation, et que celle-ci, se trouve dans l'humanisation de l'ordre juridique international[787]. Pour cela, le droit international humaniste proposé, cherche à remédier sa crise à partir d'une refonte du système juridique international[788]. Pour le faire, il faut substituer la pyramide normative pour la pyramide humaniste[789], situant l'humanité à la base pyramidale du système juridique, l'être humain au sommet et transformer l'État en un outil

---

[781] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., pp. 217 – 219 ; et Arnulf BECKER LORCA, *Sovereignty beyond the west : The end of classical international law*, Journal of the history of international law, Leiden, Koninklijke Brill, 2011, No. 13, pp. 7 – 73.

[781] Rafael DOMINGO, *El derecho global,* Op. Cit., pp. 108 et 109.

[782] Jacques LAGROYE, « Le processus de politisation », Op. Cit., pp. 361 – 364.

[783] Hermann HELLER, *La crise de la théorie de l'État*, Op. Cit., 29 ; et Rafael DOMINGO, *La pirámide del derecho global,* Op. Cit., p. 32.

[784] Robin COUPLAN, *Humanity : what is it and how does it influence international law*, International Review of the Red Cross, 2001, Vol. 83, No. 844, pp. 969 – 989 ; et Catherine LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, Op. Cit., pp. 116 – 149. Voir également, Jürgen HABERMAS, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, Op. Cit., pp. 60 et 61.

[785] Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogations sur un concept en crise », Op. Cit., p. 127.

[786] Emmanuel KANT, *Projet de paix perpétuelle*, Paris, J. Vrin, 2002, troisième article définitif, p. 55, § 358 ; et Bryan S. TURNER, « Theories of Globalization. Issues and Origins », Op. Cit., p. 6.

[787] Maurice BOURQUIN, « L'humanisation du droit des gens », Op. Cit., pp. 24 – 38 ; Theodor MERON, *The Humanization of international Law*, Op. Cit., pp. 86 – 89 ; Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 239.

[788] Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souveraineté : essai sur la formation du droit international,* Op. Cit., p. 305.

[789] Voir les critiques portées par Cançado Trindade, sur le système normo-centriste et le mépris qu'il fait de l'essence et la nature *anthropocentriste* du droit. Antônio CANÇADO TRINDADE, *Os Tribunais internacionais e a realização da justiça,* Op. Cit., pp. 199 – 205.

pour la protection et la garantie d'intérêts et de droits des humains autant que de la communauté humaine à laquelle ils appartiennent[790].

[790] David Andrés MURILLO CRUZ, *L'être humain comme le sommet du système juridique et sa protection internationale*, Op. Cit., pp. 15 – 43.

TITRE II : L'État et la souveraineté face aux défis menés par le droit international humaniste

Dans l'analyse précédente, l'idée du droit international humaniste s'est montrée comme une issue intelligente pour sauver l'État de sa crise ainsi que pour sauvegarder l'existence du droit international. Cependant, il ne faut pas ignorer qu'une telle idée et sa mise en place sont porteuses de changements profonds au système juridique envisagé par le droit international humaniste et sa pyramide qu'il faudra examiner.

En primer lieu, afin de réussir à travers les normes humanistes la protection réelle des individus et la réalisation de leur bonheur et leur bien-être, l'on sait que l'État laissera d'être le sujet principal du droit international pour se placer dans le milieu du système juridique comme instrument de l'humanité. À ce titre, une amélioration des *fonctions de l'État dans le droit international devra être envisagée (Chapitre 1).*

En second lieu, l'attribut de l'État subira aussi des changements. La souveraineté laissera d'être conçue comme une *potestas*, rempart au manquement des États aux obligations internationales[791], pour devenir la force motrice de la protection étatique de ces obligations à l'égard des êtres humains. *Le rôle spécial de cette souveraineté dans la garantie des droits de l'homme doit également être ainsi examiné (Chapitre 2).*

[791] Voir sur ce sujet, Attila TANZI, *Remarks on Sovereignty in the Evolving Constitutional Features of the International Community*, International Community Law Review, 2010, No. 12, pp. 145 – 169.

Chapitre 1 : Les fonctions de l'État dans le droit international humaniste

La transformation de l'État en *outil* emporte sur le pouvoir public des conséquences en termes de changements conceptuels importants, lesquels doivent effectivement s'accomplir pour garantir l'effectivité du droit international humaniste, et empêcher que les gouvernements étatiques ne puissent, déterminés par des intérêts particuliers, entacher le droit international d'inefficacité ou gêner sa réalisation téléologique.

L'on peut considérer que la notion d'*État-outil* se rapproche de « la notion communautaire d'État » qui a été construite par la jurisprudence de la CJCE[792]. Le droit international humaniste prime dans le système juridique international tel que prime le droit communautaire (andin ou européen) dans les ordres juridiques nationaux[793]. L'*État-outil* à l'instar de l'État au sens communautaire, permet l'application du droit international humaniste dans les ordres juridiques internes. Par là même, il favorise l'harmonisation normative par une intégration dans les ordres nationaux des règles générales données par le nouveau *jus gentium* à travers son effet direct, permettant « l'application immédiate et directe des normes du droit [international humaniste] en droit interne »[794]. De même que le concept d'État au sens communautaire apparaît comme le facteur le plus fiable et important de l'intégration normative du droit européen[795], le concept d'*État-outil* se montre comme l'élément fonctionnel le plus relevant de la pyramide humaniste pour réussir l' « application uniforme minimale » du droit international à l'intérieur de chaque communauté.

Par « application uniforme minimale », il faut entendre l'application de l'ensemble des règles du nouveau *jus gentium*, qu'en tant que minimums, les États doivent obligatoirement les accomplir par être des normes de caractère général et universel. Néanmoins, grâce aux spécificités de chaque communauté, les États peuvent toujours aller au-delà en application du principe *pro homine* si le but est de donner la protection la plus forte aux individus. Aucune autre raison ne justifie mieux que dans la structure triptyque du système juridique humaniste, l'État ait été conçu comme outil de l'humanité et de l'être humain et ait été doté de caractère instrumental, très important d'ailleurs, pour intégrer le nouveau *jus gentium* et enrichir le *corpus juris humaniste.* La nouvelle manière de concevoir l'État fait que ses *fonctions régaliennes (Section 1)* et *sociales (Section 2)* doivent être reconceptualisées et dirigées vers la primauté et la réelle protection de l'être humain.

---

[792] Dans le droit communautaire, il y a eu besoin de créer une notion propre d'État pour garantir son effectivité. Une notion étatique adéquate à l'exigence primordiale d'intégration, à l'application uniforme du droit communautaire et à sa primauté sur les systèmes nationaux. Voir, Maryvonne HECQUARD-THÉRON, *La notion d'État en droit communautaire*, RTD eur, Paris, Dalloz, 1990, No. 4, pp. 693 – 712.

[793] Particulièrement grâce aux trois caractéristiques du droit communautaire, à savoir, « l'application directe », « l'effet direct » et « le principe de primauté du droit communautaire ». Voir, Ricardo SCHEMBRI CARRASQUILLA, *Teoría jurídica de la integración latinoamericana,* Bogotá, Parlamento Latinoamericano, 2001, p. 6.

[794] On fait ici une extrapolation de l'application directe du droit européen au droit international humaniste pour montrer qu'il y a un monisme à primauté des normes internationales humanistes directement applicables en droit étatique. Voir, Maryvonne HECQUARD-THÉRON, *La notion d'État en droit communautaire*, Op. Cit., p. 705.

[795] Ibid., p. 704.

Section 1 : Les fonctions régaliennes de l'État dans le droit international humaniste

Avant de poursuivre l'analyse sur les changements des fonctions régaliennes de l'État, il faut définir ce que l'on entend par celles-ci. La théorie constitutionnelle classique[796] enseigne que les organisations sociales appelées étatiques, sont chargées de l'exercice du pouvoir politique de leurs membres à travers un pouvoir public unique[797]. Ce pouvoir permet à l'État l'exécution de sa puissance publique par le biais des fonctions qui représentent son existence. En conséquence, au risque de lui faire perdre sa nature, ces fonctions ne peuvent pas se transférer ni déléguer[798].

Les fonctions étatiques, connues comme régaliennes ou essentielles, font référence aux « relations extérieures, monnaie, trésor, crédit et change, justice, maintien de l'ordre, contrôle de l'immigration et des étrangers, défense, commerce du matériel militaire et des armes, matières premières stratégiques, nationalité et organisation de l'état civil »[799]. Les aspects ainsi énumérés peuvent se rassembler en deux grandes fonctions régaliennes, très importantes dues à leur relation avec les éléments constitutifs de l'État (territoire, population et puissance)[800]. Il s'agit de *la protection du territoire (§ 1)* et *le maintien du pouvoir public (§ 2)*. Ces deux grandes fonctions sont particulièrement les plus affectées par le changement conceptuel de l'État tout-puissant à l'*État-outil*. D'une part, le territoire étatique devient l'endroit de jouissance des droits de tous les êtres humains, d'autre part, le pouvoir public, se transforme pour réussir dans le territoire étatique, la protection réelle et universelle des individus.

§ 1 : La protection du territoire

La protection du territoire se prédique comme une des fonctions régaliennes de l'État. D'autant plus que le territoire est considéré l'endroit où l'entité étatique exécute ses fonctions, et plus spécifiquement, l'espace où la population de l'État exerce la jouissance de ses droits et développe son projet de vie.

« Le sans-frontiérisme », comme phénomène de la globalisation, voire de l'universalisme humain, est marqué par un processus de « déterritorialisation »[801], d' « ignorance des découpages territoriaux et affranchissement des prérogatives liées à l'exercice d'une souveraineté nationale », mais aussi par la « volonté de transcender les délimitations et appartenances territoriales »[802]. Les fonctions étatiques sur le territoire sont à l'épreuve par ce phénomène.

---

[796] Étienne PICARD, *L'impuissance publique en droit*, Actualité juridique droit administratif, Paris, Dalloz, 1999, p. 16.
[797] André HOURIOU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 1972, pp. 978 – 987.
[798] Étienne PICARD, *L'impuissance publique en droit*, Op. Cit., pp. 16 – 17.
[799] Charles Michel LEKEUFACK, *Recherche d'une politique communautaire de fonction publique*, Revue actualité juridique-fonctions publiques, Paris, Dalloz, 2009, No. 2, p. 107.
[800] François HAMON et Michel TROPER, *Droit constitutionnel,* Paris, LGDJ, 2008, p. 193 – 197.
[801] Catherine BRÖLMANN, *Deterritorialization in international law : moving away from the divide between national and international law*, Op. Cit., p. 90.
[802] Marie-Christine DELPAL, *Politique extérieure et diplomatie morale : le droit d'ingérence humanitaire en question,* Paris, Fondation pour les études de défense nationales, 1993, pp. 30 et 31.

Le droit international humaniste est conscient que la mobilité humaine, accentuée par la globalisation, a fait naître chez les êtres humains « le sentiment d'appartenance à un même monde où les frontières nationales deviendraient moins pertinentes pour juger, agir ou penser »[803]. Pour ce droit, il est impératif que la conservation de l'État, à travers l'idée d'*État-outil*, trouve une solution aux limites territoriales qui mettent des obstacles à l'épanouissement des individus.

Ainsi, les limites frontalières existantes aujourd'hui seront gardées juste pour déterminer les obligations étatiques et non pour nier la jouissance des droits des êtres humains y compris les droits des étrangers. Le territoire ne peut plus être un facteur de distinction, d'identité ou d'exclusion des êtres humains. C'est pourquoi le territoire, dans le concept d'*État-outil,* serve pour assurer *la protection universelle et inconditionnelle de l'être humain dans tous les espaces étatiques (B)* qui font désormais partie de la communauté humaine globale.

À partir du moment où l'État est devenu un outil, la protection du territoire acquiert une connotation distincte de celle qu'elle avait avant. *La protection effective du territoire doit se faire pour garantir que celui-ci soit l'espace du développement de l'être humain (A)*.

A. La protection effective du territoire comme l'espace du développement de l'être humain

Entre l'être humain et le territoire existe une forte connexion anthropologique, cette connexion conçoit le territoire comme la « réalité physique indépendante de l'homme mais dedans laquelle l'homme se développe [et trouve son identité] »[804]. Cependant, l'identité de l'homme avec le territoire se construit de manière progressive et ne cesse pas de se développer tout au long de sa vie. Ainsi, l'homme volontairement trouve une identité avec le territoire où il se développe, mais le territoire ne lui appartient pas. En d'autres termes, l'individu coexiste dans le territoire avec d'autres êtres vivants sans qu'il puisse l'appartenir à personne. Sur l'appartenance au territoire, Kant parlait du droit de visite, qui implique par corollaire le droit à la liberté de circulation, comme « le droit qui a tout homme de se proposer comme membre de la société, en vertu du droit de commune possession de la surface de la terre sur laquelle, en tant que sphérique, ils ne peuvent se disperser à l'infini », parce que la surface « appartient en commun à l'espèce humaine » [805].

La mobilité humaine, accentuée par le phénomène de la globalisation, est une preuve palpable que l'être humain choisit le territoire où il se sent le mieux pour se développer[806]. Ce qui paradoxalement fait que d'une part, les individus que la « société locale avait tendance à considérer comme des étrangers (parce qu'ils n'étaient là que depuis deux ou trois générations), avec l'incursion de nouvelles vagues d'immigrants deviennent de [locaux] »[807] ; et d'autre part et vice-versa, ceux considérés comme les locaux dans un moment donné

---

[803] Zaki LAÏDI, *Mondialisation et droit.* Op. Cit., p. 2712.
[804] Manuel Alberto MORALES DAMIAN, *Territorio sagrado : cuerpo humano y naturaleza en el pensamiento maya.* Revista Cuicuilco, México, Instituto nacional de antropología e historia, 2010, Vol. 17, No. 48, p. 281.
[805] Emmanuel KANT, *Projet de paix perpétuelle*, Op. Cit., p. 55, § 358.
[806] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., pp. 107 et 108.
[807] Michel MARIÉ, *L'anthropologue et ses territoires : qu'est-ce qu'un territoire aujourd'hui,* Revue espace et sociétés, Paris, Anthropos, 2005/1, No. 119, p. 185.

deviennent des étrangers par les processus de « décentralisation, régionalisation et démocratisation » du territoire[808]. La mobilité humaine et les migrants[809] défient aujourd'hui « l'ordre étatique westphalien »[810] et invitent à la « redéfinition des frontières et à des recompositions identitaires »[811].

C'est cette vision anthropologique, éloignée du conflit des pouvoirs et des intérêts particuliers, celle qui détermine aujourd'hui l'action des individus dans leur relation avec le territoire. Elle permet de découvrir que l'être humain, à partir de son identité territoriale – choisie et non pas imposée– doit essentiellement être protégé à partir de sa *cosmovision humaniste (I)*. Cosmovision, que sans être nécessairement similaire à celle d'autres, conduisent aux individus à partager des préoccupations communes sur le territoire *en tant qu'espace de son épanouissement (II)*, où la liberté de mobilité devient un point crucial ratifié par la conscience humaine globale[812].

I. Une protection depuis la « cosmovision humaniste »

En termes généraux, la cosmovision s'entend comme « une explication et une interprétation du monde »[813] ; la manière que l'être humain a pour comprendre, entendre et trouver le sens de son existence et de sa façon d'agir. Tous les individus par nature, ont la tendance à se faire « une idée globale du monde, partant de [l]'expérience particulière »[814], qui leur permet la compréhension totale de la réalité spatiale qui les entoure et avec laquelle ils développent une identité particulière. « La cosmovision est le terme qui est de plus en plus utilisé pour désigner des visions du monde de la vie de diverses cultures »[815]. Il s'agit d'un concept qui se construit en communauté. C'est la communauté avec la participation de ses membres qui développe et évolue les nouvelles manières de concevoir la réalité. Ainsi, on est face à un concept dynamique qui dépend des circonstances spécifiques de mode, du temps et du lieu.

Si au concept de cosmovision on ajoute l'adjectif humaniste, on a l'idée d'une « cosmovision humaniste », c'est-à-dire la manière de comprendre la réalité de l'humanité dans un moment donné. Ce moment est la globalisation, que comme nouvelle réalité sociale,

---

[808] Francisco THER RÍOS, *Antropología del territorio,* Revista Latinoamericana Polis, Santiago, Universidad de los Lagos, 2012, No. 32, § 1.

[809] Il faut préciser que la globalisation a changé le profil du migrant, il n'est plus le migrant du XIXe et XXe siècle : masculin, illettré, rural et pauvre. On est face à un nouveau type de migrant : femme, mineur, de classe moyenne, riche entrepreneur ou membre d'élite, qui abondamment connecté au monde grâce à la technologie, veut connaître qu'est-ce qu'il y a ailleurs et faire partie des gens qui font de la mobilité humaine un mode de vie. Par rapport à ce sujet, voir l'étude menée par Catherine WIHTOL DE WENDEN, *La globalisation humaine*, Paris, Presses universitaires de France, 2009, pp. 15 – 42.

[810] Catherine WIHTOL DE WENDEN, *La question migratoire au XXIe siècle : migrants, réfugiés et relations internationales,* Op. Cit., p. 19.

[811] Ibid., p. 18.

[812] Voir à cet égard, les réflexions faites par Rafael Domingo sur la crise de la nationalité, la citoyenneté globale et le patriotisme. Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., pp. 106 – 109. Voir aussi, Antônio CANÇADO TRINDADE, *Uprootedness and the protection of migrants in the International Law of Human Rights*, Revista Brasileira de Política Internacional, 2008, Vol. 51, No. 1, pp. 137 – 168.

[813] W. Gary PHILLIPS et William B. BROWM, *Making sense of your world,* Chicago, Moody Press, 1991, p. 21.

[814] Juan Luís LORDA, *Para una idea cristiana del hombre*, Madrid, Rialp, 2001, p. 83.

[815] Julien BARBOSA, Julie CANOVAS et Jean-Claude FRITZ, *Les cosmovisions et pratiques autochtones face au régime de propriété intellectuelle : la confrontation de visions du monde différentes,* Revue éthique publique, Québec, Nota Bene, 2012, Vol. 14, No, 1, § 3.

culturelle, politique et économique, a donnée lieu à la création d'une vision du monde globale qui concerne toute l'humanité et une notion étendue de territoire[816].

Grâce à cette notion étendue, le territoire aujourd'hui se conçoit comme « l'espace construit par et dans le temps. De cette manière, tous les espaces habités par l'homme sont produits du temps de la nature, du temps des humains, des différentes formes d'organisation, et de la conception cosmogonique du temps »[817]. La globalisation est le temps de la mobilité humaine, de l'appréhension globale de la réalité, du développement ailleurs de l'être humain qui peut choisir le territoire avec lequel il se sent mieux identifié pour réussir son bonheur et bien-être. Or, l'*État-outil* de l'humanité, devient l'agent réalisateur de cette nouvelle réalité avec la garantie de protéger le territoire.

La Cour IDH par exemple, parlant de la cosmovision des peuples autochtones où la protection de la nature est indispensable, a affirmé à plusieurs reprises que les États ont l'obligation de respecter, garantir et protéger « la connexion intrinsèque » qu'ils ont avec leur territoire[818]. « Ainsi, le droit d'utiliser et de profiter de leur territoire serait vide de sens dans le contexte des membres des peuples indigènes et tribaux si ce droit n'était pas relié aux ressources naturelles qui se trouvent sur le territoire »[819].

De la même manière, la Cour a établi que « les États doivent prendre en compte que les droits territoriaux autochtones englobent un concept plus large et différent qui est lié au droit collectif à la survie en tant que peuple organisé, avec le contrôle de son habitat comme une condition nécessaire à la reproduction de sa culture, son propre développement et pour mener à bien ses projets de vie »[820].

Selon le tribunal interaméricain, la culture des membres des peuples indigènes ou autochtones « correspond à une forme de vie particulière d'être, voir et agir dans le monde »[821]. Une cosmovision où la protection du territoire et des ressources naturelles sont nécessaires « pour garantir qu'ils puissent continuer à vivre leur mode de vie traditionnel et que leur identité culturelle, structure sociale, système économique, coutumes, croyances ainsi que traditions distinctives seront respectées, garanties et protégées par les États »[822].

En Europe arrive quelque chose de similaire avec les Roms, les gens du voyage ou les Tsiganes[823]. Ils ont aussi une vision du monde assez attachée au territoire car certes, « les

---

[816] L'ancien juge de la CIJ, Mohammed Bedjaoui, parle du « devoir de penser mondialement humain » pour contester à la croissance « indifférentielle », « aux écarts qui se creusent entre les pays industrialisés et les autres et entre les hommes dans un même pays ». Ce « devoir de penser mondialement humain » justifie notre propos d'une protection de l'être humain depuis la « cosmovision humaniste ». Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (II)*, Op. Cit., p. 369.

[817] Francisco THER RÍOS, *Antropología del territorio,* Op. Cit., § 6.

[818] COUR IDH, *Affaire du peuple Saramaka Vs. Surinam,* Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 172, 28 novembre 2007, § 122 et *Affaire du peuple indigène Kichwa de Sarayaku Vs. Équateur,* Arrêt de fond et réparations., Série C n° 245, 27 juin 2012, § 146.

[819] Ibidem.

[820] COUR IDH, *Affaire de la communauté indigène Yakye Axa Vs. Paraguay,* Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 125, 17 juin 2005, § 146.

[821] Ibid., § 135.

[822] COUR IDH, *Affaire du peuple indigène Kichwa de Sarayaku Vs. Équateur,* Arrêt de fond et réparations, Série C n° 245, Op. Cit., § 146.

[823] Pour approfondir sur ce sujet voir, Xavier ROTHÉA, *France, pays des droits des Roms ? : Gitans, « bohémiens », « gens du voyage », Tsiganes…face aux pouvoirs publics depuis le 19e siècle,* Lyon, Carobella ex-natura, 2003.

Roms n'ont pas de pays propre et reconnu, qu'ils administreraient à la manière d'un État moderne. Cela ne signifie pas qu'ils soient une nation sans territoire. En réalité, on pourrait dire qu'ils forment une nation aux territoires multiples et variants que chacune des composantes délimite et structure »[824].

Le territoire pour eux, en tant qu'endroit pour le développement du projet de vie semi-sédentarisé ou itinérante, est défini et utilisé « en fonction des besoins économiques ou des relations familiales »[825]. De cette manière a été reconnu par la Cour EDH, lorsqu'elle a considéré que « la vie en caravane fait partie intégrante de l'identité tsigane »[826], et que les régulations sur le territoire par rapport aux gens du voyage portent « n'ont donc pas seulement des conséquences sur son droit au respect de son domicile, mais influent aussi sur sa faculté de conserver son identité tsigane et de mener une vie privée et familiale conforme à cette tradition »[827]. Pour cette raison, selon la Cour européenne, les États ont « l'obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie » conforme à leurs traditions[828].

Pour les Tsiganes, les cadres étatiques et leurs législations « de contrôles douaniers ou de fiscalité, ne représentent aucune nécessité et aucun intérêt ». Ils « constituent au contraire une entrave à leur mode de vie »[829]. Cependant les États, ayant l'obligation positive de respecter toujours leur façon de vivre autant que de concevoir le monde, doivent protéger le territoire, de telle manière, qu'ils puissent garder et conserver leur cosmovision. « Cette conception du territoire comme espace vécu fait que c'est l'homme qui construit le territoire à sa mesure et non le territoire qui cloisonne l'activité humaine sur un espace préalablement délimité »[830], comme celui qui représente l'espace étatique.

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a aussi invité à ses États membres, « à affirmer le droit au libre choix de mode de vie, sédentaire ou itinérante »[831] et « à élaborer un cadre politique et juridique global »[832], pour garantir que ces populations « puissent exercer leur droit à un logement convenable »[833].

Comme on peut le voir, il est très important de retenir la relation entre cosmovision et survie de peuples, étant donné que la cosmovision est un élément de l'anthropologie qu'ont tous les individus en communauté pour trouver une explication à leur réalité.

La communauté humaine globale, celle préoccupée de résoudre les problèmes globaux de l'humanité (réduire l'inégalité, prévenir les guerres, vaincre la haine, contrôler l'armement nucléaire, diminuer la contamination et réussir la paix), a une cosmovision

---

[824] Xavier ROTHÉA, *Les Roms, une nation sans territoire ?* Revue Rétractations, Dardilly, Les amis de réfraction, 2002, No. 8, Disponible [En ligne] : http://www.plusloin.org/refractions/refraction8/roms.htm (29 septembre 2018).
[825] Ibidem.
[826] COUR EDH, *Affaire Chapman Vs. Royaume-Uni*, Requête nº 27238/95, 18 janvier 2001, § 73 ; *Affaire Cannors Vs. Royaume-Uni*, Requête nº 66746/01, 27 mai 2004, § 68 ; *Affaire Wells Vs. Royaume-Uni*, Requête nº 37794/05, 16 janvier 2007, § 1 et *Affaire Winterstein et autres Vs. France,* Requête nº 27013/07, 17 octobre 2013, § 142.
[827] COUR EDH, *Affaire Chapman Vs. Royaume-Uni*, Requête nº 27238/95, Op. Cit, § 73.
[828] Ibid., § 96 et *Affaire Winterstein et autres Vs. France,* Requête nº 27013/07, Op. Cit., § 148.
[829] Xavier ROTHÉA, *Les Roms, une nation sans territoire ?* Op Cit.
[830] Ibidem.
[831] COUR EDH, *Affaire Winterstein et autres Vs. France*, Requête nº 27013/07, Op. Cit., § 90.
[832] COMITÉ DES MINISTRES, *Recommandation relative à l'amélioration des conditions de logement des Roms et des Gens du voyage en Europe*, Rec(2005)4, 23 février 2005, § 10.
[833] Ibidem.

humaniste particulière qui conçoit le territoire comme un ensemble, un tout, qui est là pour la vie en commun de tous les êtres y compris les humains. Le territoire ne peut pas être approprié par aucun État, mais simplement protégé pour garantir la jouissance des droits et la réalisation du bonheur et le bien-être de l'humanité.

Il est clair que la cosmovision humaniste, qui est en train de se former dans la globalisation, a une approche assez intéressante de la « cosmovision indigène », et admette l'idée que la « civilisation occidentale »[834] a eu « un impact destructeur sur la nature et sur l'humanité »[835]. Par le biais de cette cosmovision humaniste en construction, se fait sentir la nécessité de « l'élaboration d'une alternative écologique à la civilisation occidentale »[836], fondée sur la « solidarité communautaire »[837] où tous les êtres humains, tel que le font depuis longtemps les indigènes, « se sentent responsables du futur et de la survivance de l'humanité »[838].

Ainsi, la protection du territoire depuis la « cosmovision humaniste » est en accord avec le concept d'humanité, entendue comme « l'amour, la pitié active pour autrui, la bonté, la philanthropie »[839] où l'être humain est compris « à la fois dans sa singularité d'être unique et dans son […] appartenance à la communauté humaine. Singularité et […] appartenance, telles seraient les composantes de l'humanité comprise comme pluralité d'êtres uniques »[840].

Enfin, la fonction régalienne de la protection du territoire dans le droit international humaniste, comprise depuis la « cosmovision humaniste » de l'être humain, trouve sa raison d'être si le territoire arrive à permettre le plein épanouissement humain.

II. Une protection pour l'épanouissement des êtres humains

Le développement est lié à l'épanouissement. Ainsi a été affirmé par le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), que le développement humain n'est pas limité « à la progression ou recul du revenu national. Il a pour objectif de créer un environnement dans lequel les individus puissent développer pleinement leur potentiel et mener une vie productive et créative, en accord avec leurs besoins et leurs intérêts »[841].

De cette manière, selon le PNUD, le rôle du développement « consiste donc à élargir les possibilités, pour chacun, de choisir la vie qui lui convient »[842]. Pour cela, le concept de

---

[834] Giulio GIRARDI, *Capitalisme, écocide, génocide : le cri des peuples indigènes*, L'humanité face à la mondialisation : droits des peuples et environnement, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 66.
[835] Ibidem.
[836] Ibidem.
[837] Ibid., p. 67. On peut voir dans l'idée de « solidarité communautaire » une ressemblance à la communauté humaine globale, qui sans être attachée à une notion limitée du territoire, se préoccupe des problèmes qui asphyxient à toute l'humanité et cherche, à travers la mise en place de démarches globales résoudre ces problèmes.
[838] Ibidem. Voir aussi, les réflexions de Mohammed Bedjaoui sur « le bilan de la protection juridique de l'environnement », « la prise de conscience collective » de la société civile internationale sur la réalité du danger environnemental encouru par la planète et la responsabilité des États à l'égard de sa protection. Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (II)*, Op. Cit., pp. 347 – 374.
[839] Jean-François ROULOT, *Le crime contre l'humanité*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 155.
[840] Mireille DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Op. Cit., p. 280.
[841] PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 2001*, Bruxelles, De Boeck Université, 2001, p. 9.
[842] Ibidem.

développement « dépasse […] largement celui de croissance économique »[843], et il est nécessaire de l'évaluer « non seulement selon l'incidence à court terme des capacités humaines, mais aussi en posant la question de savoir si une société évolue de façon à favoriser l'épanouissement humain »[844].

L'obligation étatique de protéger le territoire doit garantir l'établissement d'un espace propice pour l'épanouissement de l'être humain. Il doit servir de mesure pour fixer le degré du développement de la communauté humaine globale. Aucune « raison d'État », selon Peter Kovacs, ne peut pas être en opposition au droit international humaniste ni à son *jus gentium*[845]. L'État, en tant qu'*outil* de l'humanité et de l'être humain doit être à son service, pour la mise en place et la mise en œuvre de toutes les conditions requises afin de réussir l'épanouissement de l'être humain comme membre de l'humanité[846].

Dans le Programme du développement durable à l'horizon 2030, approuvé en octobre 2015, les États membres des Nations Unies ont ratifié ce propos, dans la mesure où ils sont « déterminés à éliminer la pauvreté et la faim, sous toutes leurs formes et dans toutes leurs dimensions, et à faire en sorte que les êtres humains puissent réaliser leur potentiel dans des conditions de dignité et d'égalité et dans un environnement sain ». Ainsi qu'à faire avec ces atteints « que tous les êtres humains aient une vie prospère et épanouissante et que le progrès économique, social et technologique se fasse en harmonie avec la nature »[847].

Désormais, le territoire n'est plus l'excuse des États-nations qui, fondés sur la souveraineté nationale absolue, fonctionnent, pour reprendre la formule de Danièle Lochak, « comme un mécanisme d'exclusion à l'égard de tous ceux qui n'appartiennent pas au corps de la nation : les étrangers, les apatrides, les minorités n'accèdent jamais à la jouissance des droits de l'homme sur un pied d'égalité avec les nationaux »[848].

---

[843] Ibidem.

[844] PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 2013*, New York, PNUD, 2014, p. 39.

[845] Péter KOVÁCS, « Raison d'État et droit international », *in* Jean-François AKANDJI-KOMBÉ (Dir.), *L'homme dans la société internationale : Mélanges en hommage au professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 91 – 93. Selon le juge constitutionnel hongrois, en droit international la raison d'État peut se définir à partir de deux approches : **l'une en tant qu'indifférente totale envers les obligations étatiques** où la « liberté quasi inconditionnelle de l'État », « l'intérêt et les avantages politiques et stratégiques prédominent », attitude que « va jusqu'au mépris du droit international, voire jusqu'à sa négation » et ; le seconde, **comme « consolation misérable des juristes** pour expliquer l'inobservance des règles du droit des gens ». Voir aussi, Mireille DELMAS-MARTY, *Raisonner la raison d'État : vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1989.

[846] Ici, on incorpore la réflexion faite par Emmanuelle JOUANNET sur le paradoxe du droit international par rapport à son désir d'universalisation. L'histoire du droit international où « l'universalité des idées masquant à chaque fois la violence de la conquête » ne peut pas se répéter ni être l'excuse pour réussir une nouvelle conquête, maintenant intellectuelle ou théorique, à travers l'imposition d'un ordre juridique singulière ignorant les diversités culturelles existantes aujourd'hui dans les États. On croit que l'affaiblissement de l'État n'est pas synonyme de l'affaiblissement de la population, il semble être le renforcement d'une pensée humaniste qui depuis la diversité trouve l'identité des problèmes globaux et l'existence d'une communauté humaine globale avec de besoins similaires qui méritent de solutions semblables. Emmanuelle JOUANNET, « Universalisme du droit international et impérialisme : le vrai faux paradoxe du droit international ? », *in* Emmanuelle JOUANNET et Hélène RUIZ FABRI (Dir.), *Impérialisme et droit international en Europe et aux États-Unis*, Paris, Société de législation comparée, 2007, pp. 15 – 40.

[847] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Transforming our World : the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Op. Cit., Préambule §§ 5 et 7.

[848] Danièle LOCHAK, *Les droits de l'homme*, Paris, La découverte, 2002, p. 90.

Dans le système juridique humaniste ne peut pas survivre la divergence entre « un principe universaliste d'égalité » et « un principe réaliste de souveraineté étatique et de protectionnisme »[849] qui conduit à la reconnaissance d'un nombre de droits et prérogatives aux seuls nationaux.

Ainsi par exemple l'Espagne, qui dans le cadre des mesures prises pour contraster la crise économique vécue depuis 2008, a, par décret royal 1192/2012[850], décidé de laisser sans assistance sanitaire, à charge des fonds publics, les étrangers qui n'ont pas un titre de séjour valable, sauf s'il s'agit d'une personne « nationale d'un État membre de l'[UE], Espace économique européen ou de la Suisse »[851], à condition d' « être enregistré dans le Registre central des étrangers »[852] ; ou s'il s'agit d'un individu « national d'un pays autre que ceux mentionnés dans les paragraphes précédents, ou les apatrides, et titulaires d'une autorisation de résider sur le territoire espagnol, durant le temps qu'elle reste en vigueur dans les conditions prévues par la législation spécifique »[853].

Comme on a pu le voir, la notion qui existe actuellement du territoire et le pouvoir que sur celui-ci exercent les États est incorrect.

Désormais, les États doivent se diriger vers la protection du territoire comme l'espace d'épanouissement des êtres humains sans aucune distinction entre nationaux et étrangers ; ces distinctions emportent des graves préjudices aux individus, surtout aux migrants[854].

Par rapport à la situation des migrants et la conception équivoque du territoire, la Commission IDH a estimé que « le fait de ne pas être national du pays où ils se trouvent ou étant d'origine étrangère implique que les migrants soient victimes de diverses violations à leurs droits de l'homme, délits, mauvais traitements et actes de discrimination, racisme et xénophobie »[855]. Plus encore si on tient en compte que la situation des migrants s'est aggravée au cours des dernières décennies lorsque la mobilité humaine internationale, spécialement, la mobilité irrégulière a été abordée avec des politiques étatiques « plus focalisées à la protection de la sécurité nationale qu'à la protection des droits de l'homme des migrants »[856].

---

[849] Ibid., p. 94.
[850] Ce décret entra en vigueur le 4 aout 2012, après d'être publié dans le Bulletin officiel de l'État, Disponible [En ligne] : https://www.boe.es/boe/dias/2012/08/04/pdfs/BOE-A-2012-10477.pdf (29 septembre 2018).
[851] Article 2, littéral. B, numéral. 2.
[852] Ibidem.
[853] Article 2, littéral. B, numéral. 3.
[854] Sur la question de comment financer ces nouveaux coûts pour les États, il existe depuis les années soixante-dix l'idée de la « Tobin Tax », que cherche à taxer les transactions financières internationales. Bien qu'au début cette taxe avait pour but l'élimination de la spéculation de capitaux, actuellement elle pourrait servir pour financer les coûts et les investissements sur le champ social qui demande le monde globalisé. Voir, James TOBIN, *The New Economics One Decade Older*, Princeton, Princeton University Press, 1974, pp. 88 – 92 ; David FELIX et Ranjit SAU, « On the Revenue Potential and Phasing in of the Tobin Tax », *in* Mahbub HAQ, Inge KAUL et Isabelle GRUNBERG, *The Tobin Tax : comping with Financial Volatility,* New York, Oxford University Press, 1996, pp. 223 – 254 ; et Ken SMITH, « Globalization and Taxation », *in* Bryan S. TURNER et Robert J. Holton, *The Routledge International Handbook of Globalization Studies : Second Edition*, London/New York, Routledge, 2016, pp. 242 – 254 ; et Jackie SMITH, *Social Movements for Social Democracy*.
[855] COMMISSION IDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, Washington, CIDH, OEA/Ser.L/V/II, 2013, § 80. Voir aussi, Antônio CANÇADO TRINDADE, *The Contribution of Latin American Legal Doctrine to The Progressive Development of International Law*, Recueil des cours de l'Académie du droit International, RCADI, 2015, Vol. 376, p. 81.
[856] Ibid., § 81.

Au long de l'histoire du droit international interétatique on a pu constater comment les territoires ont été l'objet de conquêtes, invasions et luttes saignantes qui ont fait de l'être humain le victimaire et la victime à la fois, d'une lutte colonialiste barbare fondée sur la distinction, la différence, l'exclusion et la discrimination à partir des limites frontalières, dont les uns nient aux autres la jouissance des droits sous l'argument d'appartenir à un territoire différent.

Les États-nations, avec leur protection du territoire réduite à la sécurité nationale, ont été le facteur nourrissant de l'exclusion humaine. « La mise en œuvre des politiques migratoires focalisées à la criminalisation de la migration »[857] et « l'intersection du droit pénal avec le droit des migrations »[858], le confirment. Cette manière d'accomplissement de la fonction régalienne de la protection du territoire échappe évidemment à la vision humaniste du droit international et se limite équivoquement à la vision interétatique du droit international jusqu'au mépris de l'ordre juridique international, voire sa négation[859].

L'une des conséquences de la globalisation est l'augmentation de la mobilité humaine[860]. La mobilité des personnes étant assez connue dans l'histoire de l'humanité, comme « l'une des mesures fondamentales que l'on peut entreprendre pour réaliser ses choix de vie et projets personnels »[861] et comme l'une des « capacités fonctionnelles fondamentales de l'être humain sur lesquelles on peut s'appuyer pour évaluer la liberté réelle dont disposent les gens pour mener à bien leurs projets et plans de vie »[862], ne peut pas être interdite ni se laisser réduire par le biais des politiques de sécurité nationale qui empêchent le développement de l'individu comme membre du genre humain.

Le PNUD a reconnu que « la mobilité humaine peut être un moyen extrêmement efficace d'offrir à quelqu'un de bien meilleures perspectives en termes de revenus, de santé et d'éducation. Mais elle représente bien plus encore : pouvoir choisir son lieu de vie est un élément essentiel de la liberté humaine »[863].

La seule protection du territoire, où l'épanouissement et le respect de la « cosmovision humaniste » soient les lumières de la fonction régalienne de l'*État-outil*, pourrait être compatible avec le système juridique proposé par le droit international humaniste.

B. La protection universelle et inconditionnelle de l'être humain dans tous les espaces étatiques

La fonction régalienne à l'égard du territoire en plus de garantir une protection respectueuse de la « cosmovision humaniste » et de l'épanouissement de l'être humain doit

[857] Ibidem.
[858] Ibidem.
[859] Péter KOVÁCS, *Raison d'État et droit international*, Op. Cit., p. 91.
[860] Armando MONTANARI, *Human mobility, global chance and local development*, Op. Cit., pp. 7 – 18.
[861] PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 2009*, New York, PNUD, 2010, p. 15.
[862] Ibidem.
[863] Ibid., p. 1.

être universelle, non seulement dans la théorie, comme on le voit avec la DUDH[864], mais de manière réelle.

La protection universelle et inconditionnelle de l'être humain dans tous les espaces étatiques doit être une réalité. Dès lors que les humains dans la pyramide humaniste sont placés au sommet, et les conditions économiques, politiques, culturelles, environnementales et sociales des États ne peuvent pas être au-delà des intérêts de la communauté humaine globale ni des individus.

Dans le système juridique international humaniste, les « allégeances altruistes et mondialistes [ne peuvent pas être] captées et détournées par les allégeances nationales »[865]. Le genre humain en tant qu'unité anthropologique ainsi que juridique doit être à la tête de toute réflexion. Si l'être humain est situé au sommet de la pyramide humaniste, et l'État est sauvé en tant qu'élément instrumental, c'est juste parce que la protection de l'individu doit être garantie en tout temps et dans tous les endroits, à partir d'une action collective des États, fondée sur une sorte de pacte social mondial souscrit entre les êtres humains et la communauté humaine globale[866].

Cependant, jusqu'à nos jours « le champ international est demeuré un terrain de décombres, sur lequel chaque État pouvait déverser à loisir ses ordures, en ne songeant qu'à récurer sa propre maison. Le domaine commun pouvait être aussi laid que possible »[867]. C'est pourquoi l'idée d'État blindé par la souveraineté, propriétaire égoïste et absolu du territoire étatique, et du destin des ressortissants, a été presque une reconnaissance de principe.

Suivant l'analogie faite par Paul Reiwald sur l'État et le criminel, on arrive à comprendre la méfiance des individus à l'égard des États dans la scène internationale, car le criminel est caractérisé par l'égoïsme et l'égocentrisme. Le criminel « considère comme tout naturel que ses besoins et ses revendications l'emportent de beaucoup sur les droits d'autrui […] Ce n'est pas faire un compliment à l'État souverain de constater l'identité presque complète entre cette idéologie de criminel et sa propre conception morale. Lui aussi considère [depuis longtemps] exclusivement son intérêt, lui aussi dénie tout droit aux autres États »[868].

Cela implique pour Reiwald, que l'État souverain par nature dénie non seulement des droits aux autres États mais aussi des droits d'autres nationaux, limitant ces fonctions

---

[864] Difficilement peut-on accepter que l'universalité des droits de l'homme soit une réalité dans le droit international interétatique. Elle reste un désir inachevé qu'aujourd'hui a du mal à être accompli par les entités étatiques. Surtout si on prend en compte l'évolution du droit international et l'échec du volontarisme étatique. Malheureusement, la Déclaration universelle des droits de l'homme ne réussit pas son universalité dans la vision interétatique du droit international et doit être actualisée, redéfinie ou enrichie. Sur ce sujet voir, Joseph YACOUB, *Réécrire la déclaration des droits de l'homme*, Paris, Desclée de Brouwer, 2008.

[865] Robert KOLB, « Société internationale ! Communauté internationale ? », Op. Cit., p. 80.

[866] Voir à cet égard, l'idée lancée sur l'élaboration d'une charte sociale mondiale dans le rapport mondial sur le développement humain de 1994. Selon le rapport, « le moment est venu de formuler le concept nouveau de sécurité humaine en termes clairs et précis au moyen d'une charte sociale mondiale […] L'émergence d'un consensus sur les impératifs mondiaux de la sécurité humaine impose aujourd'hui de définir des contrats sociaux planétaires […] [par lesquels] tous les pays s'engageraient à faire accéder l'ensemble de leurs ressortissants à un niveau de développement humain satisfaisant –au minimum– leurs besoins essentiels ». PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 1994,* Op. Cit., p. 7.

[867] Paul REIWALD, *Conquête de la paix : fondements philosophiques de la nouvelle société*, Genève, Éditions de Rhône, 1944, p. 206. Cité par Robert KOLB, « Société internationale ! Communauté internationale ? », Op. Cit., p. 86.

[868] Ibid., p. 79.

régaliennes à ses propres nationaux, ignorant, qu'aujourd'hui, les individus plus que des « citoyens du monde » sont des ressortissants de la planète[869].

La nouvelle nature instrumentale de l'État, oblige à repenser la dénomination de l'être humain par rapport à son enracinement à une entité étatique. Les mots « national » et « étranger » sont dépassés par celui de « cosmopolitique » dans le droit international humaniste[870]. Le cosmopolitique, à partir de deux visions différentes, l'une stoïque et l'autre des Lumières, se conçoit soit à travers l'idée qu' « il n'y a pas d'étrangers puisque nous sommes tous citoyens du monde », soit par la pensée qu' « il n'y a que des étrangers puisque nous sommes tous étrangers les uns aux autres »[871]. Cependant, on croit que la phrase « citoyen du monde » n'est pas correcte et doit être remplacée par celle de « ressortissant du monde » par le rapport de la citoyenneté avec la majorité d'âge et l'obtention des droits civils et politiques. Ce qui conditionnerait la jouissance de certains droits à un nombre particulier d'individus[872].

L'affaiblissement des frontières et des limites étatiques emportées par la globalisation ainsi que par la conscience humaine globale, ouvre la porte à une vision cosmopolitique de la réalité de l'être humain et du monde vécu[873]. La vision cosmopolitique élargit « la politique étatique sur l'horizon du monde parce que [les nouvelles réalités] rappelle aux États ce qu'ils doivent non seulement à leurs [ressortissant], mais aux [ressortissants][874] du monde »[875]. À différence de l'idée d'États souverains, égocentriques, égoïstes, voire criminels, les *États-outils* comme protecteurs de l'humanité, de l'être humain et de son lieu d'épanouissement, peuvent qu'offrir aux individus une protection universelle et inconditionnelle dans leurs territoires.

Par exemple, la Charte de l'Organisation des États Américains a visualisé depuis 1948 une protection universelle et inconditionnelle des êtres humains. Dans son préambule, elle affirme que « la mission historique de l'Amérique est d'offrir à l'homme une terre de liberté et un milieu favorable au plein développement de sa personnalité et à la réalisation de ses justes aspirations »[876]. Par conséquent, « les États américains proclament les droits

---

869 Selon Étienne Tassin, le citoyen du monde peut être défini comme « l'individu [qui] se reconnaît partout chez lui et tient pour illégitimes les frontières et les exclusions ». Étienne TASSIN, *Un monde commun : pour une cosmo-politique des conflits*, Op. Cit., p. 162.

870 En effet, ce qui semble être nouveau est plus ancien. « Le concept de nationalisme et l'histoire de son influence relèvent de l'histoire *la plus récente* de la modernité : c'est au XVIIIe et au XIXe siècles qu'ils ont déployés en Europe leur force génératrice de mythes. En revanche, le concept et l'histoire du cosmopolitisme sont aussi anciens que la pensée politique. Les concepts de « cosmopolite » et de « cosmopolitisme » ont été forgés dans l'Antiquité ». Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Aubier, 2003, p. 88.

871 Étienne TASSIN, *Un monde commun : pour une cosmo-politique des conflits*, Op. Cit., p. 162.

872 Sur ce sujet, Rafael Domingo préfère le substantif en anglais « homeland » pour faire référence à l'homme globalisé, à l'homme qui ne sent plus national mais mondial. Ce qui à l'égard de l'expression qu'on utilise de « ressortissant du monde », revient à la même chose. Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., p. 107.

873 Attila TANZI, *Remarks on Sovereignty in the Evolving Constitutional Features of the International Community*, International Community Law Review, Op. Cit., pp. 168 et 169.

874 D'accord aux explications données auparavant, on substitue les mots citoyens par ceux de ressortissants.

875 Étienne TASSIN, *Un monde commun : pour une cosmo-politique des conflits*, Op. Cit., p. 171.

876 Préambule, Charte de l'Organisation des États américains (Charte de l'OEA), 9e Conférence internationale américaine, adoptée à Bogotá - Colombie, le 30 avril 1948, telle qui amendée par les Protocoles de Buenos Aires (27 février 1967), de Cartagena de Indias (5 décembre 1985), de Washington (14 décembre 1992) et de Managua (10 juin 1993), et entrée en vigueur le 13 décembre 1951.

fondamentaux de la personne humaine sans aucune distinction de race, de nationalité, de religion ou de sexe »[877].

Les rédacteurs de la Charte de l'OEA ont bien compris que l'universalité et l'inconditionnalité de la protection de l'être humain sont dues à son irréductible nature humaine[878], laquelle fait preuve de la supériorité qu'ont les individus sur les États et de la primauté qu'ils ont dans le système juridique international. « L'universalité de la nature humaine est ainsi la garante de l'universalité des droits de l'homme » et de sa protection internationale[879]. La protection de l'être humain « incarne […] la concrétion d'objectifs qui dépassent chaque État pour concerner plus largement la communauté internationale »[880].

L'être humain, comme « artisan du progrès de l'humanité »[881], n'est pas juxtaposé mais superposé aux structures étatiques. Par conséquent, sa protection devient une obligation *erga omnes* par rapport à la généralité des membres du genre humain, qui ont à leur service, sans aucune condition, tous les espaces étatiques pour leur épanouissement et leur développement.

On est en train de voir la construction d'un « espace public mondial »[882]. La Communauté andine des nations (CAN), l'UE et l'UA, sont de bons exemples du début de cette entreprise. Une communauté dans laquelle les *États-outils* sont conçus pour protéger tous ensemble le territoire mondial de la communauté humaine globale, afin de garantir que les membres du genre humain puissent avoir la jouissance de leurs droits.

Ainsi, nier l'inconditionnalité et l'universalité de la protection de l'être humain, serait la perpétration de la situation chaotique du droit international germée par la « doctrine Lotus » et consolidée par la vision interétatique de la régulation internationale (où l'État est considéré la « pierre angulaire »[883] du droit international). Il serait aussi la méprise des individus par l'acceptation de leur protection limitée et sélective, faisant primer les intérêts étatiques sur les intérêts de l'humanité.

La fonction de protection du territoire doit désormais être comprise comme une protection universelle, grâce à la création progressive que se fait avec la globalisation d'un « espace public mondial ». La transformation que doit avoir la fonction du maintien du pouvoir public pour réussir cette protection réelle et universelle des individus devient alors indispensable.

§ 2 : Le maintien du pouvoir public

---

877 Article 3 de la Charte de l'OEA.
878 Mireille DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun,* Op. Cit., p. 271.
879 Henri PALLARD, « Universalité ou universalisation des droits de l'homme ? Un philosophe du droit lit un anthropologue du droit », Op. Cit., p. 115.
880 Céline HUSSON-ROCHCONGAR, « « Chaque homme porte la forme entière de l'humaine condition » ? Chronique d'un introuvable universel en droit international des droits de l'homme », Op. Cit., p. 284.
881 Stamatios TZITZIS, *La personne, l'humanisme, le droit*, Op. Cit., p. 8.
882 Julie ALLARD et Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit,* Paris, Seuil, 2005, p. 88.
883 Catherine-Amélie CHASSIN, « Le Lotus est-il mort ? Des droits de l'homme confrontés à la souveraineté des États », Op. Cit., p. 170.

Pour le réussir, il est pertinent que l'*État-outil* ait une structure interne adéquate à la protection réelle des individus, au moyen d'un *pouvoir public conçu par et pour le service de l'être humain comme sujet de droit (A)*, d'une part, et d'autre part, par *la mise en œuvre du pouvoir public au service de la protection réelle des individus (B)*.

A. Le pouvoir public conçu par et pour le service de l'être humain comme sujet de droit international

Le droit international humaniste ne peut pas répéter les erreurs du passé. Il ne peut pas permettre que l'État –avec la souveraineté absolue à l'appui– compte de nouveau avec un pouvoir public créé par la primauté des normes juridiques et des intérêts étatiques. Il ne peut plus accepter que le pouvoir public à l'égard des besoins de la communauté humaine globale, soit plus en représentation des intérêts privés que des intérêts des individus[884]. Pour l'ordre juridique humaniste, l'exercice effectif du pouvoir public ne peut pas dépendre de si la personne à protéger est national ou étranger. La seule chose importante pour le droit international humaniste, c'est que l'État est créé pour la protection d'êtres humains.

L'une des choses que ne peut plus permettre le droit international humaniste est ce qui se passe actuellement dans l'UE et ses États membres, qui dans le papier ont fondé l'organisation sur le respect des droits de l'homme, mais dans les faits ce respect n'est appliqué qu'à l'intérieur de leurs frontières (et non pas pour tous les cas). Particulièrement, lorsque « le personnel chargé de surveiller les frontières extérieures très actives de l'UE n'est pas toujours conscient que les réfugiés doivent avoir la possibilité de demander asile » ; ou lorsque la politique prioritaire de l'UE vise à signer « accords de réadmission » vers « les pays situés à l'est et au sud de ses frontières » et entraîner que les pays en Afrique du Nord ou dans la frange orientale de l'Europe comme l'Albanie, l'Ukraine et la Russie, soient « massivement engagés dans la construction de centres de rétention pour immigrants, souvent avec un important soutien financier de l'UE » [885].

Pour le droit international humaniste, le pouvoir public de l'*État-outil* doit s'ériger en symbole de la primauté de l'individu, de l'importance qu'il revêt pour la pyramide humaniste. Pour l'*État-outil* l'exercice du pouvoir public doit être soumis fonctionnellement au respect de l'être humain. En fin de compte, telle fut la finalité originaire pour laquelle le pouvoir public a été marqué depuis la théorie du pacte social de Jean Jacques Rousseau[886].

Aujourd'hui, et malgré la prépondérance qu'a l'État-nation dans le droit international interétatique, dans la plupart de constitutions des pays, appartenant à de différents systèmes juridiques (*civil law* et *common law),* la finalité originaire du pacte social peut être identifiée. Quelques exemples de textes constitutionnels des continents *américain (I)*, *africain (II)*, *asiatique (III)*, et *européen (IV)*, seront une bonne illustration.

I. Dans le continent américain

[884] Jean SALMON, *Quelle place pour l'État dans le droit international d'aujourd'hui ?* Op. Cit., pp. 31 et 32.
[885] Judith KUMIN, *Control vs. Protection : refugees, migrants and the EU*, Refugees, Genève, UNHCR, No. 148, Vol. 4, 2007, pp. 25 – 28.
[886] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social.* Op. Cit., pp. 89 et 90.

D'après la pensée contractualiste sur la formation de l'État, « un peuple révolutionnaire est un peuple constituant, un peuple dont le pouvoir s'entend comme un pouvoir constituant »[887]. Le pouvoir populaire qui donne naissance au pouvoir public et à travers lequel s'exerce évidemment la puissance publique, a été déterminé *par* et *pour* une finalité essentielle de protection vis-à-vis de tous les êtres humains. Trois exemples concrets du continent américain (la Colombie, le Mexique et les États-Unis) serviront pour le démontrer.

Dans le cas particulier colombien, la finalité essentielle se reflète dans le Préambule de la Constitution de 1991[888] avec l'affirmation que le « peuple colombien » est le créateur du pouvoir constitué, avec la finalité d'assurer aux personnes « la vie, la vie en commun, le travail, la justice, l'égalité, la connaissance, la liberté et la paix ». Cette idée est confirmée à l'article 2, selon lequel « les autorités de la République sont établies pour protéger toutes les personnes résidantes en Colombie, dans leur vie, l'honneur, les biens, les croyances et les autres droits et libertés ». Ainsi, dans le cadre constitutionnel colombien a été intégrée la téléologie de la fonction régalienne depuis les postulats contractualistes de Rousseau.

Il en est de même du Mexique dans la partie introductive de la Constitution fédérale de 1917[889], où s'affirme que le « Congrès constituant », en tant que représentant du peuple, a eu à pour bien l'adoption du texte constitutionnel, pour garantir que dans les États-Unis mexicains, « toutes les personnes jouiront des droits humains reconnus dans [la] Constitution »[890].

Aux termes de l'article 1.3, « toutes les autorités, dans le cadre de leurs pouvoirs, ont l'obligation de promouvoir, respecter, protéger et réaliser les droits de l'homme en conformité avec les principes d'universalité, interdépendance, indivisibilité et progressivité. Par conséquent, l'État doit prévenir, enquêter, punir et réparer les violations des droits de l'homme dans les termes établis par la loi »[891].

Par ailleurs, la Constitution de Philadelphie évoque aussi dans son Préambule que c'est « le peuple des États-Unis » qui a adopté le texte constitutionnel et a mis en place les pouvoirs publics, en vue « d'établir la justice, d'assurer la paix intérieure, de pourvoir à la défense commune, de développer la prospérité générale et d'assurer les bienfaits de la liberté »[892].

II. Dans le continent africain

---

887 Étienne TASSIN, *Un monde commun : pour une cosmo-politique des conflits*, Op. Cit., p. 99.

888 Il s'agit de la Constitution colombienne faite par l'Assemblée constitutionnelle en 1991 et convoquée par le peuple colombien pour substituer la Constitution de 1886. Elle entra en vigueur le 4 juillet 1991.

889 Techniquement, la Constitution mexicaine de 1917, qui fut promulguée le 5 février 1917 et entra en vigueur le 1er mai de la même année, ne compte pas avec un Préambule proprement dit. Cependant, dans la doctrine il est dit que la partie introductive de ce texte peut être conçue comme un vrai Préambule. Sur ce sujet voir, José Ramón COSSIO, *Los preámbulos de las constituciones mexicanas : contenidos y funciones,* Revista del Instituto de la Judicatura Federal, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2001, No. 8, pp. 61 – 87.

890 Article 1.1.

891 Article 1.3.

892 Il faut se souvenir que la Constitution de Filadelfia fut adoptée par la Convention constitutionnelle le 17 septembre 1787, et entra en vigueur le 4 mars 1789, après d'avoir été remplie la condition de son article VII.

Pour sa part, dans le continent africain les exemples constitutionnels du Nigeria et du Sénégal seront assez illustratifs sur la finalité essentielle donnée à l'État par le pacte social. Le Nigeria dans sa Constitution reprend l'idée de la finalité essentielle par rapport au pouvoir public. Elle stipule que c'est « le peuple de la République fédérale du Nigeria » qui prend la décision de créer la Constitution, comme preuve du pouvoir constituant, pour établir un pouvoir public « dans le but de promouvoir la bonne gouvernance et le bien-être de toutes les personnes dans [le] pays, sur les principes de liberté, d'égalité et de justice, et dans le but de renforcer l'unité de son peuple »[893].

De manière analogue, la Constitution sénégalaise de 2001[894] dispose que « le peuple du Sénégal […] profondément attaché à ses valeurs culturelles fondamentales »[895] a approuvé et adopté la Constitution, avec l'objectif de garantir les droits « de la personne humaine [puisqu'elle] est sacrée [et] inviolable »[896], que « l'État à l'obligation de la respecter et de la protéger »[897], reconnaissant « l'existence des droits de l'homme inviolables et inaliénables comme base de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde »[898].

III. Dans le continent asiatique

Sans plus de variation dans les Constitutions des États asiatiques choisis, se trouve aussi l'idée du pouvoir public par et pour le service des êtres humains. C'est le cas de la Chine qui dans sa Constitution[899] consacre qu'à partir de la fondation de la République populaire de Chine, c'est « le peuple chinois, qui détient le pouvoir de l'État, est maître du pays »[900]. Ainsi, « tout le pouvoir dans la République populaire de Chine appartient au peuple »[901], qui l'exerçant « œuvre au maintien de la paix mondiale et au progrès de l'humanité »[902].

Dans la Constitution japonaise se répète aussi la téléologie sur le pouvoir public qui a été décrite[903]. En effet, « le pouvoir souverain appartient au peuple ». Le peuple établit la Constitution pour garantir les « droits fondamentaux de la personne humaine »[904]. Ces droits fondamentaux, « sont accordés au peuple de cette génération comme à celui des générations à venir, au titre des droits éternels et inviolables »[905], qui doit les exercer avec l'extrême responsabilité et s'abstenir « d'abuser d'une façon quelconque de ces libertés et de ces

---

[893] Constitution fédérale du Nigeria de 1999, partie introductive.
[894] La Constitution de la République du Sénégal fut adoptée le 7 janvier 2001, par un référendum constitutionnel taché d'avoir eu des irrégularités, et promulguée le 22 janvier 2001. Voir par rapport à la portée de l'irrégularité procédurale du référendum constitutionnel : Ismaïla Madior, FALL. *Évolution constitutionnelle du Sénégal : de la veille de l'indépendance aux élections de 2007.* Dakar, CREDILA, 2007, pp. 88 – 146.
[895] Préambule.
[896] Article 7.
[897] Ibidem.
[898] Ibidem.
[899] La Constitution actuellement en vigueur dans la République populaire Chine, est la Constitution du 4 décembre 1982, telle qui amendée par les réformes de 1988, 1993, 1999 et 2004.
[900] Préambule.
[901] Article 2.
[902] Préambule.
[903] Il s'agit de la Constitution du Japon de 1946, qui fut promulguée le 3 novembre 1946 et entra en vigueur le 3 mai 1947.
[904] Article 11.
[905] Ibidem.

droits »[906], puisqu' « il lui appartient de les utiliser en permanence pour le bien-être public »[907]. De cette manière, le texte constitutionnel japonais assure « une participation de la population étatique au fonctionnement des pouvoirs publics », en tant que créateurs et bénéficiaires du pouvoir[908].

IV. Dans le continent européen

En Europe, pour sa part, l'Allemagne a pris la même formule dans le Préambule de la Constitution de la République fédérale de 1949, à l'assurer qu' « animé de la volonté de servir la paix du monde […] le peuple allemand s'est donné la présente Loi fondamentale en vertu de son pouvoir constituant ». Fixant après à l'article 1 que : « 1) La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. 2) En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme le fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde. 3) Les droits fondamentaux énoncés ci-dessus obligeant le législatif, l'exécutif et le judiciaire à titre de droit directement applicable »[909].

La même finalité fut consacrée dans le Préambule du texte constitutionnel espagnol de 1978[910]. Il consacre que « la Nation espagnole », faisant allusion au peuple constituant, « désireux d'établir la justice, la liberté et la sécurité et de promouvoir le bien de tous ses membres […] proclame sa volonté de […] collaborer dans le renforcement des relations pacifiques et la coopération entre tous les peuples de la Terre ». Aussi, dans l'article 10 à l'établir que « la dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et des droits d'autrui constituent le fondement de l'ordre politique et de la paix sociale ».

La France soutient aussi la finalité essentielle donnée par le postulat de Rousseau dans le Préambule de la Constitution de 1958. Il stipule que « le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme […] tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 et les droits et devoirs définis dans la Charte de l'Environnement 2004 ». La première partie du Préambule de la Constitution de 1946 précise qu' « après la victoire des peuples libres des régimes qui cherchent à asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain sans distinction de race, de religion ou de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ».

Une formule similaire par rapport à la finalité essentielle du maintien du pouvoir public, est utilisée dans la Constitution grecque de 1975[911], qui affirme que « tous les pouvoirs

---

[906] Article 12.
[907] Ibidem.
[908] Pierre ECKLY, « Force et faiblesses de la Constitution japonaise pour le XXIe siècle », *in* Ken HASEGAWA (Dir.), *Le nouveau défi de la Constitution japonaise : les théories et pratiques pour le nouveau siècle, Séminaire franco-japonais de droit public*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 26 et 27.
[909] Cette constitution entra en vigueur le 23 mai 1949.
[910] La Constitution espagnole fut ratifiée en référendum le 6 décembre 1978, sanctionnée par le Roy le 27 décembre de cette année, et entra en vigueur le 29 décembre de la même annualité, après d'avoir été publiée dans le Bulletin officiel.
[911] La Constitution grecque de 1975, fut adoptée par l'Assemblée nationale le 9 juin 1975, et entra en vigueur 2 jours après le 11 juin.

émanent du peuple, existent pour lui et la nation, et ils sont exercés ainsi qu'il est prescrit par la Constitution »[912]. L'article 2 dispose que : « 1) Le respect et la protection de la valeur de la personne humaine constituent la première obligation de l'État » et que « 2) La Grèce, se conformant aux règles du droit international généralement reconnues, poursuit l'affermissement de la paix et de la justice, ainsi que le développement de relations amicales entre les peuples et les États ».

La Fédération de Russie intègre également dans la Constitution fédérale de 1993 la même finalité essentielle dans son Préambule. Il établit que le « peuple multinational de la Fédération de Russie, uni par un destin commun sur notre terre, affirmant les droits et libertés de l'homme, la paix civile et la concorde », fondé « sur les principes universellement reconnus d'égalité en droit et d'autodétermination des peuples », et reconnu « comme une part de la communauté mondiale, adoptons la Constitution de la Fédération de Russie ». De même dans l'article 2 que consacre clairement que « l'homme, ses droits et libertés sont la valeur suprême. La reconnaissance, le respect et la protection des droits et libertés de l'homme et du citoyen sont une obligation de l'État »[913].

Avec les exemples donnés, on a pu constater que la plupart des États ont suivi la téléologie des postulats du pacte social de Rousseau où s'est dessiné le pouvoir public comme un élément au service de l'être humain.

Ce constat a permis de remarquer que la notion d'*État-outil* est compatible avec cette téléologie, autant que de savoir que les textes constitutionnels de plusieurs États –de divers systèmes juridiques– comptent déjà avec les bases téléologiques nécessaires pour intégrer la notion d'*État-outil*. L'intégration de cette notion ainsi que de tout le système juridique conçu par le droit international humaniste, s'en trouve ainsi facilitée.

B. La mise en œuvre du pouvoir public de l'*État-outil* au service de la protection réelle de l'être humain

De même que ce qui se passe avec l'universalité des droits de l'homme et leur protection, dont « ils sont à la fois l'objet d'une approbation pratiquement universelle, manifestée par les signatures officielles des nations, alors qu'ils ne sont réellement appliqués nulle part »[914], on peut percevoir que le problème du maintien du pouvoir public –focalisé à la protection réelle de l'individu– n'est pas d'acceptation ou de reconnaissance de l'universalité mais de mise en œuvre.

Pour cela, après d'avoir constaté l'existence d'une base constitutionnelle d'origine rousseauienne qui supporte l'*État-outil*[915], il reste une question à résoudre : de quelle manière

[912] Article 1.3.
[913] Pour sa part, la Constitution Russe fut approuvée par référendum le 12 décembre 1993, et adoptée la même date selon ses dispositions finales et transitoires.
[914] Jean POIRIER, « Les droits de l'au-delà du droit », *in* Christoph EBERHARD et Geneviève VERNICOS (Ed.), *La quête anthropologique du droit : autour de la démarche d'Étienne le Roy*, Paris, Karthala, 2006, p. 104.
[915] On croit, à partir des analyses constructivistes de John Rawls, que les postulats de la doctrine du contrat social sont universels dans sa portée due au fait que ses sources proviennent de la raison humaine, dans laquelle des participants rationnels adoptent au cas par cas des principes de justice à chaque type d'objet et de situation. Ainsi, peu à peu, il y aura tous les principes majeurs, y compris ceux qui sont nécessaires pour définir les différents devoirs et obligations politiques des individus et des entités étatiques. Voir, John RAWLS, *Le droit des gens*, Paris, Éditions Esprit, 1996, pp. 42 – 46.

on peut mettre pleinement le pouvoir public au service des individus sans tomber dans les défauts du droit international interétatique que privilégié les intérêts des États sur les intérêts de l'humanité ?

Partant du postulat consacré à l'article 30 de la DUDH[916], dans lequel est signalé qu'aucun État ne peut se prévaloir de l'accomplissement des droits de l'homme à partir d'une interprétation contraire aux intérêts des individus. En plus, si on prend en compte que l'obligation de respecter les droits des êtres humains n'est pas que conventionnelle mais coutumière, voire une « *obligation internationale générale* »[917], on croit que la réponse à la question posée se trouve dans la mise en œuvre d'un pouvoir public qui garantisse la protection réelle de l'être humain et de ses droits.

Paraphrasant à Stephen Myron Schwebel, président de la CIJ en 1999, la lutte pour les droits des êtres humains ne peut pas devenir une réalité que dans le cadre des systèmes juridiques qui fonctionnent, que ce soit au niveau local, national, ou international[918]. Dans la structure du système international humaniste « pour mieux gouverner au niveau national et mieux gouverner au niveau international, il faut des [*États-outils*] forts dotés d'institutions efficaces »[919], qui visent toujours la primauté de l'être humain et la garantie de sa protection réelle.

Cela est un appel à la bonne gouvernance par la voie d'*un pouvoir public d'inversion sociale (I)*, grâce auquel puisse se contraster le déséquilibre existant depuis décennies entre l'adoption et l'application à succès des réglementations facilitant l'expansion des marchés mondiaux et la faible attention accordée à des objectifs sociaux importants en matière de réglementation du travail, des droits de l'homme, d'environnement, de lutte contre la pauvreté et la famine[920]. Pour arriver ainsi à *un pouvoir public vers l'intégration humaine au profit du bonheur et du bien-être de tous les individus (II).*

I. Le pouvoir public d'inversion sociale

[916] Article 30 : « Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés ». Cet article est considéré comme une protection anti-destruction des droits puisqu'il représente la « précaution des rédacteurs qui ont ainsi, de manière péremptoire, institué un garde-fou destiné à éviter les erreurs d'interprétation, et surtout à déjouer les manœuvres des États, des groupements et des individus qui tendraient à détruire les droits énoncés » dans toute la Déclaration. Christine CHANET, « *Destruction des droits », in* Mario BATTATI, Olivier DUHAMEL et Laurent GREILSAMER (Comp.), La Déclaration universelle des droits de l'homme, Paris, Gallimard, 1998, p. 153.

[917] Gérard COHEN-JONATHAN, *Universalité et singularité des droits de l'homme,* Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2003, No. 53, p. 6.

[918] Stephen Myron SCHWEBEL, *Discours prononcé devant l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies réunie en session plénière le 26 octobre 1999*, Disponible [En ligne] : http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?pr=87&p1=6&p2=1&lang=fr&search=%22schwebel%22&PHPSESSID=ec3d9dc44b98f1cbf816f0fffa05af64http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?pr=87&p1=6&p2=1&lang=fr&search=%22schwebel%22&PHPSESSID=ec3d9dc44b98f1cbf816f0fffa05af64 (29 septembre 2018).

[919] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Rapport du millénaire du Secrétaire des Nations Unies : Nous, les peuples : le rôle des Nations Unies au XXIe siècle*, Op. Cit., § 15.

[920] Ibid., § 23.

Le droit international humaniste doit faire de l'*État-outil* une sorte d'entité administrative chargée d'accomplir les politiques données par et en faveur de la communauté humaine globale. Le caractère instrumental assigné à l'entité étatique dans le droit international humaniste, fait que l'État soit conçu davantage comme une entité administrative, chargée d'accomplir les politiques données par la communauté humaine globale, que comme un sujet de droit en droit international. De là, si les États ne développent pas des politiques en harmonie avec les valeurs communes et besoins de l'humanité, ils perdent de plein droit leur autonomie et ils peuvent se faire remplacer « contre tout autre qui pourrait mieux faire »[921].

En d'autres termes, il existe un lien inexorable entre le bien-être des individus et la justice sociale, qui se comprend à travers l'idée d'égalité. La justice sociale est « inséparable de la réalisation des droits de l'homme et qu'il incombe à la collectivité de promouvoir en veillant à la juste répartition des avantages et des richesses entre les membres de la société »[922]. Pour faire de la justice sociale une réalité, le pouvoir public doit parcourir nécessairement le chemin de l'inversion sociale progressive et permanente.

Dans le cadre étatique, c'est l'*État-outil* en exercice de sa puissance publique le réalisateur principal de la justice, grâce à l'inversion sociale dirigée vers le bien-être des habitants. Les *États-outils*, comme réalisateurs de la justice sociale, ne doivent pas différencier les habitants à partir des critères d'exclusion, comme celui de la nationalité. Le territoire n'appartient à personne, il se considère l'endroit d'épanouissement de tous les individus. L'être humain est porteur d'humanité dans n'importe quel endroit.

Seule la mise en fonctionnement d'un pouvoir public d'inversion sociale peut garantir la protection réelle de l'être humain. En passant des traitements d'égalité à des traitements d'équité, l'État accomplit le rôle de maintenance d'une orientation du pouvoir public au service des individus. Dans sa théorie de la justice, John Rawls ne se contente pas avec l'égalité, il parle d'équité en tant que « principe de base du droit international public »[923]. Deux principes capitaux y sont visualisés pour réussir une justice sociale : le « principe de liberté »[924] et le « principe de différence »[925].

Pour le pouvoir public de l'*État-outil*, ces deux principes semblent être très appropriés, dans la mesure où l'État doit garantir à chaque personne un système adéquat de libertés de base égales, compatible avec le système de libertés pour tous, dans lequel les traitements favorables à certains groupes doivent accomplir deux conditions : « l'égalité équitable de chances »[926] et « procurer les plus grands bénéfices aux membres les plus défavorables de la société »[927].

Le pouvoir public de l'*État-outil* dans l'intérêt de réussir la protection réelle des êtres humains doit projeter toute sa structure et toute sa puissance à l'inversion sociale, s'assurant

---

[921] Jean SPIROPOULOS, *L'individu et le droit international*, Op. Cit., p. 258.
[922] Danièle LOCHAK, *Les droits de l'homme*, Op. Cit., p. 80.
[923] John RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Points, 2009, p. 144.
[924] Ibid., pp. 91 – 96.
[925] Ibid., pp. 115 – 120.
[926] John RAWLS, *La justice comme équité*, Paris, La Découverte, 2003, p. 69.
[927] Ibid., p. 70.

que la protection donnée est inclusive et équitable[928]. Cependant, le pouvoir public pour être effectif doit garantir des points d'inversion sociale très précis et prioritaires qui changeront et s'adapteront progressivement aux besoins de la communauté. Ils seront de caractère permanent, puisque la protection que doit s'offrir aux individus est aussi du même caractère.

Les points d'inversion sociale sensibles ou précis dont doit tenir compte le pouvoir public de l'*État-outil*, sont ceux qui se groupent dans le concept de « *mínimo vital* »[929] et sont connus dans la doctrine par le nom de droits sociaux fondamentaux ou « *derechos sociales fundamentales* »[930], comme droits subjectifs des individus. Ils contiennent concrètement le droit à : l'alimentation, la santé, l'éducation, le travail, la sécurité sociale et le logement.

L'inversion sociale encadrée par le pouvoir public doit se diriger à la garantie du « *mínimo vital* », parce qu'elle dérive des « principes de l'État social de droit, dignité humaine, solidarité, en concordance avec les droits fondamentaux à la vie, à l'intégrité personnelle et l'égalité »[931]. En plus, parce que l'inversion sociale a la finalité, à partir de la primauté de l'être humain, de mettre des limites aux fonctions étatiques pour offrir une « protection spéciale aux personnes en situation de manifeste nécessité »[932].

Autrement dit, l'*État-outil* par ses fonctions régaliennes, qui expliquent et justifient son existence, est obligé de créer et de maintenir les conditions matérielles nécessaires à l'individu pour vivre avec dignité. Dans certaines circonstances d'urgence, grand danger ou extrême dénuement, l'État est à son tour obligé de garantir les conditions matérielles, le plus souvent de manière intemporelle, pour empêcher la dégradation ou la destruction des êtres humains[933].

Pour garantir une véritable protection des individus, il ne suffit pas la mise en œuvre du pouvoir public créé pour l'inversion sociale, il faut aussi la mise en fonctionnement du pouvoir public orienté vers l'intégration humaine et la satisfaction de ses intérêts.

II. Le pouvoir public orienté vers l'intégration humaine

La mise en place du pouvoir public au service de la protection réelle de l'être humain, placée dedans le contexte de l'*État-outil*, doit garantir l'intégration humaine et la défense des

---

[928] On rappelle que la notion d'équité tente de surmonter la tension entre l'égalité de droit et l'égalité des conditions en visant à atténuer et au futur supprimer les désavantages liés par les lieux de naissance, l'origine sociale, les ressources économiques et les différences culturales des personnes. Sur ce sujet, voir la réflexion de Danièle Lochak sur la justice sociale. Danièle, LOCHAK. *Les droits de l'homme*. Op. Cit., pp. 80 – 90.

[929] L'un des tribunaux constitutionnels du monde qui a le plus a travaillé sur le concept de « mínimo vital » a été la Cour constitutionnelle colombienne. Voir, COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-426-92,* Requête T-824, 24 juin 1992 ; *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-005-95*, Requête T-42711, 16 janvier 1995 ; *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-015/1995*, Requête T-49824, 23 janvier 1995 ; *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-144-95,* Requête T-50890, 30 mars 1995 ; *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-198-95,* Requête T-65128, 8 mai 1995 ; *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-500-96*, Requête T-100310, 4 octobre 1996 ; *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-284-98,* Requête T-155497, 4 juin 1998 et ; et *Arrêt d'Unification SU-062-99,* Requête T-168219, 4 février 1999.

[930] Rodolfo ARANGO RIVADENEIRA, *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Legis, 2012.

[931] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-776-03*, Requête D-4429, 9 septembre 2003, § 4.5.3.3.2.

[932] Ibidem.

[933] Ibidem.

intérêts de l'humanité. D'autre manière, l'existence de l'entité étatique dans le droit international humaniste serait inconcevable et injustifiable si elle n'aide pas à la réalisation des désirs de ses membres.

Le pouvoir public qu'on envisage, est un pouvoir conscient que « les droits de l'homme appartiennent à l'homme en tant que tel, puisqu'ils se fondent sur la dignité inhérente à l'être humain »[934]. Cet argument est assez convaincant pour justifier le pouvoir public étatique comme médiateur de l'intégration humaine, accentuée par la globalisation et la mobilité des individus.

Maintenir l'existence de l'État dans le droit international humaniste, qui cherche l'adéquation de l'ordre juridique international à la globalisation et aux besoins de la communauté humaine globale, est un défi aux théoriciens du droit global et de la « démocratie cosmopolite »[935].

Pour bien répondre à ce défi, le droit international humaniste doit s'appuyer sur l'orientation du pouvoir public étatique à l'intégration humaine par le biais de la protection des intérêts de l'humanité, en garantissant le respect des droits de l'homme et la protection de l'environnement.

D'autre part, maintenir en vigueur l'État a un fort risque sociologique. La discussion sur la survivance de l'État devient une discussion sur l'identité, dans la mesure où les communautés que se constituent selon les principes universalistes des entités étatiques, développent « une identité collective de façon à interpréter et à mettre en œuvre ces principes à la lumière de son histoire et dans le contexte de sa forme de vie »[936]. C'est le risque que le monde entier a vécu avec la notion d'État-nation. Cependant, on sait aussi que ce risque peut se réduire –presque se faire disparaître– grâce à la dimension commune du genre humain construite autour de la culture politique de la société mondiale », qui étant « d'ordre éthico-politique, [est] nécessaire à la formation équivalente d'une communauté et d'une identité à l'échelle de la planète »[937].

Pour cette raison, la survivance de l'État, à travers la notion instrumentale de l'*État-outil,* trouve son fondement dans la protection réelle et effective de l´être humain vu comme unité, et dont le pouvoir public doit servir de catapulte, dès la régulation nationale, pour projeter la « solidarité universelle »[938], « laquelle nous entraînera non pas vers les graves turbulences du partage du monde, mais vers la grandeur du monde du partage »[939].

Reconnaître que le pouvoir public de l'État doit servir à l'intégration humaine, c'est reconnaître aussi, tel que l'a fait Habermas, que « les puissances capables d'agir au niveau mondial n'opèrent plus dans l' « état de nature » du droit international classique, mais au niveau médian d'une politique mondiale en voie de formation »[940], dans laquelle les fonctions sociales de l'État acquièrent une grande relevance.

---

934 Xavier DIJON, *Les droits tournés vers l'homme,* Paris, Éditions du Cerf, 2009, p. 19.
935 David HELD, *Democracy and the global order,* Cambridge, Polity Press, 1995, pp. 267 – 287.
936 Jürgen HABERMAS, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, Op. Cit., p. 120.
937 Ibid., p. 122.
938 Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (I)*, Op. Cit., p. 58.
939 Ibidem.
940 Jürgen HABERMAS, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, Op. Cit., p. 124.

Section 2 : Les fonctions sociales de l'État dans le droit international humaniste

La finalité d'élargir les fonctions sociales de l'État dans le droit international humaniste a un but clair : réussir la protection effective de toute la population à travers les obligations positives ou comportements d'action des États et non seulement des comportements d'abstention, comme auparavant. À partir de ce postulat, et prenant en compte que la globalisation a élargi le concept de population, l'une des obligations positives de l'*État-outil* est *la protection de la population (§ 1)*.

Dans l'actualité, par le biais du principe d'effectivité l'objectif des normes juridiques qui reconnaissent les droits de l'homme, consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires mais effectifs et concrets[941]. Les États ont désormais « des obligations *erga omnes* de respecter et faire respecter les normes de protection et d'assurer l'effectivité des droits qui y sont consacrés en toutes circonstances et pour tout le monde »[942]. Parmi ces obligations se trouve la positive d'assurer la pleine effectivité des droits des êtres humains et par corollaire, *la garantie du bien-être général de la population, y compris dans les relations interindividuelles (§ 2)*[943].

§ 1 : La protection de la population

Pour le droit international humaniste il faut retenir une notion large de population, que par la voie de valeurs communes s'intègre par tous les individus, que de forme permanente ou transitoire, avec l'esprit de rester ou de partir, se trouvent à l'intérieur du territoire géré par l'État. Autrement dit, il est nécessaire une notion que ne distingue pas entre ressortissant et étranger, que prenne par égal aux personnes par le seul fait d'appartenir à « l'unité de la famille humaine »[944].

On croit, pour cette raison, que dans l'immédiat la manière viable de protéger efficacement à la population est à partir d'une notion aussi *large de l'individu et non pas de l'idée restreinte de ressortissant (A)*. À différence des partisans du droit global, qui envisagent la suppression de l'État, ou des supporters de la démocratie cosmopolitique, qui voient possible l'organisation d'un « État-mondial »[945], on estime que la solution aux problèmes du système juridique international autant qu'à la crise de l'État-nation, est possible si les facteurs de distinction, différentiation et d'exclusion des êtres humains, s'éliminent par *la fonction générale étatique de protection erga omnes de la population (B)*.

---

[941] COUR EDH, *Affaire Airey Vs. Irlande*, Requête n° 6289/73, Op. Cit., § 24 ; *Affaire Artico Vs. Italie*, Requête n° 6694/74, Op. Cit., § 33 ; *Affaire Parti communiste unifié de Turquie et autres Vs. Turquie*, Requête n° 19392/92, Op. Cit., § 33 ; COUR EDH, *Affaire Allenet de Ribemont Vs. France,* Requête n° 15175/89, Op. Cit., § 35 ; *Affaire Chassagnou et autres Vs. France*, Requêtes nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, Op. Cit., § 100 et *Affaire Kovatch Vs.* Ukraine, Requête n° 39424/02, Op. Cit., § 53.

[942] COUR IDH, *Affaire Massacre de Mapiripán Vs. Colombie*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 134, Op. Cit., § 111.

[943] COUR IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,* Avis consultatif OC-18/03, 17 septembre 2003, § 140 et COMMISSION IDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en* México, Op. Cit., § 336.

[944] René CASSIN, *La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme,* Recueil de cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1951-II, vol. 79, p. 277.

[945] Jürgen HABERMAS, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, Op. Cit., p. 123.

A. La population entendue à partir d'une notion large de l'individu et non pas de l'idée restreinte de ressortissant

Le cadre social, politique, culturel et économique où se développe la globalisation laisse un aspect en évidence, « la population n'est plus un des attributs de la puissance [étatique] »[946], mais l'un des éléments clés pour la formation de la communauté humaine globale et de l'humanisation du droit international. Dans l'actualité, il est impossible de définir la notion de population par le concept de ressortissant. Ce concept est assez restreint et exclusif pour accueillir l'idée d'une communauté étendue, capable de rassembler par égal à tous les membres du genre humain. Les dynamiques de la globalisation font penser à un contrat social global interculturel, c'est-à-dire plural et de construction collective et équilibrée, où les engagés sont tous les États avec tous les individus[947]. Ces dynamiques font réfléchir sur le compromis universel entre l'humanité, les individus et les États.

D'après ce compromis, la population plus qu'un attribut doit se considérer comme l'essence de la communauté humaine globale. L'État pour sa part, plus qu'un sujet de droit, il doit être pris comme l'outil de protection et garantie de la jouissance des droits de tous les membres de la population globale. Désormais, le plus adéquat serait de définir la population de manière étendue, sans faire référence à la nationalité des individus mais à son essence d'appartenir au genre humain, dirigeant l'action étatique à cette nouvelle définition pour garantir, à travers ses fonctions sociales, une protection réelle et universelle des êtres humains dans tous les espaces étatiques.

Cette manière de comprendre les choses a été appuyée par la Commission IDH dans son rapport sur la migration interne et externe en Mexique, approuvé en décembre 2013. Pour la Commission, à l'égale de ce qui se passe avec « les droits civils et politiques, le principe de l'universalité des droits économiques, sociaux et culturels s'applique à toutes les personnes sous la juridiction des États, sans distinction admissible en raison de leur nationalité, statut d'immigration, apatridie ou autre condition sociale »[948]. S'admettant ainsi, que le contrat social de Rousseau dans la globalisation se conçoit de façon élargie et les obligations étatiques ne sont plus limitées aux ressortissants mais étendues à tous les individus.

Selon la Commission, dans le contexte globalisé, plus que jamais, les États ont l'obligation d'adopter des mesures pour protéger les membres de la population sans tenir compte s'il s'agit des migrants, des étrangers, des non nationaux ou des apatrides. La fonction sociale de protection de la population « se dérive de l'obligation générale de non-discrimination dans l'exercice des droits »[949].

---

[946] Catherine WIHTOL DE WENDEN, *La question migratoire au XXIe siècle : migrants, réfugiés et relations internationales*, Op. Cit., p. 44.

[947] Pour approfondir sur la construction d'un dialogue interculturel à partir du pluralisme culturel en surmontant les réalités d'inégalité et de stigmatisation dans le contexte de la globalisation. Voir, Alicia M. BARABAS, *Multiculturalismo, pluralismo cultural e interculturalidad en el contexto de América Latina : la presencia de los pueblos originarios*, Configurações, 2014, No. 14, pp. 11 – 24, Disponible [En ligne] : http://configuracoes.revues.org/2219 (29 septembre 2018).

[948] COMMISSION IDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, Op. Cit., § 582.

[949] Ibid., 581.

Le propos général de concevoir la population –objet de protection de l'*État-outil*– comme une notion large, inclusive et ouverte aux individus, réaffirme deux idées qui furent développées précédemment, celles de : « la protection du territoire comme endroit commun d'épanouissement »[950], et « la protection universelle et inconditionnelle des êtres humains dans tous les espaces étatiques »[951]. En plus, ce propos confirme l'importance du principe de non-discrimination vis-à-vis des catégories des droits. Désormais, la non-discrimination s'applique non seulement à l'égard des sujets mais des droits, car l'allusion aux obligations générales renforce l'effectivité des droits sociaux et réaffirme que les droits civils ont besoin d'une action positive de la part des pouvoirs publics pour leur mise en pratique[952].

La protection de la population renforcée par l'universalité des individus, aidera aux *États-outils* dans l'exercice de leurs fonctions sociales à diriger leur puissance publique à l'identification des valeurs communes de toute l'humanité et à l'application générale de ces valeurs à tous les individus qui se trouvent dans les territoires qu'ils administrent ; chaque État agit comme un engrenage dans la mécanique du système international humaniste.

L'articulation requise entre les fonctions régaliennes et les fonctions sociales sera la clé de l'action instrumentale de l'État. Une action qui partant des actes locaux, participe à la régulation globale des problèmes de l'humanité, dont les fonctions de chaque État, blindées par la vision cosmopolitique, sont orientées au respect et à la garantie des droits de tous. Initialement, par le droit à l'hospitalité décrit par Kant[953], de ceux qu'aujourd'hui sont considérés comme des étrangers, mais qui à partir de l'accueil « dans l'espace de la vie et des responsabilités civiques »[954] doivent être considérés comme de ressortissants du monde.

Cette ouverture d'esprit vis-à-vis de tous les individus par égal, pour le fait d'être ressortissants du monde, appuyée par le caractère universel de l'être humain, s'érige comme la lumière de l'étape humaniste du droit international, engagée avec les individus et décidée à garantir leur protection effective dans tous les espaces territoriaux régulés et administrés par les États.

L'idée d'une garantie universelle de l'être humain, ne se limitant pas à aucune frontière, est à rapprocher du concept de la compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité, mais dirigée ici vers la protection et la jouissance effective des valeurs qui sont communes aux membres de la communauté humaine globale, et non vers la sanction de ces membres.

---

950 Cf. *Supra* Titre II, Ch. 1, Section 1, § 1, A.
951 Cf. *Supra* Titre II, Ch. 1, Section 1, § 1, B.
952 Luís JIMENA QUESADA, « Les obligations positives dans la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux », *in* Élisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, David SZYMCZAK et Sébastien TOUZÉ (Ed.), *L'homme et le droit : Mélanges en hommage au professeur Jean-François Flauss*, Paris, Pedone, 2014, pp. 429 y 430.
953 Selon Kant, le droit à l'hospitalité signifie « le droit qui a l'étranger, à son arrivée dans le territoire d'autrui, de ne pas y être traité en ennemi ». Mais ce droit, est un droit limité au respect d'autrui, car il « n'excède pas les conditions qu'exige la possibilité d'*essayer* d'établir des relations avec les premiers habitants ». Ainsi, Kant critique l'agir injuste et barbare des États européens avec les peuples étrangers : « si l'on compare maintenant avec cette condition la conduite *inhospitalière* des États polices, notamment des États commerçants de notre partie du monde, l'injustice dont ils font preuve quand ils *visitent* des pays et des peuples étrangers (visites qu'ils confondent avec d'ailleurs avec *conquête*) va si loin qu'on est effrayé ». Emmanuel KANT, *Projet de paix perpétuelle*, Op. Cit., troisième article définitif, p. 57, § 359.
954 Étienne TASSIN, *Un monde commun : pour une cosmo-politique des conflits*, Op. Cit., p. 174.

La protection de la population comme fonction sociale de l'État, telle que proposée par le droit international humaniste, s'appuie sur la compétence universelle, qui en matière de crimes contre l'humanité, s'est développée dans le droit international pénal.

Il y a une similitude qui se perçoit entre la protection de la population, vue comme une obligation *erga omnes,* et le principe de compétence universelle. Les deux se fondent sur la nécessité de protéger une valeur à caractère universelle : la protection intégrale de l'être humain, dont le respect relève de la responsabilité de l'ensemble des États[955].

Ainsi comme le préambule du Statut de la Cour pénale internationale (CPI), en affirmant que les crimes les plus graves « qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale »[956], rappelle « qu'il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux »[957] ; l'obligation *erga omnes* vis-à-vis de la protection de la population, évoque le devoir des États de garantir la protection effective de toute la population.

Les *États-outils*, compris comme entités d'administration, sont obligés d'offrir la protection aux êtres humains qui se trouvent sur le territoire qu'ils administrent. Également, ils sont obligés de donner protection si la sécurité ou l'intégrité de la communauté est en risque ou s'il y a une affectation aux valeurs communes de l'humanité. S'il existe une compétence universelle pour juger, il existe aussi une obligation universelle de protection[958].

Les approches entre la compétence universelle et ses développements en droit international pénal avec la protection de la population tout entière, grâce à la notion large de l'individu, sont fondées sur les valeurs fondamentales de la communauté internationale. Sur ces valeurs, qui à partir de la moitié du XXe siècle jusqu'aujourd'hui, ont apparu comme interdépendantes : la paix, la sécurité, la justice et la dignité humaine[959]. Autrement dit, sur les valeurs qui, pour le droit international humaniste, appartiennent au *corpus juris humaniste universel*[960].

La protection de la population étendue à tous les membres du genre humain est le produit de l'identification des valeurs communes de l'humanité qui sont au cœur des différentes branches du droit international[961]. Parmi elles, le droit international des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international pénal. Depuis les dernières années, les différences entre les branches du droit international se sont nuancées pour garantir une protection effective, générale et étendue des droits des êtres humains.

---

955 Isidoro BLANCO CORDERO, *Compétence universelle. Rapport général*, Revue internationale de droit pénal, Toulouse, Érès, 2008, No. 1, Vol. 79, pp. 13 et 14.

956 CPI, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, § 4, Disponible [En ligne] : https://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/07/19980717%2006-33%20PM/French.pdf (29 septembre 2018).

957 Ibid., § 6.

958 Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., pp. 312 – 317 et 383 – 388.

959 Isabelle FOUCHARD, *Crimes internationaux : entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*, Op. Cit., p. 282. Voir aussi, Mireille DELMAS-MARTY et autres, *Le crime contre l'humanité*, Paris, Presses universitaires de France, 2009, pp. 95 – 98.

960 Cf. *Supra* Titre I, Ch. 1, Section 1, § 1, A.

961 Isabelle FOUCHARD, *Crimes internationaux : entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*, Op. Cit., pp. 291 – 302.

Cette nuance a eu lieu grâce au partage des objectifs et des « valeurs fondamentales, lesquelles peuvent être considérées comme ayant pour noyau dur la dignité humaine »[962]. En d'autres termes, protéger l'individu avec le seul qualificatif de membre de la « famille humaine »[963], est une affirmation de principe de l'universalité dans la protection des atteintes aux droits des êtres humains[964].

L'interrelation et la complémentarité des différentes branches du droit international se sont développées autour de la protection maximale de l'individu, étant donné qu'elles peuvent « s'influencer et renforcer mutuellement »[965]. C'est le cas concret du « droit international des droits de l'homme, [qui] peut être interprété à la lumière du DIH et ce dernier à sa fois, qui peut être interprété à la lumière du droit international des droits de l'homme, d'être requise »[966]. D'après Theodor Meron, « la reconnaissance des normes coutumières enracinées dans les instruments internationaux des droits de l'homme affecte, par son application analogique, l'interprétation et éventuellement le statut des normes parallèles dans les instruments du droit international humanitaire »[967].

Sur l'interrelation et la complémentarité de ces deux spécialités du droit international, l'avis consultatif émit par la CIJ, par rapport aux conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, devient révélateur. Dans cette opportunité, le tribunal de La Haye y a affirmé que « la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogatoires du type de celle figurant à l'article 4 du pacte international relatif aux droits civils et politiques ». Pour la Cour, « dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; et d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international »[968].

Tout cela, révèle une évolution dans le sens de la protection croissante des valeurs communes reconnues comme universelles, telle que la dignité humaine[969], où la primauté de l'être humain et la protection de la population se conçoivent comme une fonction générale qui renforce le rôle de sa promotion et protection *erga omnes* par l'État.

---

[962] Ibid., p. 299.
[963] René CASSIN, *La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme,* Op. Cit., p. 277.
[964] Il est intéressant, comme l'explique Marc Henzelin, de voir comme les États qui invoquent la souveraineté (absolue) ont été toujours réticents à admettre que des actes contraires aux droits de l'homme commis sur leur territoire puissent être réprimés par d'autres États. Néanmoins, après la guerre froide se dessine un nouveau panorama vers « l'universalisation » de la répression des crimes contre les droits de l'homme, fondé sur le caractère universel de l'individu, dont la sanction aux violations des droits des êtres humains commis à l'intérieur des frontières étatiques se fait plus courante. Voir, Marc HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international : droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité,* Op. Cit., pp. 338 – 350.
[965] COMMISSION IDH, *Affaire Franklin Guillermo Aisalla Molina. Équateur Vs. Colombie,* Rapport d'admissibilité de la Communication interétatique No. 2, Rapport No. 112/10, 21 octobre 2010, § 121.
[966] Ibidem.
[967] Theodor MERON, *International Law in the Age of Human Rights,* Op. Cit., p. 27.
[968] CIJ, *Affaire sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, 9 juillet 2004, § 106.
[969] Isabelle FOUCHARD, *Crimes internationaux : entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international,* Op. Cit., p. 300.

B. La fonction générale renforçant le rôle de promotion et de protection *erga omnes* de la population par l'État

Ayant laissé clair le concept élargi de population pour l'action des États, on va analyser comment la fonction sociale de protection de la population est liée à la notion de sécurité humaine[970], et comment cette notion légitime ultérieurement la responsabilité pour la communauté humaine globale de protéger les individus, lorsque l'État ou les États dont ils relèvent ne sont pas disposés à le faire ou en sont incapables[971]. Les *États-outils* étant les engrenages du système international humaniste, ils existent pour procurer la sécurité humaine et la primauté de l'individu dans ce système.

Cependant, lorsque l'un de ces engrenages du système ne fonctionne qu'irrégulièrement ou ne fonctionne plus, la « communauté humaine globale »[972] a la responsabilité de s'en occuper pour garantir à la population son minimum vital.

L'*État-outil* est le principal responsable de la fonction de protéger la population, parce que comme serviteur de l'humanité, il doit accomplir l'objet du pacte social ; ce qui renforce son rôle, voire son obligation de promotion et protection *erga omnes* des droits à l'égard de la population.

La fonction de protection de la population avec la responsabilité de protéger qu'ont les États ainsi que la communauté internationale[973], donne lieu au déclenchement d'une obligation impérative pour les États de promotion et protection des droits des êtres humains. L'évolution vécue par le droit international contemporain à partir de la responsabilité de protéger, grâce à laquelle l'obligation de protection des individus n'est pas seulement des États mais aussi de toute la communauté internationale dans son ensemble, par le fait qu'il incombe aussi à celle-ci « d'aider à protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité »[974], laisse en évidence dans la scène internationale l'existence d'une obligation étatique *erga omnes* de protection des

---

[970] La sécurité humaine consiste à « protéger l'essence vitale de toutes les vies humaines de manière à améliorer les libertés humaines et le plein épanouissement de l'être humain. Sécurité humaine signifie protéger les libertés fondamentales : les libertés que constituent l'essence de la vie. Signifie protéger à l'être humain des situations et des menaces critiques (graves) et omniprésentes (généralisées). Signifie utiliser processus qui reposent sur les forces et les aspirations de l'être humain. Signifie la création des systèmes politiques, sociaux, environnementaux, économiques, militaires et culturels, qui ensemble, donnent à l'être humain les pierres angulaires de la survie, les moyens d'existence et la dignité ». COMMISSION ON HUMAN SECURITY, *Human Security Now,* New York, Commission on Human Security, 2003, p. 4.

[971] La notion de sécurité humaine amène la transformation dans « l'intelligence du rapport entre l'État et l'individu, et de la place que la protection de celui-ci doit occuper dans les actions de celui-là », pour soumettre le pouvoir étatique au respect des droits des êtres humains qui doivent se constituer en un outil efficace pour empêcher « le déni, l'injustice, l'humiliation ». Hassan ABDELHAMID et autres, *Sécurité humaine et responsabilité de protéger : l'ordre humanitaire international en* question, Paris, Agence universitaire de la francophonie, 2009, pp. 40 et 41. Voir aussi, Frédéric GROS, *Le principe sécurité*, Paris, Gallimard, 2012, p. 71.

[972] On parle de la « communauté humaine globale » par opposition à la communauté internationale existent aujourd'hui dans le droit international de vocation interétatique, qui motivée par des intérêts politiques, masques généralement dans les aides humanitaires ses désirs économiques. Une preuve de cette situation a été l'usage dangereux que les pays occidentaux, spécialement ceux qui sont producteurs d'armes, ont fait de la notion d' « intervention militaire humanitaire » pour tenter de dominer, voire occuper des territoires étrangers. Dans ce sens voir, Ibid., pp. 74 – 77.

[973] UN. GENERAL ASSEMBLY, *2005 World Summit Outcome*, Op. Cit., §§ 138 – 140.

[974] Ibid., § 139.

individus. Qui, en étant admisse par toute la communauté internationale, doit être considérée comme une véritable obligation du droit international général.

Ainsi, la fonction sociale de protection de la population au sens large, doit être comprise comme une obligation *erga omnes* que concerne à tous les sujets de droit international, dont la méconnaissance constitue un préjudice pour l'ensemble des membres de la communauté humaine globale.

L'idée de concevoir la protection de la population comme une obligation *erga omnes* est appuyée par la jurisprudence de la CIJ. Dans l'affaire *Barcelona traction*, elle a établi l'existence des « obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble »[975]. Ces obligations par « leur nature même [...] concernent tous les États »[976] et en découlent, « dans le droit international contemporain [...] des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine »[977]. Ainsi, au nom des droits ou des valeurs communes de l'humanité qui vont au-delà des intérêts individuels et mesquins des États, la malveillante logique consensuelle du droit international interétatique semble être dépassée[978].

De la sorte, le respect de l'obligation de protéger la population présente un intérêt juridique commun qui engage à tous les membres de la communauté humaine globale. Dans cette conception de communauté, les *États-outils* font de la protection de la population l'une de leurs fonctions sociales générales, renforcent leur rôle de serviteurs de l'humanité et mettent en œuvre un mécanisme général de suivi. Ainsi, en cas de manquement, tout État est habilité à invoquer la responsabilité internationale de toute autre entité étatique, tel qu'il se passe actuellement dans la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[979].

Évidemment, le contrôle des uns sur les autres, à travers l'application de la Résolution 56/83 de l'Assemblée générale de Nations Unies[980] sur les mesures nécessaires prises « au maximum des ressources disponibles » pour protéger la population, doit se faire en tenant compte du niveau de développement de chaque État[981]. Ce qui ne veut pas dire qu'ils peuvent s'excuser derrière cet argument pour ne pas accomplir leurs obligations car, les États ont « l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits » de la population[982].

---

975 CIJ, *Affaire de la Barcelona traction, light and power company, limited (Belgique Vs. Espagne)*, Op. Cit., p. 32, § 33.

976 Ibidem. Voir aussi, CIJ, *Affaire relative au Timor oriental (Portugal Vs. Australie),* Arrêt du 30 juin 1995, p. 102. § 29 et *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. (Bosnie-Herzégovine Vs. Yougoslavie)*, Exception préliminaires, Op. Cit., pp. 615 et 616, §§ 31 et 32.

977 CIJ, *Affaire de la Barcelona traction, light and power company, limited (Belgique Vs. Espagne)*, Op. Cit., p. 32, § 34.

978 Isabelle FOUCHARD, *Crimes internationaux : entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*, Op. Cit., p. 311.

979 Article 42. Résolution 56/83 de 2001, sur la responsabilité internationale des États pour fait internationalement illicite, approuvée par l'Assemblée générale de Nations Unies, le 28 janvier 2002, A/Res/56/83.

980 Cette résolution fut approuvée par l'Assemblée générale de Nations Unies, le 28 janvier 2002.

981 Stephen Myron SCHWEBEL, *Discours prononcé devant l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies réunie en session plénière le 26 octobre 1999*, Op. Cit., p. 1.

982 CESCR, *La nature des obligations des États parties*. Observation générale No. 3, UN Doc.HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 14 septembre 1990, § 10.

Ainsi l'a reconnu aussi la Commission IDH en particulier, sur le caractère contraignant des droits économiques, sociaux et culturels. Pour la Commission, mis à part le développement progressif de cette sorte des droits, « les États ont l'obligation d'adopter des mesures de forme immédiate »[983], de ce qui « se laisse entendre l'interdiction des États d'adopter des mesures régressives en matière des droits économiques, sociaux et culturels »[984].

Enfin, la fonction sociale de protéger la population grâce à l'idée du contrat social global, devient plus que logique et nécessaire dans le système juridique de l'*État-outil* où les droits des êtres humains demandent l'attention et l'action constante des entités étatiques pour réussir leur jouissance et garantir leur bien-être.

§ 2 : La garantie du bien-être général

Le « bien-être » est assez commun dans le langage juridique. L'on est bien habitué de le voir dans les textes constitutionnels de la plupart des États occidentaux et non-occidentaux, et dans plusieurs instruments internationaux[985]. Néanmoins, il est courant aussi que sa matérialisation reste dans le monde du théorique ou dans la vanité de l'État-nation sans prétendre faire de lui un instrument réel de protection des êtres humains. Cela n'est pas surprenant dans la dynamique dessinée par le système juridique de la pyramide normative qui, en excluant de son fonctionnement l'être humain, ignora aussi son bien-être.

Une chose étant la promesse et une autre la réalité, pour réussir le bonheur des individus le système juridique doit changer. C'est pourquoi on croit que l'impératif catégorique du *bien-être général doit s'accomplir à travers la jouissance de tous les droits de l'homme (A)* à tous les membres de la communauté humaine[986]. Cependant, *la garantie du bien-être de l'être humain doit partir de la reconnaissance et du respect effectif de l'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'homme (B)*, pour empêcher en tout cas que l'accomplissement de ces droits soit partiel, car la légitimité étatique dérive de leur capacité pour réussir l'exercice des droits sans faire primer certains droits sur les autres ni les intérêts particuliers sur les intérêts de la population.

---

983 COMMISSION IDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, Op. Cit., § 586.

984 Ibidem.

985 Par exemple, dans la DUDH le bien-être apparaît énoncé deux fois. La première, à l'article 25 en précisant que toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son **bien-être** et ceux de sa famille ». La deuxième, à l'article 29 pour préciser que « l'individu a des devoirs envers la communauté » et que dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés l'individu en plus d'être soumis à l'ordre public est soumis au **bien-être** général ». Pareille énonciation on trouve au PIDCP, lorsque dans son article 4 il affirme que l'État ne peut soumettre les droits reconnus par le Pacte, « qu'aux limitations établies par la loi […] et exclusivement en vue de favoriser le **bien-être** général ». Pour sa part, dans le PIDESC (Art. 8), la CEDH (Art. 4) et la CADH (Art. 6), le bien-être apparaît pour réaffirmer la solidarité entre humains, pour expliquer que tout service exigé dans le cas de force majeure, de danger ou de sinistres qui menacent la vie ou le **bien-être** de la communauté » n'est pas considéré travail forcé.

986 À partir des réflexions faites par Kant sur les devoirs, pour lui la liberté des hommes est en relation étroite avec ceux-ci. Si un individu veut être libre, c'est-à-dire faire un bon usage de l'autonomie de la volonté, il doit « conséquemment considérer les lois du monde intelligible comme des impératifs ». Ainsi, un impératif catégorique est celui qui est suivi sans aucune condition. Alors, le bien-être pour l'État, guidé par la *recta ration* des hommes doit nécessairement se considérer un impératif catégorique. Emmanuel KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Vrin, 2008, pp. 184 et 185, § 454.

A. Le bien-être général à travers la jouissance de tous les droits de l'homme

La rénovation du droit international doit garantir à travers sa pyramide humaniste la jouissance de tous les droits à tous les humains. Il doit assurer que les individus trouvent le bien-être grâce au respect de l'exercice effectif des droits de l'homme.

La fonction sociale de garantir le bien-être général assure la mise en œuvre du système juridique humaniste à l'échelle internationale, complètement éloigné des intérêts particuliers de l'État-nation. Il ne faut pas oublier que les buts cherchés sont pour un « droit international, et non pour un état de non-droit […] ; pour l'organisation internationale [de la communauté humaine globale], et non pour l'anarchie internationale ou pour une souveraineté étatique qui prétendrait être au-dessus des [intérêts généraux de l'humanité] »[987].

Certes, du moins normativement, pour reprendre le constat de Danièle Lochak, « les droits de l'homme ont été l'un des premiers domaines où s'est manifestée la globalisation du droit –et le plus visible, compte tenu du nombre de déclarations solennelles et de conventions auxquelles ils ont donné lieu depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale »[988]–.

Cependant, dans la pratique, les droits de l'homme ont été aussi l'un des derniers domaines où la jouissance effective peut se déclarer complètement globalisée.

Théoriquement l'universalité des droits des êtres humains est prédicable, mais dans la pratique elle reste une illusion, un bon désir provenant de l'universalité du *recta ratio*. C'est à travers la pyramide humaniste déjà exposée qu'on voudrait la rendre une réalité palpable par l'instrumentalisation de l'État. Une instrumentalisation qui affirme le caractère utilitaire de l'État, de serviteur permanent aux besoins de l'humanité. Ce qui justifie à nouveau la fonction sociale de garantir le bien-être de l'humanité.

La sauvegarde de l'État doit suivre le chemin de l'universalité ainsi que de la primauté de l'être humain, par l'exercice des fonctions sociales qui tiennent compte que l'entité étatique est là pour garantir le bien-être général.

Pour garantir le bien-être de la population, les *États-outils* doivent diriger la jouissance des droits à la satisfaction des besoins urgents, droits que pour le moment sont satisfaits seulement à quelques personnes et par quelques États, et qui font à la fois partie du concept de « mínimo vital ». Parallèlement, les *États-outils* doivent aussi s'occuper d'assurer la jouissance de tous les autres droits, étant entendu que les droits des êtres humains sont interdépendants les uns avec les autres.

Néanmoins, la jouissance des droits pour tous doit distinguer entre « l'universalité abstrait de la norme » et « l'universalité réelle des droits » [989]. Garantir la jouissance des droits universellement ne signifie que les États doivent accorder un traitement égal à tous, en ignorant les particularités des certains groupes de la population qui méritent, par leurs conditions, un traitement différent et robuste, adéquat à leurs besoins. L'universalité de la

---

[987] Stephen Myron SCHWEBEL, *Discours prononcé devant l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies réunie en session plénière le 26 octobre 1999*, Op. Cit., p. 2.
[988] Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, Presses universitaires de France, 2010, pp. 54 et 55.
[989] Ibid., p. 60.

jouissance des droits implique plutôt « l'universalisation éthique » des droits[990], fondée sur le respect du pluralisme pour éviter le « risque d'entraîner un éclatement normatif, chaque culture revendiquant sa conception propre des droits de l'homme »[991].

Deux exemples actuels où l'application universelle et uniforme de la norme a des effets potentiellement discriminatoires peuvent être cités.

Le premier, c'est le cas des peuples indigènes et l'application généralisée de la conception individuelle de la propriété. Tant en Amérique qu'en Afrique l'application de la propriété individuelle a généré des traitements discriminatoires sur les peuples autochtones et indigènes vis-à-vis de la jouissance de leur terre. C'est pourquoi la Cour IDH et récemment la Commission ADHP aussi, ont reconnu l'existence d'un droit à la propriété collective ou communautaire à l'égard des indigènes, en affirmant qu'il existe entre les indigènes « une tradition communautaire sur la forme commune de la propriété de la terre, dans le sens de ce que l'appartenance de celle-ci ne se concentre pas sur un individu mais sur le groupe et sa communauté »[992].

Le deuxième, c'est le cas de la protection des droits de travailleurs migrants irréguliers face aux droits de travailleurs nationaux. D'après la jurisprudence interaméricaine, « toute personne qui se trouve dans une situation de vulnérabilité est titulaire d'une protection spéciale, dans la raison des devoirs spéciaux dont l'accomplissement de la part de l'État est nécessaire pour satisfaire les obligations générales de respect et la garantie des droits de l'homme »[993].

Comme la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille reconnaît, que les travailleurs migrants sont fréquemment dans une « situation de vulnérabilité »[994], particulièrement, les travailleurs dépourvus de documents ou en situation irrégulière, dès lors qu'ils sont « employés dans des conditions moins favorables que d'autres travailleurs »[995], la Cour IDH a établi par rapport aux normes étatiques du travail, que celles-ci ne peuvent pas être appliquées par égale aux nationaux et aux migrants (réguliers ou irréguliers), si elles portent une discrimination sur ces derniers[996].

Selon la Cour de San José, à l'égard des migrants les États sont obligés à adopter des mesures positives pour revêtir ou changer les situations discriminatoires existantes en détriment de ce groupe déterminé de personnes[997]. Ainsi, « les État pourront seulement établir des distinctions objectives et raisonnables, quand celles-ci se réaliseront avec le

---

990 Mireille DELMAS-MARTY, *Les processus de mondialisation du droit*, Op. Cit., p. 64.
991 Ibidem.
992 COUR IDH, *Affaire Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 79, Op. Cit., § 149 et COMMISSION ADHP, *Communication 328/06*, Front de libération de l'État du Cabinda Vs. République d'Angola, 5 novembre 2013, § 104.
993 COUR IDH, *Affaire Ximenes Lopes Vs. Brasil*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 149, 4 juillet 2006, § 103.
994 UN. GENERAL ASSEMBLY, Resolution 45/158 (1990) », A/RES/45/158, 18 December 1990, Preamble, § 11.
995 Ibid., § 15.
996 COUR IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,* Avis consultatif OC-18/03, Op. Cit., § 103.
997 Ibid., § 104.

respect dû pour les droits de l'homme et en conformité avec le principe de l'application de la norme que protège mieux la personne humaine »[998].

Il est irréfutable que la jouissance des droits dépend des actions positives des États vers la protection effective de la population, en donnant assistance à tous, mais plus spécialement à ceux qui ont des besoins d'urgence. Cela veut dire que réussir le bien-être général n'est pas un travail d'homogénéisation de la protection aux individus. Il s'agit d'un labeur plus complexe que mérite une compréhension globale des problèmes de l'humanité, articulée avec des comportements étatiques locaux réfléchis depuis et vers une vision globale ; une vision de « protection du semblable », de l' « autrui » dans le respect de ses besoins et de sa diversité[999].

L'*État-outil*, depuis son rôle de service à la communauté humaine globale, s'engage avec la population à garantir le bien-être général, en supprimant les obstacles (sociaux et économiques) qui nourrissent les inégalités et empêchent la jouissance des droits à la totalité des individus. *l'État-outil* est obligé de prendre des véritables actions positives visées à supprimer les inégalités liées à l'appartenance à une catégorie ou un groupe défavorisé et non seulement des traitements discriminatoires positifs qui cherchent à atténuer dans un premier moment l'impact des inégalités, comme s'il s'agissait d'un médicament palliatif[1000].

Les fonctions sociales de l'État doivent accomplir un véritable labeur de protection et de garantie du bien-être de la population. Le moment de corriger la fausse universalité normative des droits de l'homme est arrivé. La communauté humaine globale doit supprimer la coexistence entre le discours universaliste et les pratiques et règles discriminatoires, qui témoignent de l'existence hypocrite d'un double standard[1001] ; celui de l'apparence internationale affable et celui de la réalité inhumaine de quelques États. Les États ont été longtemps protégés et défendus par la vision étatique du droit international et par la primauté de l'État dans les relations internationales.

La nouvelle manière de concevoir l'entité étatique va faire enfin redevenir l'État à ce qu'il a toujours dû continuer d'être : le serviteur du bien-être des individus et le protecteur de leurs droits. Cette manière de concevoir l'entité étatique, nous amène à reprendre la démarche contractualiste du pacte social pour reconduire l'action étatique vers une stratégie de protection interdépendante des droits de l'homme qui garantisse le bien-être général de la population.

---

[998] Ibid., § 105.

[999] Caroline LANTERO, *Les droits des réfugies : entre droits de l'homme et gestion de l'immigration*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 59 – 61.

[1000] Danièle LOCHAK, *Les droits de l'homme*, Op. Cit., pp. 84 et 85.

[1001] Il est intéressant de voir l'exposé de Danièle Lochak, sur les paradoxes qui existent autour de l'universalité des droits de l'homme, particulièrement, celle dans laquelle se fonde le discours des puissances occidentales qui « reflet et conforte une vision duale de l'humanité évidemment contraire à l'idée d'universalité mais qui permet de justifier le droit de conquête de l'Europe au nom de sa « mission civilisatrice » et le refus concomitant d'appliquer aux [autres] les mêmes lois qu'aux européens ». Ainsi, les idées des républicains consacrées dans la Déclaration des droits de l'homme ne sont qu'une preuve des actions hypocrites des États « puissances » qui ont créé au long de l'histoire deux grandes catégories d'êtres humains : les hommes qui ont tous les droits et les hommes qui ont seulement quelques droits. Les blancs civilisés et les indigènes barbares, les habitants du nord et les habitants du sud, les riches et les pauvres, les normaux et les anormaux. Voir, Daniel LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Op. Cit., pp. 65 – 68.

B. L'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'homme pour garantir le bien-être de l'être humain

Réaffirmer la véritable indivisibilité et interdépendance des droits de l'homme est un compromis de la communauté humaine globale avec l'humanité.

À différence de la Déclaration universelle et la Convention européenne des droits de l'homme qui reconnurent seulement l'universalité, la Convention américaine relative aux droits de l'homme et la Charte africaines des droits de l'homme et des peuples –clairement influencée par le préambule de cette dernière–, ont reconnu comme caractéristiques des droits des êtres humains l'universalité mais aussi l'indivisibilité et l'interdépendance.

La réalisation du bien-être des individus ne peut se faire que « grâce à la création de conditions qui permettent à chaque personne de jouir de ses droits économiques, sociaux et culturels aussi bien que de ses droits civils et politiques »[1002]. Ceci par le fait que ces droits sont par essence indivisibles, interdépendants et universels pour reposer « sur les attributs de la personne humaine »[1003]. Il existe une indissociabilité entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels, « tant dans leur conception que dans leur universalité […] la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels garantie la jouissance des droits civils et politiques »[1004].

Cette indissociabilité des droits a été reconnue par la Cour IDH, qui a estimé pertinent de « rappeler l'interdépendance des droits civils et politiques avec les économiques, sociaux et culturels, car ils doivent être intégralement compris comme des droits de l'homme, sans hiérarchie entre eux, et exigibles dans tous les cas aux autorités qui sont compétentes pour le faire »[1005].

La Cour IDH a également affirmé, à l'égard de la protection de l'environnement, qu'il « existe une relation indéniable entre [l'indissociabilité] et la réalisation d'autres droits de l'homme »[1006]. Par rapport aux droits des enfants, elle a considéré que les droits de ceux-ci ne peuvent pas s'interpréter de manière isolée mais à la lumière des droits économiques, sociaux et culturels pour faire partie de leur droit à la vie et leur intégrité personnelle[1007].

La Cour EDH, par-delà le texte de la CEDH, a reconnu aussi les caractéristiques de l'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'homme. Elle a affirmé que la CEDH tend, à l'intérieur de son champ d'application, « à une protection réelle et concrète de l'individu, [et même si] elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social »[1008]. Ce qui fait impossible l'interprétation fragmentée des droits de l'homme et réaffirme leur Interdépendance et leur indivisibilité.

[1002] Préambule de la CADH.
[1003] Considérant de la Déclarations américaine des droits et devoirs de l'homme (DADDH).
[1004] Préambule de la CADHP.
[1005] COUR IDH, *Affaire Acevedo Buendía et autres Vs. Pérou.* Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 198, 1 juillet 2009, § 101.
[1006] COUR IDH, *Affaire Kawas Fernández Vs. Honduras.* Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 196, 3 avril 2009, § 148.
[1007] COUR IDH, *Affaire Institute de rééducation du mineur Vs. Paraguay*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 112, 2 septembre 2004, § 149.
[1008] COUR EDH, *Affaire Airey Vs. Irlande*, Requête nº 6289/73, Op. Cit., § 26.

Cependant, l'interdépendance et l'indivisibilité des droits des êtres humains, ne signifie pas que si l'État ne peut pas garantir la protection et la réalisation générale de tous les droits, il ne protégera ni garantira aucun. Les caractéristiques des droits de l'homme ne peuvent pas servir d'obstacle pour excuser leur violation. De cette manière fut signalé dans l'opinion concordante du juge européen Giovanni Bonello dans l'affaire *Al-Skeini,* où il a critiqué la position prise par le Royaume-Uni sur les graves violations des droits de l'homme suivies par la population irakienne après l'occupation de leur territoire par les forces armées anglaisées et étasuniennes.

D'après le juge Bonnello, il est inconcevable la thèse soutenue par le gouvernement anglais sur l'indivisibilité des droits de l'homme dans l'exercice de la juridiction « extraterritoriale » des puissances occupantes, selon laquelle seulement les États qui peuvent garantir et protéger la totalité des droits ont juridiction, et ceux qui ne sont pas en mesure de les reconnaître en totalité ne l'ont pas. Principalement, parce qu'une telle interprétation donnerait l'idée erronée de protéger tous ou nul droit, pouvant les puissances occupantes s'excuser dans les circonstances de faits, qui empêcheraient la protection générale des droits, pour ne protéger aucun. Pour cette raison, dit le juge européen, la thèse de l'indivisibilité des droits de l'homme, doit « [aller] de pair avec celle de l' « universalité des droits de l'homme » »[1009].

Ainsi l'*État-outil,* en tant qu'instrument du droit international humaniste, doit garantir le bien-être de la population, prévoyant la jouissance effective des droits de l'homme sans hiérarchie entre eux. Sans doute c'est la satisfaction pleine des droits qui garantit le bon fonctionnement du système juridique international et justifie la logique de la primauté de l'être humain dans la pyramide humaniste. Autrement, l'encadrement du droit international par l'humanité et l'être humain perdrait son essence et resterait sans défense face aux prétentions destructives du droit global quant à la suppression de l'État et du système juridique international.

[1009] Giovanni BONELLO, *Opinion concordante de l'arrêt de fond*, COUR EDH, Affaire Al-Skeini et autres Vs. Royaume-Uni, Requête nº 55721/07, 7 juillet 2011, §§ 31 – 33.

Conclusion Chapitre 1

Le droit international humaniste propose la transformation de l'État en instrument pour la satisfaction des besoins de l'humanité et l'être humain. C'est ainsi qui apparaît l'*État-outil* et ses fonctions régaliennes et sociales revisitées.

À travers les premières fonctions, il y a une rénovation de la manière comment l'État doit accomplir la protection du territoire, dans la mesure où celui-ci devient l'endroit de jouissance des droits de tous les êtres humains, même s'ils ont de cosmovisions différentes, et de la façon comment le pouvoir public se transforme pour réussir dans le territoire géré par l'État, la protection réelle et universelle des individus. Pour sa part, à travers les deuxièmes fonctions, la protection de la population acquiert un sens étendu, vu qu'il ne s'agit pas de protéger l'être humain sous l'idée restreinte de ressortissant d'un État, mais de lui protéger à partir de la notion large de l'individu comme ressortissant du monde. Cette situation termine pour renforcer l'idée qu'autour de la protection de la population existe pour tous les États une obligation *erga omnes* de promotion et protection des droits humains.

De plus, par la voie de l'obligation générale de protéger la population, l'*État-outil* acquiert l'obligation positive d'assurer la garantie du bien-être général des individus[1010], d'une part, à travers la jouissance pour tous de tous les droits de l'homme, et d'autre part, par la reconnaissance de l'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'homme, dans la mesure où, tel qui a été prescrit par la CADHP, « la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels garantie la jouissance des droits civils et politiques »[1011].

L'interdépendance des droits civils et politiques avec les économiques, sociaux et culturels est une réalité. Elle oblige à comprendre les droits de l'homme de manière intégrale, sans hiérarchies, exigibles par égal à toutes les autorités compétentes[1012], sans laisser de côté que les fonctions étatiques revisitées, si importantes soient-elles pour la notion instrumentale de l'État, pour être effectives doivent s'accompagner d'un nouveau concept de souveraineté.

[1010] COUR IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,* Avis consultatif OC-18/03, 17 septembre 2003, § 140 et COMMISSION IDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en* México, Op. Cit., § 336.

[1011] Préambule de la CADHP.

[1012] COUR IDH, *Affaire Acevedo Buendía et autres Vs. Pérou.* Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 198, Op. Cit., § 101.

Chapitre 2 : Le concept proposé de souveraineté et son rôle dans la garantie des droits de l'homme

Depuis la théorie de l'État, la souveraineté est l'un des fondements juridiques de l'entité étatique à partir de laquelle reste représentée la cession des pouvoirs du peuple à une fiction organisée, créée avec la finalité de réussir des objectifs communs, notamment, la réalisation du bien-être et la protection des droits des êtres humains.

D'après Rousseau, « la volonté générale peut seule diriger les forces de l'État selon la fin de son institution, qui est le bien commun ; car si l'opposition des intérêts particuliers a rendu nécessaire l'établissement des sociétés, c'est l'accord de ces mêmes intérêts qui l'a rendu possible »[1013]. Le respect des droits de l'homme et la réalisation du bien-être humain représentent le bien commun, l'État est déterminé par celui-ci ; car « c'est uniquement sur cet intérêt commun que la société doit être gouvernée » [1014].

Cependant, la souveraineté a été souvent employée par les États pour infirmer l'accomplissement d'obligations internationales étatiques, particulièrement l'exécution des arrêts des tribunaux internationaux, lorsqu'ils impactent leur ordre juridique interne par des modifications normatives constitutionnelles ou légales.

Par rapport à la souveraineté telle que conçue jusque-là, l'on est face à un puissant paradoxe si bien décrite par Monique Chemillier-Gendreau : « le droit international garantit la souveraineté et la souveraineté est ce qui fait obstacle au développement d'un droit international commun et universel ». Les États ont fait « au nom de la souveraineté que les grandes conventions ne parviennent pas à l'universalité, que le *jus cogens* [soit] refusé par certains, que la compétence des juridictions internationales ne [soit] pas obligatoire ». Elle en conclut ainsi qu' « il faut en venir à la nécessité d'en finir avec cette notion si l'on veut permettre l'essor et le renouveau du droit international » [1015].

La souveraineté depuis sa conception classique en effet, a solidifié les *potestas* de l'État qui lui furent attribuées par les administrés à travers le pacte social. Cependant, lorsque ces *potestas* étatiques vont en contresens avec les intérêts des personnes, en ignorant les raisons essentielles par lesquelles la cession des pouvoirs individuels a été faite, cela donne comme résultat, la perte de légitimité de l'État[1016].

C'est ainsi que la perte de légitimité et la crise de l'État-nation, sont deux situations qui à l'heure actuelle affectent la survivance de l'entité étatique et se trouvent assez proches par une raison commune dépassée qui a servi d'excuse et de justification aux manquements étatiques : *la souveraineté potestas (Section 1)*.

[1013] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social.* Op. Cit., p. 135.
[1014] Ibidem.
[1015] Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *À quelles conditions l'universalité du droit international est-elle possible ?* Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2011, Vol. 355, p. 38.
[1016] Les hommes se sont associés avec le but de protéger des intérêts communs et l'État est censé notamment d'être déterminé par ceux-ci. La perte de légitimité de l'entité étatique est une conséquence mise en exergue par Rousseau, lorsqu'il annonçait que « les clauses du contrat sont tellement déterminées par la nature de l'acte [d'association] », c'est-à-dire la garantie du bien commun, « que la moindre modification les rendrait vaine et de nul effet ». Ainsi, lorsque les États commencent à modifier le contrat social abusant de la souveraineté confiée, l'acte d'association s'évanouit et ils commencent à perdre leur raison d'être, leur légitimité. Voir, Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social.* Op. Cit., p. 90.

Le renouvellement de l'État dans ses fonctions qui emporte la mise en place du droit international humaniste, doit être accompagné obligatoirement par un nouveau concept de souveraineté qui change les rapports entre les individus et les États. Il s'agit du concept de *souveraineté-obligation (Section 2)*, nécessaire pour harmoniser le rôle instrumental de l'État dans le système juridique international avec la prémisse déjà décrite de l'être humain au sommet de la pyramide humaniste.

Section 1 : La souveraineté *potestas* dépassée

L'étude de la souveraineté est l'un des sujets le plus complexes dès lors qu'elle représente deux situations contradictoires. D'une part, « la puissance souveraine de l'État »[1017], pour les partisans de la théorie volontariste et, d'autre part, l'illégitimité de l'action étatique, pour ceux qui luttent pour prévaloir la primauté de l'être humain dans le système juridique international[1018].

La conventionalisation du droit, le développement qu'au long des deux dernières décennies a eu le droit international public, grâce aux changements d'ordre social et économique, ainsi que la manière de concevoir l'action étatique dans la communauté internationale, emportent une forte *critique au concept classique de souveraineté (§ 1)* [1019]. Cette critique s'est exacerbée avec les effets modificateurs que de plus en plus ont les arrêts des tribunaux internationaux des droits de l'homme sur les ordres juridiques internes, circonstance qu'ont mise à l'exergue la faiblesse du concept classique de souveraineté et *les implications néfastes qu'il emporte sur les êtres humains (§ 2)*.

§ 1 : La critique du concept classique de souveraineté

Les États, seuls sujets de droits en droit international classique, deviennent les maîtres de la scène internationale, sans tenir compte de la téléologie du pacte social ni de la soumission due aux êtres humains[1020]. Cette prépondérance étatique, formée à cause de la primauté du volontarisme dans le droit international, alimente *l'erreur du concept classique de souveraineté potestas (A)*[1021].

Le concept de souveraineté, tel qu'on le connaît actuellement, est *le justificatif principal du manquement des États aux obligations internationales (B)*, et l'appui permanent

---

[1017] Jacques CHEVALLIER, *Souveraineté et droit*, Op. Cit., p. 204.
[1018] Voir sur le sujet, Arnulf BECKER LORCA, *Sovereignty beyond the west : The end of classical international law*, Op. Cit., pp. 7 – 73.
[1019] Il s'agit du concept de souveraineté hérité de la fin de l'Empire européen. La souveraineté conçue comme la « *summa potestas* » pour l'État, c'est-à-dire « la compétence des compétences sur un territoire ». Grâce à cette compétence le souverain s'attribue les fonctions régaliennes, particulièrement, le monopole de la force légale. L'État devient « un univers clos dont les frontières ne sont pas seulement la ligne géographique où s'arrête le pouvoir, mais aussi l'ensemble des lignes imaginaires qui enferment une communauté dans son destin ». Cependant, il y a un risque, celui où le « destin peut déraper et le souverain n'édicte plus la loi au nom du peuple, mais contre lui ». « La communauté peut alors subir des crimes massifs commis en toute impunité si le titulaire de la souveraineté se révèle sanguinaire ». Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogations sur un concept en crise*, Op. Cit., pp. 129 et 130.
[1020] Jean SPIROPOULOS, *L'individu et le droit international*, Op. Cit., p. 201.
[1021] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., pp. 65 – 73.

qu'ils ont trouvé pour faire de l'ordre juridique un endroit isolé de tout contrôle. Des manquements étatiques, les êtres humains sont les seules victimes.

A. L'erreur de la primauté du volontarisme étatique dans le concept classique de souveraineté

Il est important de savoir que dans la littérature juridique les concepts de souveraineté et d'État sont étroitement liés[1022]. Autrement dit, « la souveraineté a été sans nul doute le concept-clé ayant présidé à la construction du droit moderne, en relation étroite avec l'identification de l'État »[1023]. Néanmoins, à partir de la globalisation, le développement des relations multinationales, ainsi que du phénomène du terrorisme, le concept d'État-nation construit avec les traités de la paix de Westphalie en 1648, est en crise et demande une transformation[1024]. Pour sa part, le concept de souveraineté, historiquement moulé à l'image de l'État-nation, n'a pas échappé à cette logique de transformation[1025]. Comme il a été le soutient du pouvoir des États ainsi que le fondement au niveau international des rapports étatiques (en ignorant les êtres humains), le concept de souveraineté est aussi en état critique et réclame une mise à jour[1026].

Au cours du XIXe siècle et le début du XXe siècle, les peuples seuls et séparément ont conquis ou défendu leur liberté sans que la communauté internationale intervienne jamais pour leur apporter une aide ou un appui quelconque. La communauté internationale, il faut bien le dire, s'est montré « comme une société fondamentalement « anarchique », formé d'entités également souveraines et au sein de laquelle n'existe pas de pouvoir de commandement »[1027]. À cause du volontarisme étatique, « quand, dans tel ou tel pays, les droits des hommes étaient grossièrement, voire criminellement violés, la communauté des États, dans l'immense majorité des cas restait sinon indifférente au moins immobile »[1028]. Le volontarisme forma un droit international interétatique, qui avait par principe « que le droit international ne s'occupe que des États, ne connaît que les États et qu'il n'a pas le droit de se mêler des relations entre les États et leurs ressortissants »[1029].

Ainsi a été confirmé par le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), en expliquant les déséquilibres entre les règles coutumières du droit international humanitaire régissant les conflits armés internationaux et internes. Selon le TPIY, le droit international traitait donc très différemment ces deux catégories de conflit : « les guerres entre États étaient réglementées par un ensemble de règles juridiques internationales », tandis que « les

---

1022 David SCOTT, *Norms of self-determination : thinking sovereignty through*, Middle east law and governance, Leiden, Koninklijke Brill, 2012, No. 4, pp. 195 – 224 ; Roman KWIECIEN, *Sir Hersch Lauterpacht's idea state sovereignty – Is it still alive ?* International community law review, Leiden, Koninklijke Brill, 2011, No. 13, pp. 23 – 41 ; et Attila TANZI, *Remarks on Sovereignty in the Evolving Constitutional Features of the International Community*, International Community Law Review, Op. Cit., pp. 145 – 169.

1023 Jacques CHEVALLIER, *Souveraineté et droit*, Op. Cit., p. 203.

1024 Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., p. 61.

1025 Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogations sur un concept en crise*, Op. Cit., p. 127.

1026 Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *À quelles conditions l'universalité du droit international est-elle possible ?* Op. Cit., p. 38.

1027 Jacques CHEVALLIER, *Souveraineté et droit*, Op. Cit., p. 204.

1028 René BRUNET, *La garantie internationale des droits de l'homme d'après la Charte de San Francisco*, Genève, Ch. Grasset, 1947, p. 29.

1029 Ibidem.

règles régissant les conflits civils étaient rares, les États préférant les considérer comme une rébellion, une mutinerie ou une trahison relevant du droit pénal interne »[1030]. Pour le tribunal, « cette dichotomie était clairement axée sur la souveraineté de l'État et reflétait la configuration traditionnelle de la communauté internationale, fondée sur la coexistence d'États souverains plus enclins à défendre leurs intérêts propres que les préoccupations de la communauté ou les exigences humanitaires »[1031].

À cet égard, René Brunet affirmait que l'exclusion de l'homme et l'humanité du domaine international, ainsi que la séparation complète entre le droit international et le droit interne, « était commandée par la doctrine, unanimement acceptée jusqu'au début du XXe siècle, de la souveraineté de l'État »[1032]. Lui-même, en tant qu'ancien délégué de la France à la Société des Nations, avouait que depuis cette théorie la plupart des philosophes et juristes considèrent que « l'attribut essentiel de l'État, la faculté qui le distingue d'autres groupements humains, c'est qu'il ne peut recevoir d'ordre de personne, c'est qu'il est doté du pouvoir absolu et incontrôlable de se comporter, dans ses relations extérieures comme dans ses affaires domestiques, selon son bon plaisir et sans autres restrictions que celles qu'il a volontairement accepté »[1033].

Tout cela, a créé une société interétatique, une communauté internationale qui se comporte comme un club, duquel seul les États souverains font partie. Une communauté qui ne reconnaît d'autres règles que celles qui ont été librement acceptées par ses membres et dont sont exclus à force d'évidence, tous les groupements et tous les individus dépourvus les uns et les autres de la qualité essentielle et nécessaire, pour être admis dans ce club rigoureusement fermé : la souveraineté[1034].

Le plus déplorable de ce club interétatique et de sa construction juridique, c'est que la plupart du temps l'individu y est absent. Les coutumes internationales qui se forment en dehors de lui, les traités à la rédaction desquels il ne participe pas ne sauraient en aucune sorte le concerner ou le concerner très peu. Dans la scène internationale, la plupart du temps, l'individu « n'est, comme le territoire, qu'un objet du droit international » [1035].

Le XXe siècle et ses deux guerres ont amené quelques changements. Néanmoins « la conception, aujourd'hui assez répandue, est que la souveraineté permet à l'État un pouvoir

---

[1030] TPIY, *Affaire Le Procureur Vs. Dusko Tadic, Alias « Dule »*, Arrêt relative à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, § 96.
[1031] Ibidem.
[1032] René BRUNET, *La garantie internationale des droits de l'homme d'après la Charte de San Francisco*, Op. Cit., p. 29.
[1033] Ibid., pp. 29 et 30.
[1034] Ibid., p. 31. Même l'ONU, malgré ses avancements, est « en réalité une organisation d'États et n'[est] que cela. Les peuples qui apparaissent dans la Charte avec le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes n'ont pas d'autre possibilité dans l'exercice de ce droit que celle de devenir des États ». L'histoire du droit international montre que « la mécanique centraliste de l'État réduit les composantes humaines de chaque État à l'intégration ou, si elles résistent, à la répression ». « La raison en est que seul l'État bénéficie de cet attribut envié que l'on nomme la souveraineté et qui représente le maximum de l'indépendance et du pouvoir ». Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *À quelles conditions l'universalité du droit international est-elle possible ?* Op. Cit., p. 35.
[1035] René BRUNET, *La garantie internationale des droits de l'homme d'après la Charte de San Francisco*, Op. Cit., p. 32.

absolu sur son territoire, y compris à l'égard de son peuple »[1036]. Dans l'actualité, tant l'État que la souveraineté *potestas,* se montrent incompatibles avec le contexte international, et incapables de répondre aux obligations des droits de l'homme acquises par l'État. En lieu d'encadrer le comportement étatique à la protection effective de l'être humain, ils permettent la violation flagrante des droits autant que le prolongement des problèmes systématiques dans l'ordre juridique interne.

La mise en déclin de la souveraineté étatique trouve une explication logique dans la primauté de la théorie volontariste en droit international. C'était à cause de cette théorie que l'État s'est conçu comme une entité souveraine et autonome, chargée du monopole de l'exercice du pouvoir coercitif, la création de mécanismes d'élaboration et d'application de la loi, ainsi que de la formalisation des relations entre les États à travers la diplomatie[1037]. De plus, la théorie volontariste a donné lieu à une conception de souveraineté nationale qui « implique le droit de gouverner sur un territoire délimité et d'exercer l'autorité politique au sein d'une communauté qui a le droit à déterminer la structure de l'ordre juridique, ses normes et ses politiques, ainsi que de gouverner conformément à elles »[1038].

Avoir fondé la souveraineté de l'entité étatique sur la *potestas* qui lui a donné les personnes par la cession des pouvoirs individuels et à travers laquelle l'État se déclare autonome et indépendant, avec la capacité d'autodétermination, a été une grave erreur, qui dans l'actualité exige une correction historique. « La souveraineté peut être l'attribut de monstres : les totalitarismes, les vraies dictatures, les fausses démocraties »[1039], étant donné que la *potestas*, en lieu d'être la lumière pour guider aux États vers la garantie du bien-être général de la population, a justifié des comportements inadéquats et a donné l'origine à une situation d'irresponsabilité étatique. Une irresponsabilité qui semble subsister aujourd'hui, un peu plus modérée qu'avant, mais encore choquante avec les obligations à l'égard des droits de l'homme qui ont été acquises par les États.

Il ne faut pas oublier que depuis le début du XXe siècle l'irresponsabilité étatique a été l'objet de fortes critiques, à commencer par celles de Léon Duguit, selon lesquelles, « c'est donc en définitive l'État souverain qui crée le droit et dès lors on ne peut admettre qu'il puisse être responsable. Dans la conception traditionnelle la responsabilité implique une violation du droit ; et qui crée le droit par un acte de sa souveraineté ne peut pas le violer » [1040].

Ce sont ces critiques qui ont servi de fondement pour mettre en œuvre la responsabilité des États au niveau interne et au niveau international[1041]. Cependant, l'on peut

---

[1036] Madjid BENCHIKH, « Souveraineté des États, droits des peuples à l'autodétermination et droits humains », *in* Jean-François AKANDJI-KOMBÉ (Dir.), *L'homme dans la société internationale : Mélanges en hommage au professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 27.
[1037] Laura SALDIVIA, *Estado, soberanía y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2010, pp. 21 et 22.
[1038] Ibid., p. 22.
[1039] Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogations sur un concept en crise*, Op. Cit., p. 132.
[1040] Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1921, p. 225.
[1041] Un exemple au niveau international est la Résolution 56/83 de 2001 approuvée le 28 janvier 2002 par l'Assemblée générale de Nations Unies, dans laquelle est défini le fait internationalement illicite, comme le fait qui n'est pas conforme à ce qui est requise des États en vertu des obligations internationales, quelle que soit l'origine ou la nature de celles-ci. Voir par rapport à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et l'existence de la violation d'une obligation internationale, les articles 2 et 12 de la Résolution 56/83. Voir aussi, James CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État : introduction texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, pp. 93 – 103 et 149 – 156 et Joseph Frank OUM

dans l'actualité reconnaître que les choses ont changé, maintenant la responsabilité directe de l'État (non indirecte par la voie des autorités publiques) peut être invoquée en droit interne. Néanmoins, en droit international il existe encore des États qui veulent pratiquer la théorie de « l'irresponsabilité étatique »[1042] en trouvant dans la souveraineté *potestas* son meilleur partenaire. Cette *potestas* a permis aux États de se montrer réticents à l'accomplissement des sanctions internationales qui les obligent à harmoniser leur droit interne avec les traités des droits de l'homme, ainsi que d'arrêter les violations massives et systématiques, provenant d'incompatibilités normatives non réglées[1043].

D'après Roxana Ávalos Vásquez, le refus des États vis-à-vis de l'article 19 du projet d'articles de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité des États par fait internationalement illicite[1044], consacrant la distinction entre les « crimes » et les « délits » internationaux, démontre, par exemple, qu'à travers la souveraineté (*potestas*) les États ont limité la portée de leur responsabilité internationale[1045].

En effet, l'article 19 § 2 du projet décrivait le crime international comme « le fait illicite qui résulte d'une violation par un État d'une obligation si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble »[1046]. Autrement dit, l'article faisait une « différence de nature » entre deux faits internationalement illicites : ceux qui « mettent en cause les seuls intérêts des États concernés » ; et ceux qui atteignent la communauté internationale, les individus, or l'humanité dans son ensemble[1047].

Cependant, les États ont refusé presque de manière unanime le contenu de l'article 19 du projet, « sous l'argument de ce que le droit international coutumier reconnaît toujours la responsabilité pénale des individus, mais n'a jamais reconnu la responsabilité pénale des États sous la maxime *societas delinquere non potest* »[1048]. C'est ainsi qu'avec la suppression de cette distinction on est revenu « à l'idée que la société internationale demeure fondée sur la

---

OUM, *Le fait illicite non fautif, fondement de la responsabilité de l'État du fait des lois inconventionnelles*, Revue française de droit administratif, Paris, Dalloz, 2013, No. 3, pp. 627 – 636.

[1042] Ignacio NÚÑEZ LEIVA, *Vigencia del dogma de la irresponsabilidad del Estado legislador en el Estado constitucional de derecho. Ensayando bases para una teoría sobre la responsabilidad del Estado legislador,* Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2011, Año 9, No. 1, pp. 278 et 279.

[1043] Scott VEITCH, *Law and Irresponsibility : On the Legitimation of Human Suffering*, New York, Routledge, 2007, pp. 128 – 130.

[1044] L'article 19 est apparu dans le contenu du projet d'articles sur la responsabilité par fait internationalement illicite adoptait le 6 juillet 1976 par la CDI. Cet article est resté plus de 20 ans dans le contenu du projet d'articles, jusqu'à ce que James Crawford, cinquième et dernière rapporteur spécial, a considéré comme pertinent le supprimer dans le projet d'article de 2001. Voir, James CRAWFORD, Jacqueline PEEL et Simon OLLESON, *The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts : Completion of the Second Reading*, European Journal of International Law, 2001, Vol. 12, No. 5, pp. 963 – 991.

[1045] Roxana de Jesús ÁVALOS VÁSQUEZ, *Responsabilidad internacional del Estado por hecho internacionalmente ilícito del Estado : ¿más de 40 años de labor de la Comisión de Derecho Internacional para nada ?* Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. VI, 2006, p. 590.

[1046] CDI, *Annuaire de la Commission du droit international*, New York, United Nations, 1976, Vol. I, p. 256.

[1047] Alain PELLET, *Remarques sur une révolution inachevée, le projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*, Annuaire français de droit international, Paris, CNRS, 1996, Vol. 42, p. 19.

[1048] Roxana de Jesús ÁVALOS VÁSQUEZ, *Responsabilidad internacional del Estado por hecho internacionalmente ilícito del Estado : ¿más de 40 años de labor de la Comisión de Derecho Internacional para nada ?* Op. Cit., p. 590.

juxtaposition pure et simple de souverainetés dont le droit [doit] se borner à assurer la coexistence »[1049].

Le regard de puissance construit autour de l'État est devenu plus aigu lorsque les supporteurs de la théorie volontariste ont mis dans le « centre de gravité » du droit international l'entité étatique[1050]. Selon eux, le droit international régit exclusivement les rapports entre États indépendants, au point que « les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci »[1051].

La volonté étatique et la souveraineté forment un binôme qui fait de l'État une puissance absolue, capable de gérer ses affaires internes de façon autonome et dont, l'ingérence d'un tiers est interdite. L'État ainsi conçu est le seul et unique sujet du droit international. Il est le maître de la régulation interétatique et ses intérêts sont les seuls à tenir en compte par la société internationale. Si « le droit international régit les rapports entre États souverains, il ne peut pas être fondé que sur leur volonté » et leurs intérêts[1052], et comme rien d'autre ne doit être réglé ni fait partie du rapport du droit international, il doit aveuglément se mettre aux services des intérêts étatiques[1053].

Les lignes précédentes montrent l'essence de la théorie volontariste ainsi que l'erreur d'avoir construit sur elle le concept classique de souveraineté. La communauté internationale contemporaine à laquelle s'applique le droit international n'est pas seulement constituée d'États indépendants mais d'autres sujets qui ont été « oubliés » et qui sont en train de revendiquer leurs propres intérêts[1054]. Malheureusement, l'histoire a prouvé qu'à cause du volontarisme le droit international a eu une approche cynique aux réalités globales de l'humanité, en exaltant une souveraineté dont la conception absolutiste a donné lieu dans le passé –et continue de donner lieu–, aux abus étatiques les plus graves[1055].

Ces abus, qui ont été toujours vécus par les populations, ont eu une même source : considérer aux États comme les seuls ou les plus importants sujets du droit international, transformant la scène internationale en champ de bataille étatique où les plus forts imposent leur volonté. On voit rapidement qu'il s'agit d'un « état de nature international » où les « puissances » se déterminent par la force économique, sans regarder les origines historiques et actuelles de leurs richesses ; par les armes, sans tenir compte des conséquences qu'elles

---

[1049] Alain PELLET, *Remarques sur une révolution inachevée, le projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États*, Op. Cit., p. 21.
[1050] Mohammed BEDJAOUI, *L'humanité en quête de paix et de développement (II)*, Op. Cit., pp. 175, 504 et 505.
[1051] CPJI, *Affaire du Lotus Turquie Vs. France*, Op. Cit., p. 18.
[1052] Alain PELLET, « Lotus que de sottises on préfère en ton nom ! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la cour mondiale », *in L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui : Mélanges en honneur de Jean-Pierre Puissochet,* Paris, Pedone, 2008, p. 217.
[1053] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 15.
[1054] Joe Verhoeven affirme ainsi que dans le droit international historiquement il y a eu des « oubliés », par exemple, les peuples et les minorités. Dans la scène internationale « d'autres entités y apparaissent plus ou moins sporadiquement, sans que l'on sache trop quelle est exactement la place qui devrait leur être fait. Il précise que « ce n'est pas vraiment que le droit international les ignore ; c'est plutôt qu'il ne paraisse pas enclin à les laisser vivre comme sujets même s'il s'en préoccupe ». Joe VERHOEVEN, *Considérations sur ce qui est commun*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2008, Vol. 344, p. 87.
[1055] Alain PELLET, « Lotus que de sottises on préfère en ton nom ! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la cour mondiale », *in L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui : Mélanges en honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Op. Cit., p. 218.

ont pour l'environnement ; et par la force de la menace, toujours accompagnée du discours de double standard, celui qui protège et celui qui envahit[1056].

Le plus regrettable en est que les organismes internationaux créés pour régler les problèmes de la communauté internationale se comportent en fonction de la logique de la souveraineté *potestas* ; acceptant les abus que les « puissances » font sur les populations qui se trouvent dans leur juridiction ou dans les juridictions d'autres[1057]. Cela démontre que pour le droit international interétatique peu importent les individus. La vision interétatique que les théoriciens du volontarisme l'ont donné au droit international fait de lui un droit effectif pour protéger et défendre les intérêts des « puissances », mais un droit fragile pour répondre aux comportements abusifs des États à l'égard de la population.

Un exemple clair de l'état de choses du droit international et de l'action des organismes internationaux, se présente avec l'Assemblée générale des Nations Unies et la CIJ, qui dans un avis demandé par la première sur la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires, s'est montrée incapable d'interdire l'usage de ces armes par tous les États y compris ceux que le traité sur la non-prolifération d'armes nucléaires a dénommés « États dotés d'armes nucléaires »[1058].

Pour protéger les intérêts communs de l'humanité, il fallait juste révéler que la seule possession de ces armes mettait en péril l'existence et le futur de la civilisation humaine, interdisant définitivement son usage ; et non se limiter à juger que « ni le droit international coutumier ni le droit international conventionnel ne comportent d'interdiction complète et universelle de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires »[1059].

Par le biais de cet argument, la CIJ a fini pour autoriser la menace ou l'emploi de cette sorte d'armes par les États, si elles sont compatibles avec le droit international humanitaire[1060] ; en ignorant de base, comme l'ont fait savoir quelques États, que le recours aux armes nucléaires ne peut en aucun cas être compatible avec les principes et règles du droit humanitaire. Celui-là, parce que l'emploi d'armement nucléaire ne permet pas « la distinction entre population civile et combattants ou entre biens de caractère civil et objectifs militaires, ni dans le temps ni dans l'espace, à des cibles militaires légitimes »[1061]. En effet, « ces armes tueraient et détruiraient d'une façon nécessairement indiscriminée du fait du

---

[1056] « La division en États souverains alimente l'opposition parfois violente entre eux […] En effet, la concurrence entre tous favorise un individualisme qui à l'échelle de groupes étatiques s'exprime dans les égoïsmes nationaux ». Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogations sur un concept en crise*, Op. Cit., p. 128.

[1057] Voir par exemple, l'affaire *Franklin Guillermo Aisalla Molina. Équateur Vs. Colombie*, dans lequel la Colombie a effectué un bombardement sur le territoire équatorien en milieu d'une opération militaire, en tuant des membres de la population civile. COMMISSION IDH, *Affaire Franklin Guillermo Aisalla Molina. Équateur Vs. Colombie,* Rapport d'admissibilité de la Communication interétatique No. 2, Rapport No. 112/10, Op. Cit.

[1058] D'après l'article IX-3 du Traité sur la non-prolifération d'armes nucléaires, qui est entré en vigueur le 5 mars 1970, un « État doté d'armes nucléaires est un État qui a fabriqué est a fait exploser une arme nucléaire ou un autre dispositif nucléaire explosif avant le 1er janvier 1967 ». Cette définition a fait que la Chine, les États-Unis, la France, le Royaume-Uni et la Fédération de Russie soient les seuls considérés comme « États dotés d'armes nucléaires ».

[1059] CIJ, *Affaire sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, 8 juillet 1996, p. 44, point résolutif No. 2, réponse B.

[1060] Ibid., p. 44, point résolutif No. 2, réponse D.

[1061] Ibid., p. 40, § 92.

souffle, de la chaleur et du rayonnement provoqués par l'explosion nucléaire et des effets induits de celle-ci ; et le nombre de victimes qui s'ensuivrait serait énorme »[1062].

Avec cet avis, la CIJ a confirmé la vision interétatique du droit international où l'État par la souveraineté *potestas* peut tout se permettre, même l'utilisation d'armes nucléaires sans tenir compte des préjudices qu'une telle hypothèse générerait sur toute l'humanité pendant des décennies[1063].

Évidemment, si on part de l'hypothèse que l'humanité survivra aux effets immédiates et future que l'utilisation des armes nucléaires peuvent mener sur les individus et l'environnement, le fait d'émettre un avis dénué de connotation à l'égard des intérêts de l'humanité pour satisfaire les intérêts des États dotés d'armes nucléaires, laisse au découvert que les Nations Unies et ses organes suivent la logique du volontarisme étatique, et méconnaissent comme sujet de droit l'être humain.

On perçoit sans effort que topiques assez importants pour l'humanité, comme celui des armes nucléaires, sont résolus sous l'idée de la puissance souveraine tenant compte exclusivement des intérêts étatiques. Cette sorte des décisions projetant la mauvaise image que l'individu importe peu dans la régulation internationale. D'autre manière, la CIJ aurait catégoriquement interdit l'utilisation de ces armes dans tous les conflits armés pour être un risque latent à la survivance du genre humain et à la destruction de l'environnement. Mais elle s'est limitée à dire que dans « l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, [elle] ne [pouvait] cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause »[1064].

Cette décision est conséquence, en définitive, de l'erreur d'avoir lié la conception de souveraineté à la théorie volontariste du droit international. Une erreur sans doute coûteuse qui met au-dessus de l'humanité aux États, en limitant au champ de la volonté étatique l'effectivité des règles internationales, pour faire de l'humanité et de la personne humaine deux sujets presque inexistants dans la scène internationale.

Enfin, l'objectif n'est pas de régler et de mettre en œuvre un droit international pour servir à quelques « puissances ». Le but cherché est de faire fonctionner le système juridique

---

[1062] Ibidem. Voir aussi, Peter WEISS, *Six reasons why nuclear weapons are more dangerous than ever*, American University International Law Review, 2007, Vol. 22, Issue 3, pp. 398 et 399.

[1063] Par rapport à ce sujet, Veitch affirme qu'à la lumière de l'avis de la CIJ sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, il est clair que la souveraineté des États joue toujours un rôle profondément important dans la façon comment les massacres seront légitimés, démontrant ainsi que dans les organismes internationaux, tels que la CIJ, la logique du volontarisme étatique survie. Scott VEITCH, *Law and Irresponsibility : On the Legitimation of Human Suffering*, Op. Cit., p. 130.

[1064] Ibid., p. 44, point résolutif No. 2, réponse E.

international fondé sur « le principe d'humanité »[1065] et non sur la puissance étatique[1066] ; de créer des règles pour résoudre et satisfaire les besoins de toute l'humanité et non de quelques États. Si un gouvernement étatique prétend faire primer ses intérêts dans le système international, l'humanité doit réagir pour freiner ses prétentions, gardant la primauté de ses intérêts, puisque les entités étatiques ne peuvent pas être au-dessus de l'humanité ni de l'être humain. Les États sont créés téléologiquement pour protéger ces intérêts, donc leur existence dépend de cette réussite. Il ne faut pas se confondre et oublier l'ordre correct des choses. L'être humain compose l'humanité, pour sa part, l'humanité crée l'État et la civilisation pour être protégée et non détruite. Autrement dit, le maître du système juridique est l'humanité, et son serviteur est l'État.

B. Le manquement des États aux obligations internationales justifié par le concept classique de souveraineté

L'humanité a été témoin de l'action démesurée des États et de la violation aux droits de l'être humain et l'humanité que cette action irresponsable a causé[1067]. L'humanité a été aussi témoin de tous les arguments que les entités étatiques ont trouvé pour justifier leurs comportements ainsi que méconnaître les faibles et insuffisantes sanctions que les tribunaux de protection des droits de l'homme émettent. L'un des arguments le plus courant des États pour justifier la méconnaissance des sanctions internationales est celui de l' « atteinte à la souveraineté étatique », que selon eux, font les tribunaux des droits de l'homme avec leurs jugements.

[1065] Récemment, le juge international Cançado Trindade a défini « le principe d'humanité » comme celui qui dispose traiter à toutes les personnes avec humanité, « dans les circonstances les plus différentes, tant en temps de conflit armé qu'en temps de paix, dans les relations entre les pouvoirs publics et toutes les personnes relevant de la juridiction de l'État concerné ». Pour lui, « ce principe a une incidence notoire lorsque ces personnes se trouvent dans une situation de vulnérabilité, ou même *sans défense*, ainsi qu'on le voit dans les dispositions pertinentes des traités intégrant le droit international des droits de l'homme ». Dans autres mots, « le principe d'humanité imprègne tout le *corpus juris* de protection de la personne humaine, ce qui illustre la proximité ou la convergence entre ses différentes branches distinctes et complémentaires (droit international humanitaire, droit international des droits de l'homme et droit international sur les réfugiés), au plan herméneutique, et il est également manifeste au niveau normatif et opérationnel ». Antônio CANÇADO TRINDADE, *Opinion individuelle dans l'affaire Ahmadou Sadio Diallo*, CIJ, Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée Vs. République Démocratique du Congo), Arrêt du 30 novembre 2010, §§ 94 et 103.

[1066] Robin COUPLAN, *Humanity : what is it and how does it influence international law*, Op. Cit., pp. 969 – 989 ; Jean-Claude GUILLEBAUD, *Principe d'humanité*, Paris, Seuil, 2001 ; et Catherine LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, Op. Cit., pp. 116 – 149.

[1067] Suivant la pensée de Catherine Le Bris, l'humanité a été assez saisie par le droit international public et les droits de l'homme qu'elle doit se considérer un sujet de droit indépendant des droits des individus. Selon la thèse de Le Bris, il existe une confusion sur les droits de l'homme et les droits de l'humanité. Une confusion nourrie par « la théorie des générations des droits de l'homme », parce qu'indiscutablement, les droits de ladite « troisième génération » sont de nature collective, c'est-à-dire qu'appartiennent au genre humain et non pas aux individus, tandis que la première et la deuxième génération, appartiennent aux êtres humains conçus de manière individuelle, malgré que les droits de cette dernière génération s'exercent collectivement. Ainsi, il faut savoir que « les droits de l'homme protègent les libertés politiques de l'individu face à l'État, les droits de l'humanité assurent la sauvegarde des intérêts essentiels du genre humain (protection de l'environnement, de la paix, etc.). Les droits de l'homme se réalisent dans le temps présent tandis que les droits de l'humanité, qui concernent aussi les générations futures, se projettent, en sus, dans l'avenir ». Catherine LE BRIS, *L'humanité saisie par le droit international public*, Op. Cit., pp. 83 – 86.

D'après les États, la souveraineté, interprétée comme « *summa potestas* »[1068], est un bouclier qui protège l'entité étatique de toute intervention étrangère, autorisant l'exercice libre et autonome de la puissance publique dans leur juridiction, ayant leur fondement dans la volonté du peuple[1069].

L'invocation de l'argument de « l'atteinte à la souveraineté » a plusieurs déclinaisons. Il peut être utilisé par un gouvernement étatique pour refuser le paiement d'une satisfaction équitable, la prise de mesures individuelles non pécuniaires ou l'accomplissement de mesures générales, comme celles exigées à la Trinité-et-Tobago par rapport à la peine de mort[1070]. L'atteinte à la souveraineté a servi aussi d'excuse pour se nier à l'accomplissement des jugements qu'envisagent des réformes législatives, telles que les ordonnées au Costa Rica pour autoriser et garantir la fécondation in vitro (FIV) dans son territoire[1071] ; et des réformes constitutionnelles importantes, telles que les demandées au Pérou vis-à-vis des normes créées pour le gouvernement de Fujimori pour combattre le terrorisme[1072]. Certes des palliatifs ont été conçus dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, ayant adopté différents modèles de surveillance et d'exécution des arrêts pour faire face aux manquements étatiques. Soit à travers un modèle politique[1073] soit par le moyen d'un modèle judiciaire[1074].

À la différence du système européen d'exécution des arrêts fondé sur un modèle politique de surveillance à travers le Comité des Ministres, le système interaméricain s'est érigé sur un modèle judiciaire d'origine jurisprudentiel. Ce modèle fut entièrement réglé en 2009 par le nouveau règlement de la Cour IDH suite à l'affaire *Baena Ricardo et autres*, où le Panamá réfuta la compétence de la Cour de San José d'exécuter ses arrêts, alléguant que l'exécution est une étape « post-jugement » qui n'est pas réglée par la CADH[1075]. La Cour répondit que : « la juridiction comprend le pouvoir d'administrer la justice, elle ne se limite pas à dire le droit, mais comprend également le suivi de l'exécution des jugements »[1076].

[1068] Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogations sur un concept en crise*, Op. Cit., p. 129.

[1069] Une précision sur l'évolution de la souveraineté s'avère nécessaire. À partir des deux révolutions du XVIIIe siècle (l'Étasunien et la Française), la souveraineté fut déplacée du monarque vers le peuple, mais la souveraineté populaire se laissera vite substituer par la souveraineté nationale. Néanmoins, l'histoire a bien prouvé que « l'acquis de cette période est cependant la dénonciation de la nature autoritaire du pouvoir et l'amorce d'une sécularisation de ce pouvoir ». Ibid., p. 130.

[1070] COUR IDH, *Affaire James et autres Vs. Trinité-et-Tobago*, Résolution de mesures provisoires, 27 mai 1998, § 5 ; *Affaire Constantine et autres Vs. Trinité-et-Tobago*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 82, Op. Cit., §§ 50 et 51 ; et *Affaire Hilaire, Constantine et autres et Caesar Vs. Trinité-et-Tobago*, Résolution de supervision d'accomplissement d'arrêt, 20 novembre 2015, § 7.

[1071] COUR IDH, *Affaire Artavia Murillo et autres (« fécondation in vitro ») Vs. Costa Rica*, Résolution de supervision d'accomplissement d'arrêt, 26 février 2016, §§ 10 – 27.

[1072] COUR IDH, *Affaire Castillo Pretuzzi et autres Vs. Pérou*, Résolution de supervision d'accomplissement d'arrêt, 17 novembre 1999, § 3, littéraux a) et d).

[1073] Élisabeth LAMBERT ABDELGAWAD, *L'exécution des décisions des juridictions internationales des droits de l'homme : vers une harmonisation des systèmes régionaux*, Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, Vol. 3 Especial, pp. 18 – 23.

[1074] Juan Carlos HITTERS, *El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana*, Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2012, Año 10, No. 2, pp. 544 – 548 ; et Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional : vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del caso Gelman Vs. Uruguay)*, Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2013, Año 11, No. 2, pp. 641 – 694.

[1075] COUR IDH, *Affaire Baena Ricardo et autres Vs. Panamá*, Arrêt d'établissement de compétence, Série C n° 104, 28 novembre 2003, § 27.

[1076] Ibid., § 72.

« L'efficacité des décisions dépend de leur exécution. Le processus devrait aboutir à la réalisation de la protection du droit reconnu dans la décision judiciaire par l'application correcte de cette décision »[1077]. « L'exécution des décisions judiciaires devrait être considérée comme faisant partie du droit d'accès à la justice, entendu dans le sens plus large, englobant également le plein respect de la décision pertinente »[1078].

La seule existence de ces mécanismes de suivi des obligations internationales étatiques, révèle comme une radiographie, ce qui se passe actuellement avec le concept classique de souveraineté et comment cette situation ne semble pas être en mesure de changer mais de s'aggraver. Cela explique pourquoi ces dernières années, les mécanismes de suivi ont été renforcés dans le système interaméricain et européen[1079]. De plus, cette situation montre pourquoi on est encore face à une grave inexécution des arrêts émis par les tribunaux internationaux des droits de l'homme, qui sont justifiés par le biais de la souveraineté *potestas* et font preuve des résistances politiques ainsi que des résistances techniques pour y accomplir les obligations internationales, *à travers la suprématie de l'ordre juridique interne (I)* ou *l'immunité souveraine des États (II)*.

I. À travers la suprématie de l'ordre juridique interne

Par rapport aux manquements à leurs obligations internationales, les États ont montré des résistances fondées sur la souveraineté *potestas*, méconnaissant les droits des êtres humains. Dans le continent américain on a connu les cas du Pérou et du Venezuela, qui par la voie jurisprudentielle ont laissé entendre qu'aucune décision provenant d'un tribunal ou d'un organisme international ne peut être au-dessus des règles juridiques étatiques. Avant tout, il faut préciser que mis à part les deux cas à exposer, dans le continent américain l'usage de ce type d'obstacles reste rare, ce qui malgré tout, « témoigne du développement d'un rapport direct entre l'autorité de la Cour [IDH] et l'autorité des organes judiciaires internes »[1080].

Le Pérou a fait recours à l'argument de la souveraineté pour s'opposer à l'exécution des arrêts et excuser la méconnaissance aux obligations internationales de protection des droits de l'homme. Dans l'affaire *Castillo Petruzzi et autres*[1081], l'État péruvien, via exceptions préliminaires, contesta la compétence de la Commission IDH et de la Cour IDH pour juger l'incompatibilité de quelques normes de l'ordre juridique interne avec la CADH et contester sa capacité pour développer une libre politique criminelle dans sa juridiction[1082].

En effet, le Pérou s'oppose à la capacité de la Commission IDH et la Cour IDH de déclarer incompatibles les normes juridiques internes approuvées dans l'exercice légitime de la souveraineté étatique avec le but de combattre le terrorisme et juger aux traîtres de la patrie. Selon la défense du gouvernement, « il existe des aspects inhérents à la souveraineté

[1077] Ibid., § 73.
[1078] Ibid., § 82.
[1079] On parle explicitement de la réforme du règlement interne de la Cour IDH faite en 2009, qui a été mise en place pour renforcer le suivi de ses arrêts, expressément dans le nouvel article 69 ; et l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 additionnel à la CEDH, conçu parmi d'autres buts, pour améliorer les éléments d'exécution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.
[1080] Letizia SEMINARA, *Les effets des arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 108.
[1081] Voir *infra* IIème partie, Titre I, Ch. 2, Section 1, § 2, A II.
[1082] COMMISSION IDH, *Rapport 17/97*, 11 mars 1997, §§ 86 et 87.

des États et des individus qui les composent, auxquels ne peut pas se renoncer sans affecter l'ordre public ». Parmi eux, « le droit de créer les lois nécessaires pour réprimer les délits commis dans leur territoire pour des ressortissants ou des étrangères ». C'est pourquoi « la décision souveraine de n'importe quel organisme juridictionnel du Pérou ne peut pas être modifiée ni laissée sans valeur par aucune autorité nationale, étrangère ou supranationale »[1083].

Dans une deuxième affaire, *Cesti Hurtado Vs. Pérou*[1084], l'État fait à nouveau allusion à la souveraineté pour contester la compétence des organismes du système interaméricain et s'opposer à la violation de la chose jugée de leurs juges. Selon la défense de l'État, la Cour IDH « à plusieurs reprises […] à travers ses arrêts dans les différentes affaires promues en [contre du Pérou] a fait une atteinte de sa souveraineté […], affaiblissant l'ordre juridique de l'État péruvien et en prétendant déstabiliser les institutions constitutionnelles en vigueur »[1085]. « L'exigence d'annuler les effets du procès suivi contre M. Cesti Hurtado est extravagante et porte atteinte à la souveraineté de l'État péruvien, car il est impossible d'annuler un jugement ayant la force de chose jugée »[1086].

Pour sa part le 15 juillet 2003, la Chambre constitutionnelle du Tribunal suprême de justice vénézuélien a tracé l'un des évènements de politisation du droit international plus critiqués dans le SIDH, et qui aboutit en 2012 à la dénonciation du Pacte de San José par le gouvernement du Venezuela.

La Chambre constitutionnelle fut saisie pour vérifier la constitutionnalité *a posteriori* du Code Pénal du Venezuela, par rapport aux articles qui établissaient comme délit les expressions offensives dirigées vers les agents publics et les institutions de l'État, connues dans la doctrine comme les « *leyes de desacato* »[1087], pour être contraires à la liberté d'expression comme l'avait averti la Commission IDH dans son rapport annuel en 1994[1088]. Malheureusement, dans cet arrêt le Tribunal suprême de justice a nié le caractère

---

[1083] COUR IDH, *Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 41, 4 septembre 1998, § 100.

[1084] Dans cette affaire la Cour IDH est saisie par la Commission IDH afin d'établir la responsabilité internationale du Pérou pour avoir violé les droits de l'homme (liberté personnelle, procès équitable, garanties judiciaires, dignité humaine, propriété privée et protection judiciaire) du M. Gustavo Adolfo Cesti Hurtado, ainsi qu'avoir méconnu les obligations de respecter les droits et d'adopter des mesures en droit interne. COUR IDH, *Affaire Cesti Hurtado Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 56, 29 septembre 1999, § 2.

[1085] Ibid., § 162.

[1086] Sur ce sujet l'État affirma que l'annulation d'un procès ayant l'autorité de chose jugée est un « impossible juridique » qui « favoriserait un chaos procédural, déstabilisant l'ordre juridique de l'État péruvien, qui serait obligé de défier l'arrêt du tribunal à la juridiction duquel est soumise en vertu du droit international ». Ibid., § 191.

[1087] La Commission IDH dans son rapport annuel de 1994, précisa que les « *leyes de desacato* » « sont une classe de législation qui criminalise l'expression qui offense, insulte, ou menace un agent public dans l'exercice de ses fonctions officielles ». COMMISSION IDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994*, OEA/Ser.L/V/II.88, 17 février 1995, Chapitre IV sur la compatibilité entre les « *leyes de desacato* » et la Convention américaine des droits de l'homme. En France ces lois sont assimilables au délit d'outrage consacré à l'article 433-5 du Code pénal.

[1088] En effet, la Commission IDH dans ce rapport affirma que les « leyes de desacato » « sont incompatibles avec l'article 13 de la Convention américaine des droits de l'homme, parce qu'elles répriment la liberté d'expression nécessaire pour l'adéquat fonctionnement d'une société démocratique ». Ces lois créent, en faveur des agents publics, un droit à la protection qui n'ont pas les autres intégrants de la société. Une distinction qui va en contresens avec le principe fondamental de tout système démocratique « qui fait du gouvernement l'objet de contrôles, parmi eux, le scrutin de la citoyenneté, pour prévenir ou contrôler les abus du pouvoir coactif ». COMMISSION IDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994*, Op. Cit., Chapitre IV.

obligatoire de la jurisprudence de la Cour IDH ainsi que des rapports de la Commission IDH, laissant clair que la souveraineté étatique a blindé l'État vénézuélien est rien est supérieur à sa Constitution. Ce jour-là, la Chambre constitutionnelle émit « l'un des arrêts le plus adverses aux libertés démocratiques et à la protection internationale des droits de l'homme […] depuis sa création, à travers duquel ratifia et approfondit la lamentable doctrine « obligatoire » qu'elle avait établi dans son arrêt précèdent No. 1.013, deux ans avant »[1089].

D'après le Tribunal du Venezuela, les décisions des organismes internationaux « seront accomplies dans le pays, conforme à ce qui établit la Constitution et les lois », si elles ne sont pas contraires à l'article 7, lequel consacre la suprématie de la norme constitutionnelle[1090]. « Pour cette raison, malgré le respect du pouvoir judiciaire aux arrêts et ordonnances de ces organismes, ceux-ci ne peuvent pas violer la Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela ». « Au-dessus du Tribunal suprême de justice et d'accord aux effets de l'article 7 constitutionnel, il n'existe aucun organe judiciaire, au moins que la Constitution ou la loi ainsi le déterminent, et même pas dans cette dernière hypothèse, la décision qui soit contraire aux normes constitutionnelles vénézuéliennes, sont dépourvues d'application dans le pays »[1091].

Selon le tribunal, s'il y a d'États souverains, soumis à des ordres juridiques définis par les Constitutions, « les arrêts de la justice supranationale ou transnationale pour être exécutés dedans l'État, devront s'adapter à leur Constitution. Prétendre le contraire dans le pays serait que le Venezuela renonçât à la souveraineté ». C'est pourquoi l'inexécution d'un arrêt international contraire à la Constitution d'un État n'engage pas sa responsabilité internationale, « car il atteint contre l'un des principes essentiels de l'ordre international, comme celui du respect à la souveraineté étatique »[1092]. Pour la chambre constitutionnelle de ce tribunal, ni les arrêts, ni les sentences arbitrales, ni les ordonnances internationales ne pourront s'exécuter pénal ou civilement au Venezuela, s'ils portent atteinte à la Constitution[1093].

Devant ces arguments, la Cour IDH a répondu de manière sévère, rappelant que les États ont signé et ratifié la CADH de manière libre, acceptant les obligations découlant des traités à cet égard à toutes les personnes relevant de leur juridiction, sans discrimination, dans l'exercice de leur souveraineté. Les États partis à la CADH ont admis la compétence des organismes du SIDH et, donc ils sont obligés, également dans l'exercice de sa souveraineté, à participer à la procédure devant la Commission et la Cour, autant que d'assumer les obligations qui en découlent et, en général, à la mise en œuvre de la Convention[1094].

D'ailleurs, sur le refus du Venezuela d'accomplir les décisions des organismes du système interaméricain, surtout celles qui exigent la prise des mesures provisoires pour éviter

---

[1089] Carlos AYALA CORAO, *La ejecución de sentencias de la Corte interamericana de derechos humanos*, Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2007, Año 5, No. 1, p. 187. Il s'agit d'un recours d'*Amparo* présenté par un citoyen afin de garantir son droit de réponse, par rapport à l'information donnée par le président du Venezuela dans une émission radiale d' « *Alo presidente* ». TSJ/SC, *Acción de Amparo No. 1942, 12 juin 2001*.

[1090] Article 7 : La Constitution est la loi suprême et le fondement du système juridique. Toutes les personnes et organismes exerçant la puissance publique sont soumis à cette Constitution. La Constitution en vigueur du Venezuela est celle qui fut publiée dans le Bulletin Officiel le 30 décembre 1999.

[1091] TSJ/SC, *Recurso de nulidad constitucional No. 1942, 15 juillet 2003*.

[1092] Ibidem.

[1093] Ibidem.

[1094] COUR IDH, *Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou*, Série C n° 41, Arrêt d'exceptions préliminaires, Op. Cit., §§ 101 et 102, et *Affaire Cesti Hurtado Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 56, Op. Cit., § 169.

un préjudice irréparable, la Cour IDH a aussi réagi énergiquement. « Le manquement de l'État est particulièrement grave compte tenu de la nature juridique des mesures urgentes et provisoires, qui visent à prévenir les dommages irréparables à des personnes dans une situation d'extrême gravité et d'urgence »[1095]. Pour la juridiction interaméricaine, « la disposition de l'article 63.2 de la Convention rend obligatoire l'adoption par l'État, des mesures provisoires ordonnées par la Cour ; car le principe de base du droit de la responsabilité de l'État, pris en charge par la jurisprudence internationale, a indiqué que les États doivent s'acquitter de leurs obligations conventionnelles de bonne foi (*pacta sunt servanda*) »[1096].

C'est l'opinion concordante du juge Cançado Trindade dans *l'arrêt Castillo Petruzzi (exceptions préliminaires)*, qui résume concrètement le problème de la souveraineté *potestas* et comment à travers elle les État justifient leur manquement aux obligations internationales de protection des droits de l'homme. Selon son opinion, « trois siècles d'un système international marqué par la prédominance de la souveraineté de l'État et l'exclusion des personnes n'étaient pas en mesure de prévenir les violations massives des droits de l'homme perpétrées dans toutes les régions du monde, et les atrocités successives de ce siècle, y compris les contemporaines »[1097]. Heureusement, selon le juge Cançado Trindade, ces atrocités ont suscité la conscience juridique universelle nécessaire pour repenser les fondements de l'ordre juridique international, restaurant l'être humain à l'endroit duquel il fut déplacé[1098].

Sur le continent européen, on peut percevoir que la situation se ressemble à celle du système interaméricain. Les États ont fait aussi appel à l'usage de la souveraineté *potestas* pour échapper à l'accomplissement de leurs obligations internationales. L'Espagne par exemple, avec l'exécution de l'*arrêt Ruiz-Mateos*[1099] a masqué derrière des arguments de puissance publique l'idée de la souveraineté *potestas*, pour conclure qu'elle n'avait pas l'obligation d'exécuter les décisions provenant de la Cour EDH. Selon le Tribunal constitutionnel espagnol –saisi à travers un recours d'*Amparo* pour exécuter l'arrêt strasbourgeois–, il est soumis « uniquement à la Constitution et aux dispositions de la Loi organique du Tribunal constitutionnel […] [parce que] de l'article 53 et les dispositions connexes de la Convention de Rome de 1950 ne ressortent en aucune façon que ce Tribunal soit hiérarchiquement subordonné à la Cour EDH et obligé, donc, à se conformer à ses arrêts dans l'ordre interne »[1100].

[1095] COUR IDH, *Affaire Marta Colomina et Liliana Vásquez*, Résolution de mesures provisoires demandées par la Commission IDH, 8 septembre 2003, considérant 11.
[1096] Ibid., considérant 12.
[1097] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Opinion concordante d'exceptions préliminaires*, COUR IDH, Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 41, 4 septembre 1998, § 7. À titre d'exemple, il fait référence à l'holocauste nazi, le Goulag, ainsi que les nouveaux actes de génocide, à savoir, dans le Sud-Est africain, Europe centrale (ex-Yougoslavie) et Afrique (Rwanda).
[1098] Ibidem.
[1099] Il s'agit concrètement de la violation des droits au respect du « délai raisonnable » et du procès équitable des requérants, dans l'exercice d'une action en restitution des biens expropriés par des raisons d'utilité publique et d'intérêt social ; « car les banques du groupe avaient pris, pour financer les sociétés de celui-ci, des risques jugés disproportionnés par rapport à leur solvabilité, mettant ainsi en danger « la stabilité du système financier et les intérêts des déposants, salariés et tiers ». COUR EDH, *Affaire Ruiz-Mateos Vs. Espagne*, Requête n°12952/87, 26 juin 1993, § 10.
[1100] TCE, *Ordonnance d'irrecevabilité du recours d'Amparo 2.291/93.* 31 janvier 1994. Voir sur ce sujet, Carlos RUIZ MIGUEL, *La ejecución de las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1997 ; José VAAMONDE FÉRNANDEZ, *El tribunal europeo de derechos del hombre*, Boletín del Ministerio de Justicia, Madrid, Ministerio de Justicia, 2001, R. 1.216, No. 1.904, pp. 3295 – 3324 ; Carlos RUIZ MIGUEL,

En effet, l'Espagne a eu deux regards complètement divergents par rapport à l'exécution des arrêts de la Cour EDH. Le premier, à partir de la « doctrine Bultó »[1101], formée en raison de l'exécution de l'*arrêt Barberà, Messeguer et Jabardo*[1102], où le Tribunal constitutionnel s'est montré comme l'exécuteur des arrêts de la Cour de Strasbourg. Le deuxième, avec l'*arrêt Ruiz-Mateos*, dans lequel le tribunal nie être subordonné aux décisions de la Cour[1103].

C'est ce dernier regard qui a eu une meilleure réception et s'est imposé sur la « doctrine Bultó ». Désormais en Espagne, il prime la suprématie de l'ordre juridique interne et se laisse de côté la protection effective des droits des personnes, en créant des obstacles dans le droit espagnol, à partir de l'exercice de la souveraineté étatique –comme celui des jugements ayant l'autorité de chose jugée– pour nier la concrétion des arrêts de la Cour EDH et l'accomplissement des obligations internationales[1104].

II. Par le biais de l'immunité souveraine des États

La liste de manquements aux obligations internationales de protection en Europe continue. Il y a évidemment des cas plus graves que d'autres, qui ont mis à l'index l'importance qui porte la souveraineté *potestas* dans le vieux continent et le rôle qui jouent les tribunaux internationaux dans la protection judiciaire effective des droits de l'homme.

« Las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos : su ejecución desde la perspectiva del derecho constitucional comparado y español », *in V Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pp. 811 – 846.

[1101] Cette doctrine est née au sein du Tribunal constitutionnel espagnol, après d'avoir résolu le recours d'*Amparo* du M. Barberà, M. Messegué et M. Jabardo, qui demandaient la protection à leurs droits au procès équitable et à une protection efficace, ainsi que l'annulation des arrêts des juges étatiques par lesquels ils ont été condamnés de l'assassinat du M. Bultó. À cette occasion, le Tribunal affirma que bien que la CEDH n'oblige pas l'Espagne à reconnaître dans son ordre juridique la « force exécutoire directe » des décisions de la Cour EDH ni d'introduire des réformes juridiques permettant le revoir des décisions ayant l'autorité de chose jugée, cela ne veut pas dire que dans le système constitutionnel espagnol de protection des droits fondamentaux, les pouvoirs publics doivent rester indifférents à une déclaration de violation des droits reconnus dans la Convention. Ni qu'il soit en conformité avec le même système constitutionnel la maintenance, par le refus de nullité des condamnations délivrées à titre provisoire par l'Audiencia National, d'une situation qui peut entraîner la violation réelle des droits fondamentaux des requérants. TCE, *STC 245/1991*, 16 décembre 1991, fondement juridique No. 2.

[1102] COUR EDH, *Affaire Barberà, Messegué et Jabardo Vs. Espagne*, Requête nº 10590/83, 6 décembre 1988.

[1103] Cela signifie que de manière frappante le Tribunal constitutionnel quitte la « doctrine de l'arrêt Bultó » ; selon laquelle la déclaration de violation d'un droit de la CEDH entraînait presque automatiquement, en vertu de l'article 10.2 de la Constitution espagnole (CE), une violation d'un droit constitutionnel. Ainsi, le Tribunal « distingue les ordres de la CE et de la CEDH, mais à l'être seulement soumis à la première et non à la deuxième (contrairement à ce qui s'est passé dans l'affaire Bultó), il reconnaît la suprématie de la Constitution ». Carlos RUIZ MIGUEL, *La ejecución de las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos*, Op. Cit., pp. 152 – 153.

[1104] Par rapport à l'exécution de l'*arrêt Castillo Algar* (COUR EDH. *Affaire Castillo Algar Vs. Espagne.* Requête nº 28194/95, 28 octobre 1998) voir, TCE. *Ordonnance 96/2001*, 24 avril 2001 ; et sur l'exécution de l'*arrêt Perote Pellon* (COUR EDH, *Affaire Perote Pellon Vs. Espagne*, Requête n° 45238/99, 25 octobre 2002), et TCE, *STC 313/2005*, 12 décembre 2005. Ces décisions judiciaires font preuve des obstacles mis par l'Espagne afin d'empêcher la réelle exécution des arrêts de la Cour EDH et cesser les violations des droits de l'homme, particulièrement, avec l'annulation de jugements internes qui ont méconnu l'impartialité des juges et le respect du droit au procès équitable.

L'un des sujets assez délicats, qui a sapé les fonctions de protection des États vis-à-vis des personnes, a été l'immunité souveraine, grâce à laquelle les États peuvent tout se permettre sans le risque de se trouver jugés par un autre État ou un tribunal international, même s'ils ont violé les droits de l'homme dehors de leur territoire.

Dans l'affaire *Al-Adsani* contre le Royaume-Uni, la Cour de Strasbourg a fait primer la souveraineté *potestas* de l'État anglais, sur le droit à l'accès effectif à un tribunal d'une personne, qui a voulu obtenir une satisfaction équitable pour avoir été victime de torture et avoir vécu des traitements inhumains et dégradants au Koweït, et où ses prétentions furent rejetées par les tribunaux britanniques[1105].

Selon la Cour EDH, si bien l'interdiction à la torture a désormais une valeur de norme de *jus cogens*[1106], « le caractère particulier que le droit international reconnaît à la prohibition de la torture », ne laisse pas apercevoir « aucun élément solide lui permettant de conclure qu'en droit international un État ne jouit plus de l'immunité d'une action civile devant les cours et tribunaux d'un autre État devant lesquels sont formulées des allégations de torture »[1107]. En conséquence, même si la relevance primordiale de l'interdiction de la torture est de plus en plus reconnue, « la Cour ne juge pas établi qu'il soit déjà admis en droit international que les États ne peuvent pas prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour des actes de torture qui auraient été perpétrés en dehors de l'État du for »[1108].

L'affaire *Kalogeropoulou Vs. Grèce et Allemagne,* va de nouveau faire preuve de la primauté qu'a la souveraineté *potestas* pour la Cour EDH, bien qu'elle porte atteinte aux droits des requérants à une protection judiciaire effective et à l'accès à un tribunal impartial et juste. Dans le cas d'espèce, 257 requérants furent reconnus par le Tribunal de grande instance de Livadia, titulaires d'un droit à indemnisation vis-à-vis de l'Allemagne, pour les atrocités commises par les troupes allemandes durant la deuxième guerre mondiale dans le massacre de Distomo[1109]. Cependant, le Ministre de justice, tel que la loi grecque l'exige, s'est refusé à

[1105] Il s'agit d'un requérant de double nationalité britannique et koweïtienne, qui devant les tribunaux anglais a poursuivi au cheikh ainsi qu'à l'État du Koweït en dommages-intérêts pour atteinte à son intégrité physique et mentale, causés par les tortures et les traitements inhumains et dégradants subis au Koweït en mai 1991. Également, pour les menaces qui avaient pesé sur sa vie et son bien-être après son retour au Royaume-Uni le 17 mai 1991. Les tribunaux anglais l'ont accordé à l'État koweïtien l'immunité de poursuite empêchant que le requérant pût avoir une satisfaction équitable à travers un recours effectif pour la protection de ses droits. COUR EDH, *Affaire Al-Adsani Vs. Royaume-Uni*, Requête n° 35763/97, 21 novembre 2001.

[1106] L'interdiction à la torture telle qui a été conçue par les traités relatifs aux droits de l'homme « consacre un droit absolu auquel il ne peut être dérogé, même en situation de crise (il s'ensuit que l'interdiction s'applique également en temps de conflit armé) ». En raison de l'importance des valeurs qu'il protège, l'interdiction à la torture est devenue « une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier « ordinaire ». La conséquence la plus manifeste en est que les États ne peuvent déroger à ce principe par le biais des traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative ». TPIY, *Affaire Furundžija « Vallée de la Lašva »,* (IT-95-17/1), Arrêt de jugement, 10 décembre 1998, §§ 144 – 154.

[1107] COUR EDH, *Affaire Al-Adsani Vs. Royaume-Uni*, Requête n° 35763/97, Op. Cit., § 61.

[1108] Ibid., § 66.

[1109] Le 10 juin 1944 à Distomo, un village grec de Béotie, s'est produit l'un des plus terribles massacres de civils au cours de la seconde guerre mondiale, causant la mort de 218 personnes dont 53 enfants, par une unité de la Waffen-SS qui faisait partie des forces militaires d'occupation allemandes en Grèce, en représailles à la suite d'une attaque de partisans grecs contre un convoi allemand. « Les victimes étaient avant tout des gens âgés, des femmes, des enfants et des nourrissons. Le village fut brûlé ». COUR EDH,

autoriser la saisie de certains biens allemands situés en Grèce au cours de la procédure d'exécution forcée, compte tenu de l'immunité souveraine de l'Allemagne, mettant au-dessus du droit à une protection judiciaire effective des victimes la souveraineté étatique[1110].

À cette occasion, les requérants affirmèrent « que le droit international relatif aux crimes contre l'humanité est si fondamental qu'il constitue une norme de *jus* cogens qui l'emporte sur tous les autres principes de droit international, y compris le principe d'immunité souveraine »[1111]. Pour cela, la Cour EDH a été convoquée pour constater et résoudre la « coexistence » de deux principes potentiellement en conflit, le principe de l'immunité de juridiction des États et le principe selon lequel les crimes internationaux « menacent l'humanité entière et minent les fondements mêmes de la coexistence entre les peuples »[1112].

Avec toutes les critiques qui peuvent susciter une décision contraire aux droits des personnes, surtout de ceux qui cherchent la protection du genre humain des atrocités, la juridiction chargée de la protection des droits de l'homme en Europe a décidé de mettre en proéminence, par le biais de l'immunité souveraine des États, la souveraineté *potestas* sur le droit à une protection judiciaire effective des 257 requérants grecs. La Cour EDH dépouilla de force exécutoire l'arrêt rendu par le tribunal des grandes instances de Livadia. Pour la Cour, on ne peut pas juger « qu'il est déjà admis en droit international que les États ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages-intérêts pour crimes contre l'humanité qui sont introduites sur le sol d'un autre État »[1113]. Pour la Cour, cette raison a été suffisante pour rejeter le grief et déclarer irrecevable la requête[1114].

De cette manière, la Cour de Strasbourg a résolu la collision entre l'immunité souveraine et le principe fondamental du respect des droits intangibles de la personne humaine (dans lesquelles les normes sur les crimes internationaux constituent évidemment une manifestation essentielle), érigeant comme supérieur le principe de l'immunité de juridiction des États[1115].

Plus récemment, la Cour EDH a, par son arrêt rendu dans l'affaire *Grosz Vs. France*, reconnu de nouveau la primauté de la souveraineté des États et la valeur qui a l'immunité étatique dans les enjeux politiques des États. L'affaire traite d'un ressortissant français qui se plaignait du fait qu'il avait été contraint par la France, au bénéfice de l'État allemand, dans le cadre des lois de Vichy votées entre 1940 et 1944 au travail forcé ; et du fait que sa cause ne fut pas entendue équitablement par un tribunal, car les juges français ont déclaré irrecevable son action contre l'Allemagne sur le fondement du principe de l'immunité de juridiction[1116].

Affaire Sfountouris et autres Vs. Allemagne, Requête n° 24120/06, 31 mai 2011, p. 2. Voir sur ce sujet, Annalisa CIAMPI, *L'immunité de l'État responsable de crimes internationaux devant les juridictions italiennes*, Annuaire français de droit international, Paris, CNRS, 2008, Vol. 54, pp. 45 – 76.

1110 COUR EDH, *Affaire Kalogeropoulou Vs. Grèce et Allemagne*, Requête n° 59021/00, 12 décembre 2002.

1111 Ibid., p. 9.

1112 Annalisa CIAMPI, *L'immunité de l'État responsable de crimes internationaux devant les juridictions italiennes*, Op. Cit., pp. 52 – 53.

1113 COUR EDH, *Affaire Kalogeropoulou Vs. Grèce et Allemagne*, Requête n° 59021/00, Op. Cit., pp. 9 et 10.

1114 Ibid., p. 17.

1115 Annalisa CIAMPI, *L'immunité de l'État responsable de crimes internationaux devant les juridictions italiennes*, Op. Cit., p. 55 ; et Joe VERHOEVEN, « Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international », *in* Joe VERHOEVEN (Ed.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?* Bruxelles, Larcier, 2004, pp 141 – 146.

1116 COUR EDH, *Affaire Grosz Vs. France*, Requête n° 14717/06, 16 juin 2009.

Suivant la logique des affaires précédentes (*Al-adsani et Kalogeropoulou*), le juge strasbourgeois estima que l'accès à un tribunal impartial et juste n'est pas absolu et sa limitation est compatible avec la CEDH (Art. 6.1) si elle tend à un but légitime. Compte tenu « que l'octroi de l'immunité souveraine à un État dans une procédure civile poursuit le but légitime d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États »[1117], la reconnaissance de l'immunité souveraine à l'Allemagne ne viole aucune disposition de la Convention européenne et rend irrecevable la requête[1118].

La primauté de la souveraineté *potestas* retenue par le juge européen des droits de l'homme s'est étendue au palais de la paix, lorsque la CIJ fut saisie le 23 décembre 2008 pour résoudre le différend entre l'Allemagne et l'Italie, portant sur les immunités juridictionnelles de l'État. L'Allemagne affirmait que l'Italie avait porté atteinte à son immunité de juridiction et méconnu ses obligations internationales dans le cadre des procédures engagées contre elle[1119], de même que par les mesures de contrainte prises à l'égard de ses biens situés sur le territoire italien[1120].

Dans cette affaire, la CIJ a laissé en évidence son regard conservatoire sur la primauté de l'être humain dans le système juridique international, autolimitant l'évolution du droit international et créant à partir du volontarisme étatique un mauvais précédent, à travers duquel la réalisation de la justice et la garantie des droits de la personne humaine ont été mises au-dessus de la protection de la souveraineté des États.

Pour la Cour de La Haye, en droit international et dans les relations internationales la règle de l'immunité de l'État joue un rôle prépondérant, puis qu'elle procède d'un des principes fondamentaux de l'ordre juridique international, tel que consacré dans l'article 2.1 de la Charte des Nations Unies : « l'égalité souveraine des États ». À partir de cette prémisse, les exceptions à l'immunité de l'État constituent « une dérogation au principe de l'égalité souveraine »[1121] et une atteinte à la souveraineté étatique[1122].

[1117] Ibid., p. 6.

[1118] Ibid., p. 7.

[1119] « Les actions intentées devant les juridictions italiennes ont pour origine des actes perpétrés par les forces armées et autres organes du Reich allemand ». Elles peuvent être classées dans trois catégories d'affaires. La première, « par rapport à des massacres de nombreux civils perpétrés en territoire occupé en guise des représailles, tels que celui commis le 29 juin 1944 à Civitella (Val di Chiana), Cornia de San Pancrazio par des membres de la division « Hermann Göring » des forces armées allemandes contre 203 civils pris en otages ». La deuxième, concerne les cas de civils déportés d'Italie vers l'Allemagne « pour s'y trouver de fait astreint au travail forcé ». La troisième, fait référence « au cas de membres des forces armées italiennes qui s'étaient vus refuser le statut de prisonnier de guerre –ainsi que les protections associées à ce statut– auquel ils avaient droit, et avaient, eux aussi, été soumis au travail forcé ». CIJ, *Affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne Vs. Italie)*, Arrêt du 3 février 2012, § 52.

[1120] Il s'agit de l'inscription auprès du cadastre de la province de Côme d'une hypothèque judiciaire sur la Villa Vigoni, bien appartenant à l'État allemand, en application de la décision de la Cour d'appel de Florence, qui déclara que le jugement rendu par le Tribunal de grandes instances de Livadia le 25 septembre 1997, sur le droit à une indemnisation des victimes grecques du massacre de Distomo, était exécutoire en Italie. Ibid., §§ 34 et 35.

[1121] Ibid., § 57.

[1122] Selon l'Italie, il y a une évolution du droit international des immunités de l'État qui a justifié l'abandon de l'immunité absolue par l'immunité relative, laquelle ne peut pas être ignorée, puisqu'elle met les limites à la souveraineté étatique quand son exercice porte atteinte aux droits des personnes. À savoir le « sentiment d'injustice et la nécessité de protéger les droits des individus ». Ainsi, cette évolution cherche que « le principe de l'immunité ne saurait conduire à l'impunité ». CIJ, *Affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne Vs. Italie)*, Contre-mémoire de l'Italie, Vol. 1, 22 décembre 2009, §§ 4.33 et 4.103. Sur l'évolution des immunités étatiques, voir la thèse d'Annyssa BELLAL, *Immunités et violations*

Dans le cas d'espèce, qui devait se résoudre par l'analyse de l'*opinio juris* et l'évolution des immunités étatiques dans la scène internationale, la Cour a estimé que « le droit international coutumier impose toujours de reconnaître l'immunité à l'État dont les forces armées ou d'autres organes sont accusés d'avoir commis sur le territoire d'un autre État des actes dommageables au cours d'un conflit armé »[1123] ; et ce quelle que soit la gravité de l'acte illicite en cause, dès lors que l'immunité étatique revêt un caractère préliminaire (procédural) qui empêche depuis le premier moment l'examen judiciaire de tout différend[1124]. En conséquence, pour la CIJ « en l'état actuel du droit international coutumier, un État n'est pas privé de l'immunité pour la seule raison qu'il est accusé de violations graves du droit international des droits de l'homme ou du droit international des conflits armés »[1125].

D'accord à ce raisonnement, la primauté que la souveraineté a donné à l'immunité étatique, en tant que règle appartenant aux normes de nature procédurale, fait inexistant un conflit entre elles et les normes de *jus cogens*, comme celle du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé. Car « il n'est rien d'intrinsèque à la notion de *jus cogens* qui imposerait de les modifier ou d'en écarter l'application »[1126].

La CIJ rappelle que dans le passé elle a eu l'opportunité de fixer que les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ne s'imposent pas sur les règles de nature procédurale[1127]. C'est pourquoi « la question de savoir si l'Allemagne encourt aujourd'hui encore, envers l'Italie ou envers des ressortissants italiens, une responsabilité au titre des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis par elle durant la seconde guerre mondiale n'affecte pas son droit à l'immunité »[1128].

De cette manière, les États européens ont trouvé dans la Cour EDH et la CIJ deux alliés pour méconnaître leur obligation internationale de protection des droits de l'homme, même par des raisons exclusivement politiques, en faisant primer la souveraineté étatique sur le principe fondamental du respect des droits intangibles de la personne humaine[1129].

---

graves des droits humains : vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international ? Bruxelles, Bruylant, 2011.

[1123] CIJ, *Affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne Vs. Italie)*, Arrêt du 3 février 2012, Op. Cit., § 78.

[1124] Ibid., § 82.

[1125] Ibid., § 91.

[1126] Ibid., § 93 – 95.

[1127] CIJ, *Affaire relative aux activités armées sur le territoire de Congo (nouvelle requête 2002) (République démocratique du Congo Vs. Rwanda)*, Compétence et recevabilité, Arrêt du 3 février 2006, §§ 64 et 125 ; et *Affaire du mandat d'arrêt (République démocratique du Congo Vs. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, § 58.

[1128] CIJ, *Affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne Vs. Italie)*, Arrêt du 3 février 2012, Op. Cit., § 106.

[1129] En effet, la CIJ est consciente que l'immunité de juridiction reconnue à l'Allemagne pourrait empêcher les ressortissants italiens victimes des crimes contre l'humanité d'obtenir une réparation judiciaire. Cependant, elle transforme un problème strictement juridique en un problème de caractère politique, affirmant que les réclamations de ces victimes « pourraient faire l'objet de nouvelles négociations impliquant les deux États en vue de parvenir à une solution ». Ibid., § 104. Voir aussi sur ce sujet, Emanuel CASTELLARIN, *Incorporation du droit coutumière et invocabilité dans l'ordre interne (effet direct)*, Jurisprudence étrangère intéressant le droit international, Dir. Raphaële RIVIER, Revue général du droit international public, Paris, Pedone, 2014, No. 4, tome 118, pp. 949 – 951.

§ 2 : Les implications néfastes du concept classique de souveraineté sur les êtres humains

Il faut examiner les implications du concept classique de souveraineté aux dépens des droits humains, pour démontrer comment la souveraineté est devenue, d'une part, *un obstacle à la promotion et à la protection des droits de l'homme, à travers la « rhétorique souverainiste » de grandes connotations nationalistes (A)*, et d'autre part, un alibi *au maintien des incompatibilités des droits internes et des violations graves des droits de l'homme (B)*.

A. La souveraineté comme obstacle à la promotion et à la protection des droits de l'homme

À la différence de ce qui croyait Rousseau à son époque[1130], il est perceptible aujourd'hui que la souveraineté n'a pas réglé ni soumis le comportement étatique à la protection de la personne du ressortissant. Au contraire, la souveraineté a blindé l'action irrespectueuse des États par rapport à leurs obligations internationales, créant un *Léviathan* qui méconnaît les droits humains sans avoir peur de perdre la légitimité ni de se faire sanctionner par la communauté des États. La souveraineté est ainsi devenue un bouclier qui protège les États et leur permet de contourner leurs devoirs, portant atteinte directement à l'essence du pacte social et à sa téléologie ayant donné lieu à la cession des pouvoirs des individus[1131].

Si l'on ne peut pas nier les avancements du droit international par rapport à la protection des individus depuis la théorie westphalienne du droit international, il y a néanmoins et encore au XXIème siècle des comportements étatiques qui laissent un goût amer de ce qui se déroule dans la scène internationale et dans les systèmes de protection des droits de l'homme. Il est ainsi à travers *l'exercice abusif de la souveraineté notamment dans le cadre de l'amélioration du système européen d'un côté (I)*, et de *l'inactivité étatique pour la mise en œuvre d'un mécanisme de protection des droits, notamment au sein de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) pour la Charte asiatique des droits de l'homme, d'autre côté (II).*

I. L'exercice abusif de la souveraineté, exemple européen

Après 1990, le SEDH est devenu incapable de gérer le nombre croissant d'affaires, qui n'ont cessé d'augmenter suite à l'entrée de nouveaux membres au Conseil de l'Europe et leur adhésion à la CEDH. La nécessité de mettre en œuvre des réformes portant des améliorations à la structure du système de protection pour résoudre l'engorgement judiciaire et la charge de travail à Strasbourg s'est ainsi imposée[1132], d'abord par le Protocole n° 11 et ensuite par le Protocole n° 14. Ces deux protocoles ont eu pour objet respectivement, la mise en place d'une nouvelle méthode de traitement des affaires avec l'instauration d'une Cour unique et

---

[1130] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social.* Op. Cit., p. 135.
[1131] Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogations sur un concept en crise*, Op. Cit., p. 130.
[1132] Linos-Alexandre SICILIANOS, *La « réforme de la réforme » du système de protection de la convention européenne des droits de l'homme*, Annuaire français de droit international, Paris, CNRS, 2003, Vol. 49, pp. 611 – 614.

permanente par l'unification de la Commission EDH et l'ancienne Cour EDH et, la création des formations de juge unique pour l'examen de la recevabilité des requêtes pour les affaires répétitives ; celle-ci révélant l'existence des problèmes systématiques et structurels dans le droit interne des États membres[1133].

S'agissant du Protocole n° 14 en effet, suite à l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, le 1er novembre 1998, le Conseil de l'Europe et la Cour EDH ont constaté trois problèmes majeurs auxquels ils sont confrontés : le traitement des requêtes manifestement irrecevables, le traitement des affaires répétitives qui découlent des défaillances structurelles des droits étatiques et l'arriéré important d'affaires pendantes[1134].

Le Protocole n° 14 a eu pour objectif de porter les mesures concrètes et cohérentes face à la croissance continue de la charge de travail de la Cour et du Comité des Ministres[1135]. Pour cette raison, les États se sont engagés politiquement à faire entrer en vigueur le Protocole deux ans après son adoption[1136], c'est-à-dire au plus tard le 1er mai 2006[1137]. Cependant, étant un protocole d'amendement qui avait besoin de la ratification de tous les États membres du Conseil de l'Europe pour son entrée en vigueur, il n'a vu le jour que plus de six ans après, le 1er juin 2010, et ce, en raison du blocage de la Russie.

Le blocage russe à la réforme du Protocole n° 14 a mis en évidence l'existence des obstacles juridiques[1138], mais surtout, des raisons politiques provenant de l'exercice abusif de la souveraineté étatique, mettant en danger l'efficacité de la CEDH et de la Cour EDH[1139]. Concrètement, Il y a eu trois aspects politiques qui ont empêché la Russie de ratifier le Protocole. D'abord, la possibilité que l'UE devienne partie de la CEDH (Art. 59 § 2) ; ensuite,

---

1133 Sur ce sujet voir, Gérard COHEN-JONATHAN et Christophe PETTITI, *La réforme de la cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003 ; Gérard COHEN-JONATHAN et Jean-François FLAUSS, *La réforme du système de contrôle contentieux de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005. Consulter aussi, CONSEIL DE L'EUROPE, *La réforme de la convention européenne des droits de l'homme : un travail continu : une compilation des publications et documents pertinents pour la réforme actuelle de la CEDH / préparée par le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH)*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009.

1134 ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Non-ratification par la Fédération de Russie du Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Mémorandum, 5 septembre 2008, AS/Jur (2008) 45, § 1.

1135 CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif au protocole n° 14 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 2004, § 9, Disponible [En ligne] : https://rm.coe.int/16800d388a (29 septembre 2018).

1136 Le Protocole n° 14 a été adopté par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 13 mai 2004.

1137 CONSEIL DE L'EUROPE, *La réforme du système européen des droits de l'homme : actes du séminaire de haut niveau, Oslo, 18 octobre 2004*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2004, p. 64.

1138 La Russie s'inquiétait juridiquement sur le fait que la réforme prétendue avec le Protocole n° 14 pourrait : 1) avec le système de juges uniques, **nuire à la qualité de l'examen des requêtes individuelles et baisser la qualité du travail de la Cour EDH**, en augmentant le risque d'erreur judiciaire ; 2) avec le caractère irrévocable des décisions de recevabilité rendues par les juges uniques, **menacer le principe de l'égalité d'accès à la Cour** ; et 3) avec le nouveau critère de recevabilité (règle « *de minimis* »), dont la Cour peut déclarer irrecevables « les affaires dans lesquelles le requérant n'a subi aucun préjudice important », sauf si « le respect des droits de l'homme » exige un examen de la requête du fond, **met en risque les droits des requérants** à ce stade de la procédure. Voir, ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Non-ratification par la Fédération de Russie du Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Op. Cit., §§ 6 – 9.

1139 Kirill KOROTEEV, *La Russie et la Convention européenne des droits de l'homme : bilan jurisprudentiel et institutionnel,* Revue droits fondamentaux, Paris, CRDH, Université Panthéon-Assas Paris II, 2005, No. 5, p. 1, Disponible [En ligne] : http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?rubrique22http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?rubrique22 (29 septembre 2018). Voir aussi, Dominik HAIDER, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Boston, Martinus Nijhoff, 2013, pp. 28 et 29.

l'intervention du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe dans toutes les affaires devant les Chambres ou la Grande Chambre (Art. 36 § 3), et finalement, la possibilité du recours en manquement devant la Cour EDH pour la non-exécution des arrêts (Art. 46 § 4)[1140].

Compte tenu des statistiques de la Cour EDH, la réticence et la résistance de la Russie expliquent l'usage abusif de la souveraineté *potestas* de cet État en vue d'empêcher la mise en œuvre de l'amendement au système de contrôle de la CEDH.

En effet, alors que la Russie n'a adhéré au Conseil de l'Europe que depuis le 28 février 1996, qu'elle a signé ce même jour la CEDH et qu'elle l'a ratifié le 5 mai 1998[1141], elle fait partie des cinq États sur lesquels la Cour EDH a rendu près de la moitié de ses arrêts depuis sa création[1142].

Depuis 2002, année dans laquelle la Cour a rendu son premier arrêt contre la Russie[1143], les arrêts n'ont pas cessé d'augmenter. Au 31 décembre 2017, le nombre total des arrêts rendus contre la Russie était de 2253, dont 2127 portaient au moins sur la violation d'un droit de la CEDH[1144]. Or, la plus grande partie de ses arrêts confirme l'existence des affaires répétitives provenant des défaillances structurelles du droit interne russe. Ainsi, 932 arrêts, le droit à la liberté et à la sûreté ; 774 arrêts, concernent le droit à un procès équitable ; 719 arrêts, les traitements inhumains et dégradants ; 593 arrêts, la protection de la propriété ; 523 arrêts, le droit à un recours effectif ; 312 arrêts, l'absence d'enquête effective ; et 199 arrêts, la durée excessive de la procédure[1145].

Dès la ratification de la CEDH faite par la Russie, le nombre de requêtes attribuées à son encontre à une formation judiciaire de la Cour EDH a été de 148.680[1146], et seulement en 2017, ce nombre a été de 7957, dont 1156 ont terminé par un arrêt[1147].

Ces chiffres très alarmants témoignent en définitive les atteintes qui portent à la promotion et à la protection des droits des individus l'usage abusif de la souveraineté, comme celui de la Russie, avec sa négative de ratifier le Protocole n° 14 et permettre sa mise en œuvre. Surtout, si on tient compte que cet amendement est principalement dirigé à l'identification et à la résolution des problèmes structurels et systématiques des droits internes, comme les responsables des affaires répétitives.

[1140] ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Non-ratification par la Fédération de Russie du Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Op. Cit., §§ 10, 12, 13 et 14.
[1141] COUR EDH, *Fiches par pays 1959 – 2010*, Strasbourg, 2011, p. 50, Disponible [En ligne] : https://www.echr.coe.int/Documents/Country_Factsheets_1959_2010_FRA.pdf (29 septembre 2018).
[1142] Selon les statistiques données par l'Unité des relations publiques de la Cour EDH, à décembre 2017 elle a rendu plus de 20.637 arrêts, donc près de la moitié était dirigée contre : la Turquie (3386), l'Italie (2382), la Fédération de Russie (2253), la Roumanie (1352), et la Pologne (1145). Voir, COUR EDH, *Aperçu 1959 – 2017*, Strasbourg, Cour EDH, 2018, pp. 3 et 9, Disponible [En ligne] : https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592017_FRA.pdf (29 septembre 2018) ; COUR EDH, *La Cour européenne des droits de l'homme en faits & chiffres 2017*, Strasbourg, Cour EDH, 2018, p. 4, Disponible [En ligne] : https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2017_FRA.pdf (29 septembre 2018).
[1143] COUR EDH, *Affaire Bourdov Vs.* Russie, Requête n° 59498/00, 7 mai 2002.
[1144] COUR EDH, *Aperçu 1959 – 2017*, Op. Cit., p. 8.
[1145] Ibidem.
[1146] Ibid., p. 5.
[1147] COUR EDH, *La Cour européenne des droits de l'homme en faits & chiffres 2017*, Op. Cit., p. 8.

La puissance octroyée au concept de souveraineté et les effets désastreux qu'elle peut avoir dans le droit international interétatique, quand elle est conçue comme une *potestas,* sont manifestes à travers l'exemple russe. Des effets désastreux comme celui du blocage de l'entrée en vigueur d'une réforme structurelle et importante au système régional de protection des droits de l'homme, à cause du dissentiment de l'un des 47 États membres du Conseil de l'Europe à remédier comme suite logique ses propres défaillances structurelles internes.

Pour pallier l'obstruction russe, le Comité des Ministres fut obligé à prendre des mesures intermédiaires et provisoires à travers un Protocole « clone », le Protocole n° 14 Bis, qui est entré en vigueur le 1er octobre 2009, grâce à une formule simple d'adhésion, où il a été exigé dans son article 6 le consentement que de trois Hautes Parties contractantes pour son entrée en vigueur.

Le Protocole n° 14 Bis a prévu, en attendant la ratification de la Russie, « l'introduction de deux éléments de procédure empruntés au Protocole n° 14, à savoir la formation de juge unique et la compétence élargie du comité de trois juges, qui auront l'effet le plus grand et immédiat sur la capacité de traitement des requêtes par la Cour »[1148].

Néanmoins, vu la date dans laquelle sont entrées en vigueur les mesures provisoires du Comité des Ministres, le 1er octobre 2009, c'est-à-dire plus de 5 ans après d'avoir été ouvert à signatures le Protocole n° 14, la négative russe a porté un fort préjudice à l'effectivité du SEDH ainsi qu'à la promotion et protection des droits humains en Europe.

La souveraineté, servant à justifier le comportement abusif des États, a permis par ailleurs l'inactivité étatique vis-à-vis de la création des nouveaux mécanismes de protection et promotion des droits de l'homme.

II. La souveraineté et l'inactivité étatique, exemple de l'Asie

Depuis 1948, avec la DADDH en Amérique, en Europe et en Afrique, le processus de régionalisation des droits de l'homme a commencé[1149], mais l'Asie demeure le seul continent dans le monde à ne pas avoir un instrument régional des droits de l'homme, ni un mécanisme régional institutionnalisé pour la promotion et protection de ces droits.

Cette défaillance a ses origines dans l'inactivité et le manque de volonté des États pour mettre en fonctionnement un système asiatique des droits de l'homme.

Malgré tous les efforts qui ont été faits à l'intérieur de l'Association des nations du sud-est asiatique (ASEAN)[1150] pour mettre en place un mécanisme efficace pour la protection des

---

[1148] CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif au protocole n° 14 Bis à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 2009, § 7, Disponible [En ligne] : https://rm.coe.int/16800d38c4 (29 septembre 2018).

[1149] Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *in Cursos de Derecho internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2008, p. 149.

[1150] L'ASEAN naquit le 8 août 1967 à Bangkok, avec la signature de la Déclaration de l'ASEAN (aussi connue comme la Déclaration de Bangkok de 1967), par ses 5 membres fondateurs. À savoir, Indonésie, Malaisie, Philippines, Singapour et Thaïlande. Armand DE MESTRAL, *The North American free trade agreement : a*

droits de l'homme, elle illustre bien la position conflictuelle qui est présente dans la région et le jeu des forces existantes entre la communauté internationale et l'inactivité des États asiatiques.

La Conférence mondiale sur les droits de l'homme tenue à Vienne en 1993, a engagé le débat sur l'état des mécanismes de promotion et protection de ces droits dans le monde en vue de faire trois choix[1151]. D'abord, envisager la possibilité de créer des mécanismes régionaux et sous régionaux de leur protection là où il n'en existe pas encore[1152] ; ensuite, augmenter les efforts pour consolider et appliquer l'ensemble des instruments internationaux en vigueur qui les protègent[1153] ; et enfin, reconnaître dans ce processus le respect des particularismes nationaux et régionaux autant que les divers contextes historiques, culturels et religieux[1154].

Cet évènement a attiré l'attention de la société civile asiatique ainsi que des membres de l'ASEAN pour s'engager finalement dans la voie de la création d'un mécanisme régional de protection des droits. Au sein de l'ASEAN se sont ainsi entreprises plusieurs actions pour réussir cet objectif[1155].

En 1998, se créa le *Working Group for an ASEAN Human Rights Mechanism (Working Group)*[1156]. En 2000, ce groupe de travail présenta aux hauts fonctionnaires de l'ASEAN un projet d'accord pour l'établissement d'une Commission des droits de l'homme à l'intérieur de l'organisation[1157]. En 2005, les membres de l'ASEAN se sont mis d'accord pour établir la Charte de l'Association (ASEAN Charter)[1158]. En 2007, la Charte (*The ASEAN Charter*) est approuvée, et est entrée en vigueur le 15 décembre 2008[1159], consacrant dans son article 14 l'existence d'un corps des droits de l'homme : « *ASEAN Human Rights Body* ».

D'après le § 2 de l'article 14, l'*ASEAN Human Rights Body* doit opérer d'accord aux *Terms of Reference* (TOR) déterminés par le *ASEAN Foreign Ministers Meeting*. Les TOR ont été adoptés par la réunion des ministres des affaires étrangers le 1er juillet 2009, en créant la « *ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights* » (AICHR), comme un organisme intergouvernemental, d'ordre consultatif qui fait partie intégrante de la structure

---

comparative analysis, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1998, Vol. 275, pp. 246 et 247. Aujourd'hui, cette organisation internationale d'intégration et coopération économique, sociale, culturelle, technique et éducative, est composée par 10 membres ; le Brunei Darussalam à partir du 7 janvier 1984 ; le Viet Nam, le 28 juillet 1995 ; le Lao PDR ainsi que le Myanmar, le 23 juillet 1997 ; et le Cambodge, le 30 avril 1999.

1151 UN. GENERAL ASSEMBLY, *Vienne Declaration and Programme of Action*, 1993, Alinéa 1 du Préambule, Disponible [En ligne] : https://undocs.org/en/A/CONF.157/23 (29 septembre 2018).

1152 Ibid., Article 37.

1153 Ibid., Alinéa 8 du Préambule.

1154 UN. GENERAL ASSEMBLY, *Declaration of Bangkok*, 1993, Article 8, Disponible [En ligne] : https://digitallibrary.un.org/record/170675/files/A_CONF.157_PC_83-EN.pdf (29 septembre 2018).

1155 Voir sur ce sujet, Vitit MUNTARBHORN, *Vers un mécanisme sur les droits de l'homme dans le cadre de l'ASEAN ?* Revue Droits fondamentaux, Paris, CRDH, Université Panthéon-Assas Paris II, 2002, No. 2, pp. 63 – 75.

1156 ASEAN, *Joint communique the thirty-first ASEAN ministerial meeting*, Manila – Philipines, 24 – 25 juillet 1998, § 28.

1157 ASEAN, *Joint communique the thirty-third ASEAN ministerial meeting*, Bangkok – Thaïlande, 24 - 25 juillet 2005, § 33.

1158 ASEAN, *Joint communique the 38th ASEAN ministerial meeting*, Vietnam, 26 juillet 2005, § 6.

1159 ASEAN, *Joint communique the 40th ASEAN ministerial meeting.* Manila, 20 – 30 juillet 2007, § 20 et 21 ; et Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, *Les relations entre organisations régionales et organisations universelles*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2011, Vol. 347, p. 127.

organisationnelle de l'ASEAN[1160]. L'AICHR a été inaugurée au 15e sommet de l'ASEAN à Cha-Am Hua Hin (Thaïlande), entre le 23 et 25 octobre 2009.

C'est ainsi qu'après plus de 20 ans d'avoir été envisagée la création d'un mécanisme pour la promotion et protection des droits de l'homme en Asie, ce mécanisme n'a pas encore vu pleinement le jour, dès lors qu'il ne compte pas avec un organisme quasi juridictionnel pour réceptionner les requêtes ni avec un organisme juridictionnel pour les résoudre. Il compte à peine avec un faible organisme consultatif chargé d'établir un cadre de coopération des droits de l'homme à travers les conventions de l'ASEAN et d'autres instruments des droits de l'homme[1161].

L'une des raisons principales qu'explique cette inactivité est la souveraineté étatique excusée sur des aspects culturels. Pour les États membres de l'ASEAN, la souveraineté est devenue un élément sacré qui s'articule avec le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures, lesquels, joint au principe d'intégrité territoriale, font partie des fondements de la politique intergouvernementale asiatique[1162].

En Asie il y a des aspects culturels et des différences sur le concept des droits de l'homme qui ont empêché la mise en œuvre de mécanismes de protection vue d'après l'optique occidentale. Ces aspects, il faut évidemment les surmonter si on ne veut pas tomber dans le piège d'uniformiser les droits au lieu de les universaliser, dans la mesure où le véritable universalisme des droits de l'homme « n'exclut pas la singularité des droits de l'homme car le droit international en la matière est un droit pluriel » [1163].

L'un de ces aspects est le fait que les sociétés asiatiques accordent une importance supérieure aux droits de la deuxième génération, à différence des sociétés européennes, qui tendent à accorder une place primordiale aux droits civils et politiques. Pour les sociétés asiatiques, la personne a une dimension horizontale et transversale qui les caractérise à travers une « action communautaire », donc la famille et le village acquièrent une très grande importance ; tandis que pour les sociétés européennes l'individu a une dimension verticale qui se caractérise par les actions individuelles et les comportements individualistes[1164].

Sur ce sujet devient pertinente l'idée du professeur japonais, Yasuaki Onuma, de mettre en place une « *transcivilizational perspective* » des droits de l'homme, afin de pallier le risque d'uniformisation de ces droits dans le XXIe siècle, selon la conception de l'une des civilisations existantes[1165].

[1160] ASEAN, *Intergovernmental Commission on Human Rights. Terms of Reference*, Jakarta, 2009, § 3.
[1161] Ibid., § 4.2.
[1162] Alinéa 8 du Préambule de la Déclaration de Bangkok de 1993. Voir aussi, Paul TAVERNIER, *L'O.N.U. et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1997, No. 31, pp. 389 – 391.
[1163] Gérard COHEN-JONATHAN, « Les droits de l'homme, une valeur internationale », *in Droit international et coopération internationale : Hommage à Jean-André TOUSCOZ*, Nice, France Europe Éditions, 2007, p. 162.
[1164] Bruno KERMAREC, *L'UE et l'ASEAN : mondialisation et intégration régionales en Europe et en Asie*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 192 – 193 ; Tche-hao TSIEN, *La place de l'individu dans la chine impériale*, L'individu face au pouvoir, Paris, Dessain et Tolra, 1988, Vol. 47, pp. 219 – 239 ; et François AUBIN, « Autocratie et individu dans la Chine, de Song aux Ts'ing », *in L'individu face au pouvoir*, Paris, Dessain et Tolra, 1988, Vol. 47, pp. 241 – 255.
[1165] Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law : Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, Op. Cit., pp. 130 – 133.

Cependant, la communauté humaine globale a, de plus en plus, du mal à comprendre comment la souveraineté et le manque de volonté politique des États, ainsi que des organisations internationales, peut être au-dessus des droits humains, même s'il existe des différences culturelles ? Et comment la souveraineté et le manque de volonté étatique arrivent à empêcher la création des nouveaux mécanismes de promotion et protection des droits, sans tenir compte des lourdes conséquences pour les êtres humains ?

C'est pourquoi il est inadmissible qu'à cause de l'exercice de la souveraineté *potestas*, même si derrière existe une intention valable –comme celle de protéger le principe de l'autodétermination des peuples–, les personnes humaines soient dépourvues de leurs droits autant que des mécanismes pour les faire valoir quand les États ne veulent pas s'acquitter de leurs obligations.

Les contradictions qui existent entre les diverses conceptions des droits de l'homme, ne peuvent pas servir d'obstacle à l'idée de l'unité universelle du genre humain ni d'alibis aux outrages. Le concept mono culturel que l'occident a mis derrière la construction conceptuelle des droits de l'homme, doit se réinventer par un nouveau concept de polyculture qui intègre la diversité universelle[1166].

Aucun système social ni juridique ne peut être considéré comme meilleur qu'un autre. La vanité occidentale ne peut pas mépriser l'héritage humaniste asiatique. L'important en est que « la sauvegarde de l'être humain ne peut pas se dérouler selon des modalités indifférenciées : chaque modèle secrète des déséquilibres particuliers, chaque physionomie appelle des mécanismes de régulation distincts en vue de les contrebalancer »[1167]. Il faut repenser les droits de l'homme de manière interculturelle pour une globalisation dans le dialogue des cultures et la reconnaissance des valeurs communes et collectives[1168].

S'il faut bien prendre en vue les particularismes nationaux et régionaux, ainsi que la diversité historique, culturelle et sociale qui les entoure, « il est du devoir des États, quel que soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales »[1169]. Ainsi, aucune inactivité étatique pour sa mise en œuvre ne devrait pas être tolérée par le biais de la souveraineté « *summa potestas* »[1170].

B. La souveraineté comme appui au maintien des incompatibilités des droits internes et des violations graves des droits de l'homme

---

[1166] Bruno KERMAREC, *L'UE et l'ASEAN : mondialisation et intégration régionales en Europe et en Asie*, Op. Cit., pp. 183 – 185.
[1167] Ibid., p. 194.
[1168] Christoph EBERHARD, *Le droit au miroir des cultures : pour une autre mondialisation*, Paris, LGDJ, 2010, pp. 202 – 206 et Thomas FLEINER, « Quelques réflexions sur le discours contemporain des droits de l'homme », *in Les droits individuels et le juge en Europe : Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 235 et 236. Voir aussi, Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law : Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, Op. Cit., p. 132.
[1169] Article 5 de la Déclaration de Vienne de 1993.
[1170] Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogations sur un concept en crise*, Op. Cit., p. 129.

Au début de ce chapitre l'on a pu constater comment les États justifient le manquement à leurs obligations internationales derrière le bouclier de la souveraineté et, particulièrement, comment ils le font à travers la suprématie de l'ordre juridique interne[1171].

Or, *la souveraineté a des limites qui ne peuvent pas être méconnues (I)* au risque, de produire des incompatibilités normatives des droits internes avec les règles conventionnelles, et s'ériger en *source des violations graves et continues des droits de l'homme (II)*.

I. Les limites à la souveraineté méconnues

La « démystification de l'État »[1172] a fait que les droits de l'homme deviennent une « limite à la souveraineté »[1173], surtout quand la souveraineté s'exerce comme pouvoir discrétionnaire et absolu de l'État. Dans l'actualité, « les libertés et droits fondamentaux sont moins une espèce particulière de droits que des bornes indiquant à tous et en tous domaines des limites à ne pas franchir, et parfois la direction où s'engager »[1174]. C'est ainsi que les droits de l'homme prennent une dimension créancière qui encadre l'action étatique vers la protection de la personne[1175].

La souveraineté de l'État doit se conformer à des limites qui sont interétatiques et communautaires. Interétatiques, parce qu'initialement les créanciers de ces limites étaient les États, et communautaires en ce qu'actuellement, les entités étatiques ont des obligations envers toute l'humanité ainsi que l'a rappelé la CIJ[1176]. « Le progrès des droits de l'homme ne suppose pas fatalement le reflux de la souveraineté »[1177], au contraire, il ne fait que la confirmer. Les droits de l'homme ainsi que la dignité humaine « ont contribué à implanter l'idée des limitations que le respect de l'homme fixe à la souveraineté »[1178]. Désormais, l'homme symbolise la création de l'État et les limites de son pouvoir souverain.

L'exercice de la puissance souveraine ne peut pas franchir les limites qui imposent les droits des individus. « Les droits de l'homme ont acquis une dimension objective en droit international comme cela a pu se produire dans certains droits internes »[1179]. On est passé d'une conception subjective des droits, « dont la création et la mise en œuvre dépendent exclusivement de la bonne volonté des pouvoirs publics »[1180] à une conception objective qui

---

1171 Cf. *Supra* Titre II, Ch. 2, Section 1, § 1, B.
1172 Jean SPIROPOULOS, *L'individu et le droit international*, Op. Cit., pp. 258 – 266.
1173 Sylvie SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations : de la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 46. Voir aussi, Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, *Droit international et souveraineté des États*, Op. Cit., pp. 64 – 67.
1174 Mireille DELMAS-MARTY et Claude LUCAS DE LEYSSAC, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, 2002, p. 10.
1175 Cf. *Infra* Titre II, Ch. 2, Section 1, § 2, B.
1176 Parmi elles, la protection des droits de l'homme. En effet, devant les droits de l'homme il existe une obligation *erga omnes* qui « incombe à tout État vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble ». Ibidem. Voir aussi, CIJ, *Affaire de la Barcelona traction, light and power company, limited (Belgique Vs. Espagne)*, Op. Cit., p. 32, §§ 33 et 34.
1177 Hélène RUIZ FABRI, « Droits de l'homme et souveraineté de l'État : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », Op. Cit., p. 377.
1178 Charles DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Op. Cit., p. 192.
1179 Hélène RUIZ FABRI, « Droits de l'homme et souveraineté de l'État : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », Op. Cit., p. 388.
1180 Constance GREWE et Hélène RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens,* Op. Cit., p. 170.

marque « la prééminence des droits fondamentaux, en tant que valeurs sociales, sur l'État. Celui-ci n'est plus perçu comme l'auteur des droits mais comme leur serviteur »[1181].

Par l'oublie de ces limites, l'exercice de la souveraineté étatique a commencé à se désintéresser par la personne humaine. Un exemple de la méconnaissance de ces limites est la création des normes incompatibles avec les droits de l'homme. Chaque fois que le pouvoir législatif crée une norme juridique qui n'est pas en compatibilité aux exigences de la promotion et la protection de ces droits, il met en péril la survivance de l'État et donne lieu à la création des problèmes structurels et systématiques. Le respect des limites de la souveraineté impose qu'une fois signalées les incompatibilités des normes étatiques, soit par les agents des États soit par des organismes internationaux, ces incompatibilités normatives doivent le plus vite possible disparaître par la mise en conformité de leur législation avec les obligations internationales, en matière de protection des droits des individus, notamment.

La souveraineté a des limites et l'une de ces limites porte à restreindre la liberté de configuration législative. Une règle interne qui devient obligatoire mais qui porte atteinte aux droits humains est une règle problématique, parce qu'elle génère un dysfonctionnement structurel en tant que violations graves et continues des droits de l'homme.

II. L'incompatibilité des droits internes : source des violations graves et continues des droits de l'homme

Le culte à la souveraineté favorisé par la doctrine du volontarisme étatique est générateur d'une situation pénible aux droits humains. En effet, lorsque les États dans l'exercice de leur souveraineté décident de maintenir dans l'ordre interne les normes juridiques incompatibles, ils donnent naissance à des violations continues, et parfois graves des droits de l'homme.

C'est le cas des États, qui inspirés par le dualisme entre l'ordre interne et l'ordre international, s'obstinent à porter atteinte à l'être humain, « considéré d'ailleurs comme simple objet des rapports internationaux »[1182], en maintenant en vigueur dans leurs ordres juridiques les normes incompatibles.

L'incompatibilité du droit interne avec les droits de la protection humaine, minuscule et minimale qu'elle soit, comporte un risque considérable d'atteinte aux libertés fondamentales autant qu'à la stabilité du système juridique, de par l'effet domino qu'elle provoque, dans la mesure où les normes incompatibles, par les présomptions de légalité et de constitutionnalité, sont susceptibles de générer, par son application dans le temps, une réaction en chaîne entraînant une suite d'atteintes aux droits des personnes humaines.

Les instruments internationaux de sauvegarde des droits de l'homme, certains plus que d'autres, de même que leurs juges, essaient de prévenir cette situation à travers la prise des mesures générales qui obligent les États à mettre en compatibilité leurs systèmes normatifs.

[1181] Ibid., p. 176.
[1182] Ibidem.

S'agissant des instruments, l'article 2 de la CADH[1183] est certainement l'exemple le plus clair des efforts qui se font dans les systèmes régionaux de protection, mais surtout, l'exemple de la téléologie préventive qui caractérise l'obligation générale étatique d'harmonisation au sein de la CADH.

Les incompatibilités normatives sont une source des violations continues et graves des droits de l'homme en tant qu'elles provoquent des violations constantes qui ne cessent qu'à la suite de la mise en conformité de la règle juridique étatique. La Cour IDH a établi que les incompatibilités juridiques des normes dites « d'application immédiate »[1184] sont porteuses à tout moment d'un danger à grande échelle, car peu importe si la règle juridique incompatible a été appliquée ou non, dès lors que par sa seule existence elle constitue une violation *per se* des droits des personnes[1185].

À l'intérieur du SEDH, les dernières reformes entreprisses mettent en relief la problématique des incompatibilités normatives et de l'augmentation de la charge de travail qu'elles emportent aux juges européens par le biais des requêtes répétitives.

Le protocole n° 14, avec les deux nouveaux recours en interprétation et en manquement, dote le SEDH de nouveaux outils pour pallier la question des arrêts révélant d'importants problèmes structurels ou complexes. L'article 16 du Protocole habilite, d'une part, le Comité des Ministres lorsqu'il estime que « la surveillance de l'exécution d'un arrêt définitif est entravée par une difficulté d'interprétation de cet arrêt », à demander à la Cour l'interprétation de l'arrêt ; et autorise, d'autre part, le Comité « à engager une procédure devant la Grande Chambre de la Cour contre une Haute Partie contractante qui refuse de se conformer à un arrêt définitif de la Cour dans un litige auquel elle est partie, après avoir mis en demeure cette Partie »[1186].

Pareille situation on constate avec la Résolution (Res(2004)3) du Comité des Ministres qu'invite la Cour EDH, dans toute la mesure du possible, à identifier dans ses arrêts tout « problème structurel sous-jacent et la source de ce problème, en particulier lorsqu'il est susceptible de donner lieu à de nombreuses requêtes, de façon à aider les États à trouver la solution appropriée et le Comité des Ministres à surveiller l'exécution des arrêts »[1187].

[1183] Article 2. Obligation d'adopter des mesures de droit interne : Si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les États parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention, les mesures législatives ou autres nécessaires pour effet aux dits droits et libertés.

[1184] Par opposition aux normes « d'application non-immédiate », celles qui sont soumises à la promulgation d'actes normatifs postérieurs ou à l'accomplissement de conditions futures, les normes « d'application immédiate » sont celles qui créent des effets juridiques sur les personnes par leur seule existence. Par exemple, une norme de caractère discriminatoire vers les étrangères viole *per se* les droits de l'homme, même si elle n'a pas été appliqué à personne. COUR IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 et 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Avis consultatif OC-14/94, 9 décembre 1994, §§ 41 – 43.

[1185] COUR IDH, *Affaire Suárez Rosero Vs. Équateur*, Arrêt de fond, Série C n ° 35, 12 novembre 1997, § 98 ; et *Affaire Hilaire, Constantine, Benjamin et autres Vs. Trinité-et-Tobago*. Arrêt de fond, réparations, frais et dépens. Série C n° 94. Op. Cit, § 114.

[1186] CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif au protocole n° 14 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Op. Cit., § 42.

[1187] CONSEIL DE L'EUROPE, *CEDH : mise en œuvre et contrôle. Garantir l'efficacité de la Convention européenne des droits de l'homme,* Recueil de textes, Conseil de l'Europe, 2004, p. 83.

Également, la mise en œuvre du plan d'action d'Interlaken et les nouvelles méthodes de surveillances des arrêts à deux axes (surveillance standard et surveillance soutenue)[1188]. La méthode la plus révélatrice est celle de la « surveillance soutenue » des arrêts révélant d'importants problèmes structurels ou complexes, à travers laquelle la Cour EDH discrimine trois catégories d'arrêts : les arrêts pilotes, les arrêts impliquant des mesures individuelles urgentes et les affaires interétatiques[1189]. Toutes ces réformes européennes essaient, finalement, de faire face au phénomène des incompatibilités et à l'engorgement judiciaire qui se vit dans le système depuis la fin des années quatre-vingt[1190].

S'agissant des juges internationaux des droits de l'homme, ont été considérables leurs efforts pour éviter que les incompatibilités des droits internes soient courantes et deviennent la source des violations graves et continues des droits. C'est le cas emblématique des juges interaméricains, qui à travers leurs décisions judiciaires novatrices ont fait évoluer les droits internes des États américains parties à la CADH, par le biais d'une jurisprudence innovante de protection renforcée des individus[1191]. La jurisprudence interaméricaine est devenue une véritable source d'inspiration pour leurs homologues ; elle n'a pas d'équivalence dans les autres systèmes régionaux des droits de l'homme[1192].

[1188] Les nouvelles méthodes de travail du Comité des Ministres se reposent « de plus en plus sur la bonne foi des États dans l'exécution des arrêts, bonne foi dont il est permis de douter pour la plupart d'entre eux au vu de la pratique. Pour cette raison, « pour beaucoup d'affaires qui seront en contrôle allégé, l'exécution est souvent plus compliquée qu'il n'y paraît ». Élisabeth LAMBERT ABDELGAWAD, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (2010)*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2009, No. 88, p. 948. Voir aussi, Anne-Catherine FORTAS, *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2015, pp. 327 – 338.

[1189] COMITÉ DES MINISTRES, *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme : mise en œuvre du plan d'action d'Interlaken – modalités d'un système de surveillance à deux axes*, Documents d'information : CM/Inf/DH(2010)37, 6 septembre 2010, § 8 ; et CM/Inf/DH(2010)45, 7 décembre 2010, § 10.

[1190] Il faut aussi tenir compte que suite aux directives politiques données lors de la conférence de Brighton en avril 2012, le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) a élaboré deux projets de protocoles pour améliorer l'engorgement du SEDH. Les deux projets feront adoptés par le Comité des Ministres en 2013 et sont ouverts pour signature et ratification. Le Protocole n° 15 introduit une référence au principe de subsidiarité du système, à la marge d'appréciation des États dans la mise en œuvre de la CEDH et une réduction du délai pour l'introduction d'une requête individuelle (de 6 à 4 mois). Le Protocole n° 16 prévoit la possibilité pour les plus hautes juridictions des États parties, d'adresser des demandes d'avis consultatif à la Cour EDH sur des questions de principe, dans le cadre d'affaires pendantes devant cette dernière, relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles. COMITÉ DES MINISTRES, *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 7e Rapport annuel du Comité des Ministres 2013, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2014, pp. 25 – 30.

[1191] Karine BONNEAU, « La jurisprudence innovante de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en matière de droit à réparations de victimes de violations des droits de l'homme », *in* Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGROUDJA (Dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme : en l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 347 – 382.

[1192] Par exemple, sur la réparation de victimes la Cour IDH à travers une jurisprudence constante a affirmé que parmi les formes de réparation que doit assumer l'État, il y a nécessairement celle d'enquêter effectivement sur les faits (*obligations d'enquêter*) et de sanctionner les responsables (*obligations de sanctionner*), pendant que la Cour EDH n'a pas la même position. « Selon sa jurisprudence les victimes ont un droit à un recours effectif et un droit à la vérité ». Cependant, « les victimes n'ont aucun droit à voir le coupable sanctionné, car le pouvoir de sanction appartient à la société tout entière, et non pas à elles seules ». Mathilde PHILIP-GAY, « La poursuite des auteurs de graves violations de droits de l'homme : une influence de la jurisprudence interaméricaine sur le système européen ? », *in* Élisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD et Kathia MARTIN-CHENUT (Dir.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?* Paris, Société de législation comparé, 2010, p. 267 ; et Anne-Catherine FORTAS, *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des Cours européenne*

Dans l'avis consultatif sur l'interprétation de l'article 2 de la CADH, les juges interaméricains ont conclu que les États ont une double obligation face aux normes incompatibles. Ils doivent, d'abord, effacer les normes incompatibles existantes avant la ratification de la CADH, et ensuite, ils doivent faire attention de ne pas en promulguer à l'avenir[1193].

Les affaires à l'égard des « lois d'amnistie » ont démontré en Amérique, que le maintien en vigueur des normes incompatibles peut être une source intolérable des violations graves et répétitives des droits de l'homme[1194]. Les juges interaméricains ont profité de l'occasion pour protéger au maximum les êtres humains en déclarant qu'au-delà de la volonté étatique et de l'exercice de la souveraineté, les normes juridiques manifestement incompatibles avec la CADH sont nulles et dépourvues de tout effet juridique[1195], même s'il s'agit de règles constitutionnelles[1196] ; car elles « n'ont pas pu générer d'effets, ni au présent, ni au futur »[1197].

Dans le SIDH, les juges ont également fait preuve de résistance à la souveraineté des États, montrant une attitude puissante à l'égard des ordres internes nationaux[1198]. Cette attitude est pour l'instance loin d'être connue par les juges européens, malgré l'expérience et le nombre supérieur d'affaires conclues dans ce système régional de protection. En effet, « la Cour européenne n'a jamais déclaré nulle une loi contraire à la Convention, sa position traditionnelle est de laisser une marge de manœuvre pour se conformer à ces constats de violations. Si une loi est contraire à la Convention, elle ne devient pas caduque et la Cour

---

et interaméricaine des droits de l'homme, Op. Cit., p. 92. Sur l'obligation de sanctionner dans le système interaméricain voir, COUR IDH, *Affaire Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Arrêt de fond, Série C n° 4, 29 juillet 1988, §§ 166 et 172 ; *Affaire Garrido et Baigorria Vs. Argentine*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 39, 27 août 1998, §§ 72 – 74 ; *Affaire Trujillo Oroza Vs. Bolivie*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 92, 27 février 2002, §§ 101 et 102. Voir aussi, *Affaire Maritza Urrutia Vs. Guatemala*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 103, 27 novembre 2003, § 177 ; *Affaire des frères Gómez Paquiyauri Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 110, 8 juillet 2004, §§ 229 et 229 ; et *Affaire défenseurs des droits de l'homme et autres Vs. Guatemala*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais de requête, Série C n° 283, 28 août 2014, § 252.

1193 COUR IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 et 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Avis consultatif OC-14/94, Op. Cit., § 33.

1194 Il s'agit particulièrement de la situation des lois d'amnistie au Chile, au Salvador, à l'Uruguay, à l'Argentine et au Pérou. Voir sur ce sujet, Pamela PEREIRA, « Las sendas de la judicialización : una mirada al caso chileno », *in* Félix REÁTEGUI (Ed.), *Justicia transicional : manual para América Latina*, Brasilia, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, 2011, pp. 293 – 308 ; et Santiago A CANTON, « Leyes de amnistía », *in* DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION, *Víctimas sin mordaza : el impacto del sistema interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica : los casos de Argentina, Guatemala, Salvador y Perú*, Washington, Due Process of Law Foundation, 2007, pp. 219 – 247.

1195 COUR IDH, *Affaire Barrios Altos Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 75, 14 mars 2001, § 44 ; *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154. Op. Cit., point résolutif No. 3 et *Affaire La Cantuta Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 162. Op. Cit., § 189.

1196 COUR IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 et 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Avis consultatif OC-14/94. Op. Cit., § 35.

1197 COUR IDH, *Affaire La Cantuta Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 162, Op. Cit., § 189 et point résolutif No. 7. L'actuel juge international de justice, Cançado Trindade, suivant la pensée de la Cour IDH, affirme que « les soi-disant « lois » d'autoamnistie ne sont pas de véritables lois, elles ne sont qu'une aberration juridique, un affront au recta ratio ». Antônio CANÇADO TRINDADE, *Évolution du droit international au droit des gens : L'accès des individus à la justice internationale, Le regard d'un juge*, Op. Cit., p. 125.

1198 Hélène TIGROUDJA et Ioannis K PANOUSSIS, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 301.

européenne reconnaît même que certains principes tels que la sécurité juridique peuvent justifier le maintien de la disposition nationale »[1199].

Par rapport à la marge de manœuvre dans le SEDH, le juge international Cançado Trindade, considère qu'il s'agit d'une « *contradiction in terminis* », dans la mesure où les affaires sur les violations des droits de l'homme arrivent aux organes des droits de l'homme à cause des « insuffisances ou défaillances » des instances nationales, donc revenir après d'un jugement international aux instances nationales pour bien résoudre la violation des droits est un peu ironique et paradoxal[1200].

Pour éviter radicalement la survenance des situations de violations structurelles des droits humains, la mise en place d'un nouveau concept de souveraineté de l'État, s'avère nécessaire.

Section 2 : La souveraineté-obligation proposée

La Charte des Nations Unies a consacré dans le premier paragraphe de son article 2 la capacité pour les États de prendre des mesures contraignantes à l'égard de la population et des ressources naturelles qui se trouvent sur son territoire en vertu du « principe de souveraineté permanente »[1201]. Mais cela ne veut pas dire que l'autorité de l'État est absolue ; « elle est limitée et réglementée au plan interne par les dispositions constitutionnelles, et au plan externe par ses obligations internationales »[1202]. Le droit international contemporain, c'est-à-dire le droit international qui s'éloigne du volontarisme étatique et reconnaît dans l'être humain le sujet principal de la protection internationale, a démontré que la souveraineté *potestas* est dépassée ; que l'exercice de la puissance publique souveraine a des limites précises qui sont infranchissables ; que les limites ne peuvent pas être méconnues, au risque de mettre en péril les droits de l'homme et par corollaire, la survivance et la légitimité de l'État.

« La souveraineté territoriale ne peut donc se limiter à son aspect négatif, c'est-à-dire au fait d'exclure les activités d'autres États, car c'est elle qui sert à répartir entre les nations l'espace dans lequel se déploient les activités humaines, afin de leur assurer en tous lieux le minimum de protection que le droit international doit garantir »[1203]. La souveraineté implique d'obligations, de devoirs, que les États doivent accomplir au risque de méconnaître leur raison d'être, ou de devenir un « injured State »[1204].

[1199] Ibidem, note de bas de page 403.
[1200] Antônio CANÇADO TRINDADE, « Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos », *in* Juan E. MENDEZ et Francisco COX (Ed.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 582.
[1201] Geneviève BASTID-BURDEAU, « Le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles à l'épreuve de la mondialisation », *in L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui : Mélanges en honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, pp. 27 – 34.
[1202] Hassan ABDELHAMID et autres, *Sécurité humaine et responsabilité de protéger : l'ordre humanitaire international en question*, Op. Cit., 71.
[1203] Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, *Droit international et souveraineté des États*, Op. Cit., p. 61.
[1204] Theodor MERON, *International Law in the Age of Human Rights,* Op. Cit., pp. 277 – 280.

Les droits de l'homme constituent des limites à la souveraineté ; des limites que dans l'actualité « opèrent bien à la manière des restrictions imposées au pouvoir de l'État »[1205] et emportent de changements conceptuels sur l'action des autorités. « La souveraineté suppose une responsabilité : elle implique que les autorités étatiques sont responsables des fonctions qui permettent de protéger la sécurité et la vie des [êtres humains] et de favoriser leur bien-être ; qu'elles sont également responsables à l'égard de la communauté internationale pour les obligations qu'elles ont contractées ; qu'elles sont enfin responsables de leurs actes »[1206].

En ce qui concerne le droit international et les États, il est clair qu'ils ont besoin de transformations concrètes pour s'adapter au phénomène de la globalisation. Que ces transformations obligent l'étude de ce qui classiquement fut conçu comme souveraineté absolue, pour réévaluer et reconstruire depuis son ontologie, un concept qui garantisse les droits des personnes. C'est pourquoi on propose *un nouveau concept de souveraineté construit à partir des obligations étatiques (§ 1)*, qui tient compte des transformations portées par la globalisation au lieu d'accomplir l'usage de la souveraineté basée sur les « *summas potestas* » de l'État[1207]. Ce nouveau concept proposé *implique des avantages qu'il échet également d'examiner (§ 2).*

§ 1 : Un nouveau concept de souveraineté construit à partir des obligations étatiques

Dans la théorie contractualiste de la formation de l'État se trouve un élément téléologique qui s'est transplanté au contexte international et qui s'est transformé en commun dénominateur. C'est la promotion et protection des droits de l'homme que doit garantir effectivement l'État.

Les antécédents apportés par cette théorie font penser à l'existence dès le début de l'État, *d'un concept de souveraineté bâti sur les obligations de promotion et protection (A)* et non sur les *potestas* données à l'État pour l'accomplissement de ses fonctions. Cette erreur interprétative doit nécessairement être explorée pour bien comprendre pourquoi l'action étatique est encadrée par le bien-être des individus, et pourquoi *l'être humain est créancier des obligations du souverain (B)*.

A. Un concept bâti sur des obligations étatiques de promotion et protection des droits de l'homme

La théorie sur la formation de l'État élaborée par les contractualistes comme Locke, Hobbes et Rousseau, semble garder des éléments importants pour reconduire le regard de la souveraineté vers les obligations requises par l'État plutôt qu'aux *potestas* sur lesquelles ont trouvé appui les excès étatiques. Une analyse des idées de Rousseau dans *le contrat social sur la manière de formation de l'État à travers l'aliénation des pouvoirs individuels (I)*, s'avère ainsi

[1205] Sylvie SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations : de la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Op. Cit., p. 47.
[1206] Hassan, ABDELHAMID et autres, *Sécurité humaine et responsabilité de protéger : l'ordre humanitaire international en question*, Op. Cit., 71.
[1207] Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogations sur un concept en crise*, Op. Cit., p. 129.

impérative pour mieux saisir la description du concept de souveraineté construit à partir de *la promotion et la protection des droits comme raison d'être du souverain (II).*

I. Le contrat social : de l'aliénation des pouvoirs à la promotion et protection des droits

Selon Rousseau le corps moral et collectif dénommé État naît par un pacte social, lorsque les hommes n'ont pas d'autre moyen différent que celui d'unir et de rassembler leur force pour préserver leur existence menacée par l'état de nature[1208]. Grâce à cette union, formalisée par un contrat, les individus pourront obtenir la formation d'une sorte d'association dont l'objectif principal est la défense de l'intégrité de chaque associé ainsi que la protection de leurs biens. En vertu de cette association, chacun des membres, attaché à cette unité, n'obéit qu'à lui-même, restant aussi libre qu'auparavant, mais avec la conviction d'être protégé par une entité différente et supérieure aux autres individus[1209].

L'on voit que chaque associé après d'être aliéné de sa puissance particulière, se rend à l'entité collective et se soumet à son autorité[1210], naissant entre le corps collectif et les individus une relation contractuelle dans laquelle chacune des parties s'est obligée avec l'autre[1211].

Les obligations acquises par ce contrat synallagmatique déterminent l'existence et la légitimité de l'organisme politique-collectif. L'État, comme souverain, s'est obligé avec les humains à protéger et garantir leur intégrité et leurs biens, en d'autres termes, à protéger leurs libertés fondamentales[1212]. Pour sa part, les individus se sont engagés avec l'État à reconnaître son existence et à lui accorder la puissance suffisante pour accomplir ses fonctions.

La méconnaissance des obligations du pacte social implique pour l'État deux situations, d'abord, risquer sa légitimité, et ensuite, compromettre lourdement son existence[1213], dès lors que de l'unification des forces et de l'aliénation des droits des individus s'attirent l'existence étatique et la puissance souveraine.

L'exercice des cessions simultanées des pouvoirs individuels vers l'État fait ainsi de la souveraineté une source d'obligations et non une adjudication de *potestas*. La souveraineté n'est pas absolue, le concept de souveraineté a changé. Désormais, elle est soumise à l'accomplissement des normes qui gèrent la raison d'être de l'entité étatique ; aux « idées

---

[1208] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social.* Op. Cit., p. 89.

[1209] Ibid., pp. 89 et 90. Cette idée se trouve aussi dans la pensée de Thomas Hobbes, pour qui toute sa doctrine de la souveraineté se ramène à une nécessité : « axer la souveraineté sur le sacrifice nécessaire que les hommes font de leur liberté en vue de leur conservation et, de ce fait, offrir une légitimité rationnelle et humaine au fondement de l'État ». Pour Rousseau l'aliénation de la liberté est un acte dans l'intériorité, puis qu'elle se fait par la communauté, et pour Hobbes, il s'agit d'une aliénation dans l'extériorité, dès lors que la liberté est transmise à un tiers, le Léviathan. François DE SMET, *Le mythe de la souveraineté : du corps au contrat social*, Bruxelles, E.M.E., 2011, pp. 97 et 105 – 109.

[1210] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Op. Cit., p. 90.

[1211] Ibid., 92 et 104.

[1212] Ibid., 90.

[1213] Ibid., p. 105.

directrices dont « doit » s'inspirer le Souverain et en fonction desquelles « doit » se modérer l'exercice de sa puissance »[1214].

Ainsi a été reconnu par le TPIY, lorsqu'il affirme que « la souveraineté était autrefois un attribut sacro-saint et inattaquable de l'État mais ce concept a récemment souffert d'une érosion progressive sous l'influence des forces plus libérales actives dans la société démocratique, en particulier dans le domaine des droits de l'homme »[1215].

Désormais, l'on entend qu'à travers la souveraineté, les États n'ont pas reçu des pouvoirs absolus mais un mandat d'action à l'égard des individus dans lequel les limites furent imposées par la sauvegarde des intérêts des associés. Ces limites sont les libertés fondamentales des individus, les « bornes du pouvoir souverain »[1216]. Par le biais du pacte social, le corps politique-collectif devient tributaire d'impératifs de promotion et protection des droits des personnes. Les fonctions régaliennes et les fonctions sociales de l'État ne sont que la reconnaissance des obligations prises par lui à l'égard des individus. Ces obligations préservent dans leur contenu l'existence, la légitimité et la raison d'être de l'État.

II. La promotion et protection des droits : la raison d'être du souverain

L'être humain s'est engagé avec la communauté où il s'épanouit, avec la communauté qui a formé l'État, mais sa vie ne finit pas dans le corps politique-collectif, elle continue jusqu'à trouver le bonheur[1217]. Bien que le pacte social, issu comme théorie politique, montre que le politique est un « élément du perfectionnement de la nature humaine », « cela ne veut pas dire que la vie politique [est] le lieu de l'accomplissement de cette nature humaine »[1218].

L'être humain naît et développe sa vie en cherchant le bonheur et le bien-être. Par conséquent, le politique autant que le bien public doivent « être subordonné[s] à l'ordre de l'univers, et le sacrifice de son être peut alors se justifier au regard d'un bien-être que l'individu lui-même atteint »[1219].

Ainsi comme le corps humain vieillit et trouve la fin de son existence, le corps moral collectif n'échappe pas à cette logique existentielle. Rousseau le savait. Pour cette raison, il explique que rien n'est éternel et que la mort de l'État est toujours possible s'il s'éloigne de l'objet contractuel qui a rassemblé les êtres humains[1220]. Donc, la subsistance de l'État dépend de l'harmonie entre l'action étatique et les objectifs attendus par les individus.

L'État s'est construit sur les obligations de promotion et protection des droits de l'homme qui assurent la réalisation du bien-être des individus, et toute modification sur l'essence du pacte social entraîne sa violation et la disparition de l'entité étatique[1221]. « L'État

---

[1214] Franck TINLAND, *Droit naturel, loi civile et souveraineté.* Paris, Presses universitaires de France, 1988, p. 171.
[1215] TPIY, *Affaire Le Procureur Vs. Dusko Tadic, Alias « Dule »*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, Op. Cit., § 55.
[1216] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Op. Cit., p. 152.
[1217] Luc VINCENTI, *Du contrat social : Rousseau*, Paris, Ellipses, 2000, pp. 24 et 25.
[1218] Ibid., p. 24.
[1219] Ibid., p. 25.
[1220] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Op. Cit., pp. 327 et 328.
[1221] Ibid., p. 90.

est un corps vivant dont la subsistance est contingente, et qui porte en lui dès sa naissance les germes de sa destruction future ; mais le principe de vie de ce corps politique est la souveraineté »[1222]. Le pouvoir souverain est alors bâti sur la souveraineté en tant que source d'obligations à l'égard des humains. C'est pourquoi, dit Rousseau, l'action de la puissance étatique « ne passe ni ne peut passer les bornes des conventions générales »[1223], c'est-à-dire les limites imposées par les droits de l'homme.

En d'autres termes, le groupement des hommes dans le corps moral collectif cherche la réalisation d'une fin essentielle, promouvoir et protéger les droits humains. La société s'est réduite à « n'être qu'un moyen pour l'individu » de réussir cette fin[1224]. Or la souveraineté, représentée par la puissance souveraine de l'État, n'est pas autre chose que la force collective, telle que la constitue le pacte fondamental, mise au service des intérêts généraux des individus[1225].

Par conséquent, le concept de souveraineté-obligation proposée est un autre regard de l'idée du souverain qui trouve ses fondements dans le pacte social, « en tant qu'accord admirable de l'intérêt [général] et de la justice »[1226]. La souveraineté-obligation soutient et rend digne l'existence de l'État, mais rejette ses comportements débordés. Ainsi, la théorie de l'irresponsabilité de l'État est infirmée[1227], pour l'obliger à garantir et protéger les droits des individus, tel qui fut prévu dans les clauses du contrat d'association.

L'appui du concept de souveraineté au sérieux des obligations étatiques, comporte aux humains de grands avantages par rapport à la protection et garantie de leurs droits. L'une de ses avantages est celle de transformer l'être humain en créancier des obligations de l'État souverain. Autrement dit, de faire comprendre que « la souveraineté de l'État est donc d'abord un instrument au service du droit des peuples »[1228].

B. L'être humain créancier des obligations de l'État souverain

Le jour de réconcilier la souveraineté et les droits de l'homme est arrivé. Dans le droit international humaniste l'opposition existante entre ces deux concepts ne peut pas continuer. À l'intérieur du contexte du droit international interétatique les droits humains et la souveraineté s'opposent, lorsque celle-ci sert de prétexte pour ne pas respecter ceux-là. Cependant, avec le caractère obligatoire du nouveau concept de souveraineté-obligation ils vont converger, lorsqu'on a défini que la souveraineté a été conçue pour protéger l'individu et garantir son bien-être[1229]. C'est ainsi que le développement de la protection des droits humains suppose une revendication de l'homme comme créancier des obligations étatiques.

[1222] François DE SMET, *Le mythe de la souveraineté : du corps au contrat social*, Op. Cit., p. 121.
[1223] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Op. Cit., p. 156.
[1224] Émile DURKHEIM, *Le contrat social de Rousseau*, Paris, Kimé, 2008, p. 75.
[1225] Ibid., p. 77.
[1226] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Op. Cit., p. 155.
[1227] Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Op. Cit., pp. 223 – 228.
[1228] Madjid BENCHIKH, « Souveraineté des États, droits des peuples à l'autodétermination et droits humains », Op. Cit., p. 27. Voir aussi, Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, *Droit international et souveraineté des États*, Op. Cit., pp. 68 – 70.
[1229] Hélène RUIZ FABRI, « Droits de l'homme et souveraineté de l'État : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », Op. Cit., p. 371.

D'après le TPIY, « le développement et la propagation rapides dans la communauté internationale des doctrines des droits de l'homme, en particulier après l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948, ont apporté des changements significatifs au droit international, en particulier dans l'approche des problèmes qui assaillent la communauté mondiale. Une approche axée sur la souveraineté de l'État a été progressivement supplantée par une approche axée sur les droits de l'homme » [1230].

Pour le tribunal pénal, « progressivement, la maxime du droit romain *hominum causa omne jus constitutum est* (tout droit est créé au bénéfice des êtres humains) a acquis également un solide point d'ancrage dans la communauté internationale »[1231] ; au point que « le droit international, tout en sauvegardant, bien sûr, les intérêts légitimes des États, doit progressivement assurer la protection des êtres humains »[1232].

Dans le même sens, Carrillo-Salcedo, affirme que « les droits de l'homme, bénéficient désormais d'une protection internationale, cessent d'appartenir à la catégorie des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des États, selon l'article 2, paragraphe 7, de la Charte des Nations Unies ; en conséquence, l'État qui agit en violation de cette obligation ne peut se soustraire à sa responsabilité internationale en prétendant que ce domaine est exclusivement de son ressort »[1233].

D'autre part, la question d'être ou non détenteur de la puissance, c'est l'aspect qui a séparé la pensée de Hobbes et de Rousseau sur la souveraineté et sur le rôle qui doit accomplir l'État vis-à-vis des humains.

Pour l'auteur du *Léviathan*, les hommes se sont volontairement dépourvus des libertés au profit d'un représentant, lui donnant les *potestas* pour parler et agir à leur nom. Alors que pour l'auteur du *contrat social*, les hommes, rassemblés dans le peuple à travers la mise en commun des puissances individuelles, ont toujours gardé le contrôle de leur liberté dans laquelle l'État n'est plus que l'exécuteur de la volonté générale[1234].

Selon Tinland, le *Léviathan* et le *contrat social* développent, « une conception de l'exercice de la puissance civile à la fois modeste dans ses fins, et soumise, selon les modalités diverses, à des principes internes d'autorégulation sur lesquels repose, quoique de façon précaire, la modération dans l'usage de pouvoirs sans limites extrinsèques »[1235]. Ces principes, qui évoquent la tempérance, sont les créances que détiennent les êtres humains à l'égard des États souverains. Ils sont pour Rousseau, « les bornes du pouvoir souverain »[1236], qui ne peuvent pas être dépassées afin de respecter les biens et les libertés accordées aux individus par les conventions générales, qui ont donné la vie au corps moral et collectif[1237].

Une relecture contemporaine de Rousseau aide à comprendre que les êtres humains ont été en permanence créanciers des obligations étatiques à l'avoir eu sans interruption la

---

[1230] TPIY, *Affaire Le Procureur Vs. Dusko Tadic, Alias « Dule »*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, Op. Cit., § 97.
[1231] Ibidem.
[1232] Ibidem.
[1233] Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, *Droit international et souveraineté des États*, Op. Cit., p. 66.
[1234] Franck TINLAND, *Droit naturel, loi civile et souveraineté*, Op. Cit., pp. 166 – 167.
[1235] Ibid., p. 198.
[1236] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Op. Cit., p. 152.
[1237] Ibid., p. 156.

direction de leurs intérêts communs, devant auxquels les États ont dû avoir un comportement cohérent de protection et garantie, au risque de faire devenir la volonté contractuelle « vaine et de nul effet »[1238].

Plusieurs sont les avancements commencés en droit international par rapport à la revendication de l'être humain en tant que créancier de la puissance étatique[1239]. À titre énonciatif l'on a l'accès intégral à la justice internationale pour les victimes des violations des droits de l'homme et de leurs proches ; la mise en place des mesures conservatoires et des mesures de protection pour éviter la perpétration de préjudices irréparables ; et la promotion des règles *erga omnes.* L'on a également la promotion de la responsabilité aggravée de l'État ; la justiciabilité des droits économiques et sociaux à l'égard de toute personne ; le rapprochement autour du même *corpus juris* du droit international des droits de l'homme, le droit humanitaire et le droit de réfugiés[1240]. Cependant, ces avancements sont sensiblement insuffisants, et malheureusement leur nombre difficilement arrivera à monter au sein du scénario interétatique des *potestas* souveraines.

Malgré tout, les efforts qu'au cours des dernières décennies ont été faits pour récupérer la place que l'être humain a perdu à l'intérieur du droit international ne sont pas négligeables. Le cas concret de l'évolution du droit au recours effectif devant les tribunaux nationaux démontre bien les actions employées dans la juridiction internationale pour doter aux individus des mécanismes appropriés à l'exigence des obligations étatiques.

Le bien connu article 8 de la DUDH, inspiré de l'article 18 de la DADDH[1241], fait preuve de la revendication tardive, mais réelle, qui a eu, et est en train d'avoir, la personne humaine par rapport aux obligations de l'État, et par lesquelles, se protègent ses droits contre les abus du pouvoir public[1242].

L'évolution du droit à des recours effectifs est assez illustrative de la revendication de l'homme comme créancier des obligations étatiques. Si l'on part de l'idée affirmée par le juge international Cançado Trindade, la reconnaissance internationale du droit au recours effectif devant les tribunaux nationaux est une disposition clé intimement liée à l'obligation générale des États de respecter les droits de l'homme et d'assurer la jouissance de ces derniers à toute

---

[1238] Ibid., p. 90.
[1239] Theodor MERON, *International Law in the Age of Human Rights,* Op. Cit., p. 325.
[1240] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine*, Op. Cit., p. 37.
[1241] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Évolution du droit international au droit des gens : L'accès des individus à la justice internationale, Le regard d'un juge*, Op. Cit, p. 97. Il faut préciser que le contenu de l'article 8 de la Déclaration universelle, provient de l'initiative des délégations des États d'Amérique Latine, lesquelles se sont inspirées de l'article XVIII de la DADDH pour intégrer à cet instrument international le droit d'accès à la justice. Ainsi l'article 8 est une contribution Latino-Américaine par excellence à la Déclaration universelle, qui a été transplantée à la CEDH, à la CADH, à la CADHP et au PIDCP. Voir, Antônio CANÇADO TRINDADE, *O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos,* Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 1999, No. 14, pp. 197 – 238 ; Antônio CANÇADO TRINDADE, *The Contribution of Latin American Legal Doctrine to The Progressive Development of International Law*, Op. Cit., pp. 76 – 79. Voir aussi, Antônio CANÇADO TRINDADE, *Opinion dissidente de la résolution de révision de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens*, COUR IDH, Affaire Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Résolution de révision de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 45, 13 septembre 1997, § 19. Également, René CASSIN, *Quelques souvenirs sur la Déclaration universelle de 1948*, Revue de droit contemporain, Bruxelles, Association internationale de juristes démocrates, Année 15, No. 1, 1968, p. 20 ; et Pierre MERTENS, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violations d'un droit de l'homme*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1973, pp. 18 – 30.
[1242] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Op. Cit., pp. 152 – 156.

personne sous leur juridiction respective, ainsi qu'aux garanties du « *due process of law* » dans la logique où l'accès à la justice devant les autorités nationales s'assure aux individus[1243].

Dans la jurisprudence des tribunaux internationaux l'on voit déjà comment la revendication de l'homme commence à être une réalité, soutenant la soumission de l'État aux intérêts des individus. Parmi cette jurisprudence se trouve, peut-être, la plus importante sur la matière, la jurisprudence de la Cour IDH.

En effet, le tribunal interaméricain a développé progressivement une jurisprudence d'avancée par rapport à la primauté de l'être humain dans l'action étatique sur ce qui concerne le droit au recours effectif devant les juges nationaux. La Cour IDH a averti qu'avoir le droit au recours effectif « constitue l'un des piliers de base, non seulement de la Convention Américaine, mais aussi de l'état de droit même dans une société démocratique d'après la Convention »[1244].

Sur le droit au recours effectif, la juridiction interaméricaine a aussi exprimé l'interrelation entre l'accès à la justice et les garanties du *due process of law*, mettant en évidence que le droit au recours effectif est une expression du droit d'accès à la justice, « considéré comme le droit à la prestation juridictionnelle »[1245], intégré par les garanties du *due process of law* et la fidèle exécution du jugement[1246].

[1243] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Évolution du droit international au droit des gens : L'accès des individus à la justice internationale, Le regard d'un juge*, Op. Cit, p. 98.

[1244] COUR IDH, *Affaire Castillo Páez Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 34, 3 novembre 1997, § 82 ; *Affaire Suárez Rosero Vs. Équateur*, Arrêt de fond, Série C n ° 35, Op. Cit., § 65 ; *Affaire Blake Vs. Guatemala*, Arrêt de fond, Série C n ° 36, 24 janvier 1998, § 102 ; *Affaire Paniagua Morales et autre Vs. Guatemala*, Arrêt de fond, Série C n° 37, 8 mars 1998, § 164 ; *Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou.* Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 52, 30 mai 1999, § 184 ; *Affaire Cesti Hurtado Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 56, Op. Cit., § 121 ; *Affaire « Enfants de la rue » (Villagrán Morales et autres) Vs. Guatemala*, Arrêt de fond, Série C n° 63, 19 novembre 1999, § 234 ; *Affaire Durand et Ugarte Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 68, 16 août 2000, § 101 ; *Affaire Cantoral Benavides Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 69, 18 août 2000, § 163 ; *Affaire Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, Arrêt de fond, Série C n° 70, 25 novembre 2000, § 191 ; *Affaire Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 79, Op. Cit., § 112 ; *Affaire Hilaire, Constantine, Benjamin et autres Vs. Trinité-et-Tobago*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 94, Op. Cit., § 150 ; *Affaire Cantos Vs. Argentine*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 97, 28 novembre 2002, § 52 ; *Affaire Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 99, 7 juin 2003, § 121 ; *Affaire Maritza Urrutia Vs. Guatemala*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 103, 27 novembre 2003, § 117 ; *Affaire 19 commerçants Vs. Colombie*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 109, Op. Cit., § 193 ; *Affaire Tibi Vs. Équateur*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 114, 7 septembre 2004, § 131 ; *Affaire sœurs Serrano Cruz Vs. Salvador*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 120, 1 mars 2005, § 75 ; *Affaire Yatama Vs. Nicaragua*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 127, 23 juin 2005, § 169 ; *Affaire Acosta Calderón Vs. Équateur*, Arrêt de fond et réparations, Série C n° 129, 24 juin 2005, § 93 ; *Affaire Palamara Iribarne Vs. Chili*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 135, 22 novembre 2005, § 184 ; *Affaire Baldeón García Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 147, 6 avril 2006, § 144 ; *Affaire Ximene López Vs. Brésil*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 149, 4 juillet 2006, § 192 ; *Affaire Castañeda Gutman Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 184, 6 août 2008, § 78 ; *Affaire Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 197, 30 juin 2009, § 59 ; *Affaire peuple indigène Kichwa de Sarayaku Vs. Équateur*, Arrêt de fond et réparations, Série C n° 245, Op. Cit., § 262 ; et *Affaire Mohamed Vs. Argentine*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 255, 23 novembre 2012, § 82.

[1245] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Évolution du droit international au droit des gens : L'accès des individus à la justice internationale, Le regard d'un juge*, Op. Cit, p. 102.

[1246] COUR IDH, *Affaire Castillo Páez Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 34, Op. Cit., § 83 ; *Affaire Baena Ricardo et autres Vs. Panamá,* Arrêt d'établissement de compétence, Série C n° 104, Op. Cit., §§ 27, 72, 73 et 82.

Pour la Cour IDH, dans le SIDH l'être humain est devenu le grand créancier des obligations étatiques. « Les États membres sont obligés de pourvoir aux victimes des violations des droits de l'homme des recours judiciaires effectifs (article 25), recours qui doivent être substantiellement conformes aux règles du « due process of law » (article 8.1), dans le cadre de l'obligation générale des États, même, de garantir le libre et plain exercice des droits reconnus par la Convention à toute personne qui se trouve sous leur juridiction (article 1.1) »[1247].

D'après la Cour de San José, la créance des États à l'égard du droit d'accès à la justice « doit assurer, dans un délai raisonnable, le droit aux victimes et à leurs proches, à faire tout ce qui soit nécessaire pour connaître la vérité de ce qui s'est passé, ainsi qu'à enquêter, juger, et le cas échéant, sanctionner aux responsables »[1248].

De cette manière, la Cour, en laissant au découvert le lien ineffaçable entre le droit au recours effectif, les garanties du *due process of law* et les obligations générales de l'État de garantir le libre exercice et la plaine jouissance des droits aux individus, d'une part, suit les postulats de Rousseau sur le maintien de l'autorité souveraine au service de la protection des humains, et d'autre part, réaffirme que l'être humain est le créancier des obligations de l'État, et celui-là, son débiteur par excellence[1249].

Néanmoins l'importance de ces avancements, on croit que pour y avoir un véritable « protagonisme » de l'être humain dans le droit international il faut réfléchir d'une autre manière. Il faut se pencher sur les obligations humanistes portées par la souveraineté et sur la construction du concept de souveraineté-obligation, lequel, guidé par les bornes humanistes qui ont été fixées grâce à la conscience de la communauté humaine globale, met à l'être humain dans un endroit prioritaire à l'égard d'autres acteurs du droit international. Il est clair que la primauté reprise par l'individu lui fait devenir créancier direct des obligations étatiques. Désormais, l'être humain peut exiger aux États l'accomplissement des obligations dans tous les scénarios judiciaires y compris les internationaux, trouvant dans la souveraineté-obligation plusieurs avantages pour la protection de ses droits.

§ 2 : Les avantages de la souveraineté-obligation pour les êtres humains et leur protection

---

[1247] COUR IDH, *Affaire Fairén Garbi et Solis Corrales Vs. Honduras*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 2, 26 juin 1987, § 90 ; *Affaire Godínez Cruz Vs. Honduras*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 3, 26 juin 1987, § 93 ; *Affaire 19 commerçants Vs. Colombie*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 109, Op. Cit., § 194 ; *Affaire Massacre de Mapiripán Vs. Colombie*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 134, Op. Cit., § 195 ; et plus récemment, *Affaire Fleury et autres Vs. Haïti*, *Arrêt de fond et réparations*, Série C n° 236, 23 novembre 2011, § 105 ; *Affaire Massacre de Le Mozote et d'endroits proches* Vs. Salvador, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 252, Op. Cit., § 242 ; *Affaire Luna López Vs. Honduras*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 269, 10 octobre 2013, § 154 et *Affaire Gutiérrez et famille Vs. Argentine*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 271, 25 novembre 2013, § 97.

[1248] COUR IDH, *Affaire Velásquez Rodriguez Vs. Honduras*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 1, 26 juin 1987, § 91 ; *Affaire peuple indigène Kichwa de Sarayaku Vs. Équateur*, Arrêt de fond et réparations, Série C n° 245, Op. Cit., § 260 ; et *Affaire Massacre de Le Mozote et d'endroits proches Vs. Salvador*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 252, Op. Cit., § 242.

[1249] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Op. Cit., p. 329.

Avec la souveraineté-obligation, comme élément primordial de la mise en œuvre du droit international humaniste, on croit avoir trouvé les préceptes nécessaires pour *la solution au manquement systématique des obligations de promotion et protection des droits (A)*, ainsi que la base fondamentale pour sauver l'État de sa crise, *renforçant la notion d'État-outil dans le droit international (B)*.

A. La solution au manquement systématique des obligations de promotion et protection des droits de l'homme

À partir du concept de souveraineté-obligation, le droit international humaniste crée une stratégie pour rappeler à l'ordre les États. Cette stratégie s'inspire des théories contractualistes, celles de Hobbes et Rousseau sur la cession des pouvoirs individuels, pour la mise en place d'un nouvel ordre politique, fondé sur les obligations au lieu que sur les *potestas*[1250].

Ayant compte que tout ordre juridique est le reflet du système politique que le façonne[1251], l'ordre juridique du droit international humaniste reflète le changement de pensée qui existe dans la communauté humaine globale, par rapport au système politique de la communauté d'États de l'ancienne Société des Nations et de l'actuelle Organisation des Nations Unies. C'est ainsi que la souveraineté-obligation, fondée sur le retour à l'ordre logique du droit prescrit par le *jus cogens* (celui de l'être humain d'abord, l'État après), a comme avantage le fait de remettre à l'ordre les relations internationales en limitant le pouvoir étatique aux actions strictement convenantes aux individus.

Étant donné que dans le système politique humaniste aucun mélange des problèmes internationaux avec la politisation des États n'est pas admissible, il est indiscutable que la souveraineté-obligation a comme avantage la limitation du pouvoir étatique à celui qui l'a commandé le pacte social. De cette manière, les États ont une prescription dans les valeurs communes de l'humanité sur la manière qu'ils doivent agir et exercer le pouvoir.

L'enchaînement que la souveraineté-obligation fait des valeurs communes de l'humanité avec les fonctions des États a comme profit, d'une part, l'arrêt des comportements négligents des entités étatiques vis-à-vis de leurs obligations contractuelles, et d'autre part, la solution permanente au manquement systématique des obligations de promotion et protection des droits de l'homme.

En d'autres termes, la souveraineté-obligation fera que le concept de souveraineté (classique ou *potestas*) n'en sert plus d'excuse aux gouvernements étatiques ni aux organismes internationaux qui sont parfois à son appui, pour refuser la protection des droits humains[1252]. Au contraire, le concept de souveraineté-obligation comme source et

---

[1250] Ibid., p. 90.

[1251] Joe VERHOEVEN, *L'État et l'ordre juridique international. Remarques*, RGDIP, Paris, Pedone, 1978, p. 764 ; Louis HENKIN, *International law : politics, values and functions. General course on public international law*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1989-IV, Vol. 216, p. 21. Cfr. Jean D'ASPREMONT, *L'État non démocratique en droit international,* Paris, Pedone, 2008, p. 1.

[1252] Voir dans ce sens, l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade dans l'affaire *relative aux immunités juridictionnelles de l'État*, laissant voir son mécontentement face la manière avec laquelle les juges de la CIJ ont raisonné ainsi que résolu l'affaire. Selon le juge Latino-Américain, la CIJ a commis une grave erreur avec cet arrêt par rapport à la justice, car il n'y a pas, comme ont voulu l'affirmer les autres juges de la Cour,

représentation des obligations requises de l'État, sanctionnera l'excès de pouvoir et la violation des obligations de promotion et protection de l'être humain.

Un autre avantage du concept de souveraineté proposé par le droit international humaniste est celui de circonscrire, comme exigence réelle, la naissance et la survie des États dits démocratiques à l'exercice limité du pouvoir souverain au respect des obligations de promotion et protection des droits humains[1253].

Dans l'ordre juridique du droit international humaniste aucun acte d'impunité des États ou des autorités étatiques ne sera pas admis, puisque « tant dans la doctrine[1254] que dans la pratique[1255], l'impunité dont pourraient jouir [les États autant que] certains individus –particulièrement s'ils ont exercé des prérogatives de puissance publique– semble parfois être considérée comme un obstacle à la démocratie »[1256].

Pour cette raison, par exemple, à travers la souveraineté-obligation les États ne seront pleinement démocratiques ni respectueux de leurs obligations si les faits qu'ont donné lieu à des crimes graves contre la personne humaine ne sont pas justiciables, et les dommages causés aux victimes ne sont pas réparés. Moins encore, si ces États essaient de contourner leur responsabilité internationale par le biais d'arguments politiques ou juridiques qui portent atteinte aux valeurs de l'humanité[1257].

La souveraineté-obligation avec les bien connus principes démocratiques et d'État de droit, n'aidera seulement aux États à prendre un comportement plus adéquat à l'égard de leur responsabilité de protéger, mais mettra en ordre l'action étatique et aidera à construire une représentation de l'État au sens des droits de l'homme, assez différente à celle de l'État au sens du droit international en général, où l'homme a une importance réduite et soumise à la

---

d'immunités de l'État pour les *delicta imperi*, le droit d'accès à la justice des individus prévalant dans le domaine du *jus cogens.* Antônio CANÇADO TRINDADE, *Opinion dissidente dans l'Affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'État,* CIJ, Affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne Vs. Italie), Arrêt du 3 février 2012, §§ 161 – 183.

[1253] Pour le moment, il s'agit d'une exigence formelle pour la reconnaissance des États. Voir notamment, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies 67/19 du 29 novembre 2012, portant sur le statut du Palestine d'État non-membre observateur auprès de l'Organisation des Nations Unies, et 65/308 du 14 juillet 2011, admettant la République du Soudan du Sud à l'Organisation des Nations Unies. Voir aussi la critique faite par Éric Wyler sur la reconnaissance internationale des États, par rapport au caractère formel qu'elle emporte donc l'aspect constitutif des éléments de l'État garde une grande subjectivité, contrôlée par la diplomatie et la politique internationale. Éric WYLER, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État : une approche épistémologique du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 224 – 237.

[1254] Cfr. Judith N. SHKLAR, *The faces of injustice,* New Haven, Yale University Press, 1990, p. 35.

[1255] Voir par exemple, la Résolution 51/197 de l'Assemblée générale relative à la situation au Guatemala, § 8 ; voir également les observations du Comité des droits de l'homme relatives au Pérou du 25 juillet 1996, CPR/C/79/add.67 ; A/51/197, § 347. Voir aussi la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen relative au programme thématique de promotion de la démocratie et des droits de l'homme dans le monde dans le cadre des futures perspectives financières (2007 – 2013) du 25 janvier 2006, COM (2006) 23 final, p. 12.

[1256] Jean D'ASPREMONT, *L'État non démocratique en droit international,* Op. Cit., p. 49.

[1257] Voir les affaires du Massacre de Distomo (GREEK SOUPREME COURT, *Case Distomo, Areios Pagos*, Order of 13 May 2000, n° 11) et Massacre de Civitella (CORTE DI CASSAZIONE, *Affaire Milde*, Arrêt du 21 octobre 2008, déposé le 13 janvier 2009, n° 1072) menées contre l'Allemagne. Avec ces affaires il reste clair que le discours des États non démocratiques est une réalité dans toutes les latitudes, si on part du comportement actuel de quelques États, parmi lesquels se trouvent les plus avancés économiquement comme l'Allemagne, qui a contourné sa responsabilité internationale à l'égard des crimes graves contre la personne humaine, et ont trouvé l'appui à son comportement dans les organismes internationaux, comme celui donné par la CIJ dans l'affaire *relative aux immunités juridictionnelles de l'État.*

volonté étatique[1258]. L'État au sens des droits de l'homme, orienté par les directrices de la souveraineté-obligation, sauvera le corps moral et collectif de sa crise, en recouvrant la confiance perdue en lui des individus.

Enfin, la représentation d'État, marquée par le respect des droits humains et les obligations souveraines que sur lui retombent, n'est plus que l'appui à la notion d'*État-outil* en droit international humaniste.

B. Le renforcement de la notion d'*État-outil* dans le droit international humaniste

Il faut rappeler que l'ordre juridique international proposé avec le droit international humaniste cherche à résoudre la crise vécue tant par le droit international que par l'État-nation, à travers la soumission réelle des États aux obligations de promotion et protection des droits de l'homme[1259].

La notion d'*État-outil* nécessaire pour la mise en place du droit international humaniste, trouve le renforcement pertinent autour de la souveraineté-obligation. Dans le cadre du droit international humaniste, s'imaginer l'*État-outil* sans l'appui de la souveraineté-obligation est impossible.

Sans ce nouveau concept de souveraineté, l'*État-outil* finirait pour être une utopie, et toutes les idées d'évolution pour le droit international s'évanouiraient. En effet, rien de ce qui vient d'être proposé dans le nouvel ordre juridique international humaniste serait possible sans la parfaite articulation de tous ses éléments. La pyramide humaniste, le retour de l'être humain au sommet pyramidal autant que la création du *corpus juris humaniste* à partir de l'établissement d'un nouveau *jus gentium*, ne serait plus viable sans la nouvelle manière de concevoir l'État[1260]. C'est pourquoi la nouvelle manière d'imaginer l'entité étatique dépend de la concrétion du concept capital de souveraineté-obligation.

Par la construction de la souveraineté autour des obligations étatiques, la relation étroite existante entre l'assujettissement de l'État au service des êtres humains et la limitation de son pouvoir à la protection des droits de l'homme devient plus claire. L'un des avantages

---

[1258] Éric WYLER, *Théorie et pratique de la reconnaissance d'État : une approche épistémologique du droit international*, Op. Cit., p. 44.

[1259] On peut voir quelques exemples récents de tribunaux qui ont fait responsables aux États pour le manquement à l'obligation de protection de la population civile. Voir, par exemple, SUPREME COURT OF THE NETHERLANDS, *Sentence 12/03324* et *Sentence 12/03329,* 6 septembre 2013, où l'État néerlandais est condamné pour la mort de trois hommes musulmans dans les opérations à nom des Nations Unies que se sont développées à Srebrenica. Également, DICTRICT COURT OF THE HAGUE, *Case Mothers of Srebrenica Vs. Netherlands,* Arrêt 2014-8562, 16 juillet 2014, où ce tribunal de La Haye a trouvé civilement responsable à l'État néerlandais pour avoir permis, avec leurs troupes, la commission du génocide de plus de 7.000 personnes dans l'enclave bosniaque de Srebrenica, quoique l'affaire fasse seulement référence environ à 320 personnes. Pour savoir plus sur ce massacre voir, Pierre SALIGNON, *Le massacre de Srebrenica*. Revue Humanitaire, 2008, No. 20, Disponible [En ligne] : http://humanitaire.revues.org/273#ftn5http://humanitaire.revues.org/273 - ftn5 (29 septembre 2018) ; Pierre-Yves CONDÉ, *L'affaire du génocide. Bosnie et Serbie devant la Cour internationale de justice ou la dénonciation à l'éprouve du droit international*, Revue droit et cultures, 2009, No. 58, Vol. 2, Disponible [En ligne] : http://droitcultures.revues.org/2126#ftn3http://droitcultures.revues.org/2126 - ftn3 (29 septembre 2018) ; et David ROHDE, *Endgame : the betrayal and fall of Srebrenica, Europe's worst massacre since world war II*, New York, Penguin, 2012.

[1260] Voir *supra* Ière partie, Titre I, Ch. 2, Section 2, § 2, B.

du concept de souveraineté-obligation est celui de faire retourner le pouvoir étatique au chemin de l'humanisation et faire du droit public, autant que du droit international, un serviteur de l'humanité[1261]. Ainsi le renforcement de la notion d'État comme outil de l'être humain et de l'humanité, par le biais de la nouvelle façon de concevoir la souveraineté, est une conséquence nécessaire de l'humanisation du droit international et de la prise en compte des efforts du *jus cogens* pour restituer l'homme comme l'élément essentiel du droit[1262].

L'autre des avantages de la souveraineté-obligation par le renforcement de la notion d'*État-outil* est celui d'aider à la concrétion des objectifs communs de l'espèce humaine, identifiés grâce à la prise de conscience de la population qui se mobilise par toute la planète et découvre la nouvelle réalité globale que l'entoure[1263]. Une prise de conscience révélatrice parce qu'en plus de révéler la crise de l'État-nation, permet aujourd'hui, à travers l'assujettissement étatique aux obligations du *contrat social*, que les *États-outils* puissent répondre de manière pertinente aux besoins globaux de l'humanité.

D'autre part, l'erreur plus catastrophique commise par les États-nations a été la méconnaissance systématique de leurs obligations, autant que l'usage inapproprié de la souveraineté *potestas* pour cacher, et même justifier, leurs abus. C'est ainsi que l'autre des avantages qu'emporte la souveraineté-obligation à la protection des êtres humains, consiste dans le fait qu'une fois effacée l'idée de *potestas* du concept de souveraineté et ajoutée notamment la notion d'obligation à celle-ci, les États ne seront plus à l'abri de la critique et de la sanction internationale ; les gouvernements ne pourront pas continuer à justifier leurs actes contraires aux personnes.

Désormais, l'accomplissement fidèle des obligations étatiques de promotion et protection des êtres humains sera le barème de la communauté humaine globale pour mesurer la légitimité de l'action étatique[1264]. Reconduire la conduite des États au plein et parfait accomplissement de leurs obligations vis-à-vis des êtres humains, à peine de manquer

---

[1261] Christian BEHRENDT et Frédéric BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'État*, Bruxelles, Lancier, 2009, pp. 461 – 504.

[1262] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Os Tribunais internacionais e a realização da justiça,* Op. Cit., pp. 199 – 205. Voir aussi, Ludovic HENNEBEL, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme : entre particularisme et universalisme », Op. Cit., p. 97.

[1263] Jürgen HABERMAS, *Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique*, Op. Cit., pp. 36 – 37.

[1264] On retient ici les idées données par Catherine Colliot-Thélene sur le monopole de la violence légitime dans l'ouvrage collectif intitulé : *La légitimité de l'État et du droit : autour de Max Weber*. Dans cette occasion elle affirme, d'abord, que la pensée de Weber sur l'État « ne vise pas un monopole factuel de la violence, mais la monopolisation de son usage légitime », pour conclure après, que dans les transformations du monde contemporain, déterminées par la globalisation, « l'État n'a plus –mais il n'a jamais eu– le monopole factuel de la violence. Ce qu'il est en passe de perdre est le monopole de la garantie des droits subjectifs ». Étant donné que ces idées semblent pertinentes pour expliquer le contrôle que sur la conduite des États est en train de faire la « communauté humaine globale », laquelle, représentée par quelques organismes de caractère international, par exemple, les tribunaux des droits de l'homme, commencent à mesurer l'action étatique, et à approuver ou réprouver, la manière comment ils résolvent les problèmes dans leur territoire. Catherine COLLIOT-THÉLENE, « La fin du monopole de la violence ? », *in* Michel COUTU et Robert GUY (Dir.), *La légitimité de l'État et du droit : autour de Max Weber*, Paris, LGDJ et Presses de l'Université de Laval, 2006, p. 46. À titre explicatif de ce qui vient d'être écris, on peut citer la Cour IDH, qui par rapport aux processus de réconciliation nationale et l'application de la justice transitionnelle aux acteurs du conflit, a réprouvé et disqualifié les accords de paix qui ont méconnu les droits des victimes, en obligeant aux États à redresser les négociations faites et à corriger les normes juridiques que les contenaient. Voir, COUR IDH, *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Arrêt de fond et réparations, Série C n ° 221, Op. Cit, §§ 243 – 246. Dans le même sens voir, COMMISSION IDH, *Rapport No. 44/00*, Affaire 10.820, Pérou, 13 avril 2000, § 68 ; *Rapport 47/00*, Affaire 10.908, Pérou, 13 avril 2000, § 76 ; *Rapport 55/99*, Affaires 10.815 ; 10.905 ; 10.981 ; 10.995 ; 11.042 et 11.136, Pérou, 13 avril 1999, § 140.

à leur caractère instrumental et perdre leur légitimité, est l'apport le plus important de la souveraineté-obligation à la survie étatique.

Tels sont les avantages principaux que cette idée de la souveraineté amène sur le renforcement de la notion d'*État-outil* ; ces avantages finissent pour améliorer l'accomplissement de l'obligation des États de protéger les individus autant que de garantir les valeurs communes de l'humanité[1265].

[1265] On s'inspire des piliers énoncés dans le document final du Sommet Mondial de 2005 sur la responsabilité de protéger. À savoir, protéger par les États la population contre le génocide, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le nettoyage ethnique, ainsi que contre les incitations à les commettre. Encourager et aider par la communauté internationale les États à s'acquitter de cette responsabilité. Pour enfin, mettre en œuvre par cette communauté les moyens diplomatiques, humanitaires et autres de protéger les populations contre ces crimes ainsi d'être prête à mener une action collective destinée à protéger ces populations, conformément à la Charte des Nations Unies, si un État n'assure manifestement pas la protection de ses populations ; pour parler d'une obligation de protection des individus, étendue à tous les actes contraires aux valeurs communes de l'humanité. UN. GENERAL ASSEMBLY, *2005 World Summit Outcome*, Op. Cit., §§ 138 et 139.

Conclusion Chapitre 2

Bien que Rousseau ait établi que « la volonté générale peut seule diriger les forces de l'État selon la fin de son institution, qui est le bien commun »[1266], on a constaté que cette volonté générale, représentée à travers la souveraineté, a été employée par les États pour méconnaître l'accomplissement d'obligations internationales.

La souveraineté conçue comme *potestas*, a été l'objet de fortes critiques par le fait de trouver son fondement dans le volontarisme de l'État et de servir comme excuse étatique pour ignorer les obligations internationales acquises. Ainsi, la souveraineté est devenue un obstacle pour la promotion et la protection des droits de l'homme, et un appui pour le maintien des incompatibilités des ordres juridiques internes. Autrement dit, la souveraineté a fait de l'État un *Léviathan* qui, en plus de méconnaître les droits, n'a pas peur de perdre la légitimité devant la communauté internationale[1267].

Afin de corriger cette erreur, il est donc proposé un nouveau concept de souveraineté basé sur les obligations qui ont les États vis-à-vis des personnes humaines. Dans ce nouveau concept de souveraineté, l'attention se centre sur l'être humain comme créancier d'obligations étatiques. De cette manière, la souveraineté de l'État est devenue « un instrument au service du droit des peuples »[1268].

Une fois la souveraineté est encadrée par les obligations au lieu que des *potestas*, des avantages à l'égard des êtres humains et de leur protection internationale sont perçus. Le premier avantage, tient compte que si l'existence de l'État dépend de l'accomplissement catégorique d'obligations, il ne peut plus prendre pour excuse la souveraineté pour ses manquements. La souveraineté obligation s'avère ainsi une solution aux manquements systématiques des obligations de promotion et protection des droits humains. Le deuxième avantage de ce nouveau concept de souveraineté, est le renforcement nécessaire de la notion d'*État-outil* dans le droit international humaniste, dans la mesure où le pouvoir étatique se fait retourner au chemin de l'humanisation, pour faire finalement de l'État, un serviteur de l'humanité et non son bourreau[1269].

[1266] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social.* Op. Cit., p. 135.
[1267] Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogations sur un concept en crise*, Op. Cit., p. 130.
[1268] Madjid BENCHIKH, « Souveraineté des États, droits des peuples à l'autodétermination et droits humains », Op. Cit., p. 27 ; et Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, *Droit international et souveraineté des États*, Op. Cit., pp. 68 – 70.
[1269] Christian BEHRENDT et Frédéric BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'État*, Op. Cit., pp. 461 – 504.

CONCLUSION TITRE II

Le droit international humaniste, tel que proposé, trouve son appui dans deux éléments fondamentaux. L'*État-outil* et ses fonctions, et le nouveau concept de souveraineté.

En ce qui concerne l'*État-outil*, il y a une transformation essentielle à faire sur les fonctions des entités étatiques. Le droit international humaniste a besoin que les États ne soient plus un obstacle pour la promotion, la protection, mais surtout, la garantie des droits humains[1270]. Pour ce nouveau droit international, il faut que l'État, à partir de ses fonctions, soit au service de la satisfaction des besoins de l'humanité dans son ensemble ainsi que des droits des êtres humains[1271].

C'est pourquoi la fonction régalienne de la protection du territoire étatique doit être réalisée dans le but de faire des territoires étatiques l'espace du développement de l'être humain, comme membre de la communauté humaine globale, sans tenir en compte aucun critère de nationalité, mais à partir d'une cosmovision humaniste, et afin de réussir l'épanouissement de tous les êtres humains[1272]. Du même, la fonction régalienne du maintien du pouvoir public doit se plier au service des personnes humaines comme sujets de droits[1273]. Sur le sujet, on compte déjà avec un fondement juridique dans plusieurs Constitutions des États américains, africain, asiatiques et européens, reconnaissant que les autorités étatiques sont là, pour la garantie des droits non pas pour les citoyens, mais pour l'être humain[1274]. On doit profiter ce fondement juridique et l'en renforcer.

D'autre part, les fonctions sociales de l'État de protection et de garantie du bien-être de la population, doivent se détacher de l'idée de ressortissant pour s'insérer dans une notion large de l'individu, afin de faire du territoire étatique l'endroit où n'importe quelle personne peut voir assurés ses droits[1275].

La souveraineté doit permette que chaque État soit obligé à devenir un exécuteur des politiques humaines à niveau globale[1276]. La souveraineté ainsi comprise doit devenir en source d'obligations étatiques à l'égard de la communauté humaine, afin de faire primer dans l'action étatique les considérations fondamentales d'humanité sur les raisons d'État[1277]. La souveraineté comme une obligation, est un instrument du droit international humaniste, grâce auquel on réinterprète le contrat social, redirigeant les pouvoirs étatiques vers l'humain et l'humanité. Il en est ainsi qu'on détermine que la raison d'être du souverain et la promotion

---

[1270] Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogations sur un concept en crise*, Op. Cit., p. 130.
[1271] Gerhard HAFNER, *The emancipation of the individual from the state under international law*, Op. Cit., pp. 352 – 368 et 402 – 428 ; et Jean SPIROPOULOS, *L'individu et le droit international*, Op. Cit., p. 246.
[1272] Suzy HALIMI, *A new humanism? Heritage and future prospects*, Op. Cit., p. 316 ; et Jürgen HABERMAS, *The Postnational Constellation : Political Essays*, Op. Cit., pp. 10 – 14.
[1273] Robert KOLB, « Société internationale ! Communauté internationale ? », Op. Cit., p. 80.
[1274] Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Aubier, 2003, pp. 88 – 90.
[1275] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Op. Cit., p. 90 ; Émile DURKHEIM, *Le contrat social de Rousseau*, Op. Cit., p. 75 ; Stephen Myron SCHWEBEL, *Discours prononcé devant l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies réunie en session plénière le 26 octobre 1999*, Op. Cit., p. 2 ; et Mireille DELMAS-MARTY, *Les processus de mondialisation du droit*, Op. Cit., p. 64.
[1276] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Op. Cit., pp. 152 et 156 ; et Franck TINLAND, *Droit naturel, loi civile et souveraineté*, Op. Cit., pp. 166 – 167.
[1277] Péter KOVÁCS, « Raison d'État et droit international », Op. Cit., pp. 91 – 93 ; et Paul DE VISSCHER, *Cours général de droit international public*, Op. Cit., p. 103.

et la protection des droits, en revendiquant la personne humaine comme créancier d'obligations étatiques[1278]. Tout cela, dans l'objectif de donner une solution aux continus, progressifs et systématiques manquements étatiques vis-à-vis des droits humains.

La souveraineté-*obligation* devient le complément nécessaire pour la notion d'*État-outil*. Ces deux concepts donnent lieu au binôme juridique essentiel pour faire du droit international humaniste une solution appropriée et réalisable pour surmonter la crise actuelle de l'ordre juridique international.

[1278] Theodor MERON, *International Law in the Age of Human Rights,* Op. Cit., p. 325.

DEUXIÈME PARTIE :

LE DROIT INTERNATIONAL HUMANISTE, UNIVERSALISATION RÉELLE DES DROITS DE L'HOMME

Le droit international humaniste tel que développé, fondé à la fois sur l'importance de l'individu et sur la prise en compte des intérêts de l'humanité, a permis jusqu'ici la reconstruction du système juridique international autour de l'identification des valeurs communes de l'humanité, en sauvant et préservant la survie de l'État à travers le changement conceptuel de sa souveraineté, et par l'assujettissement de ses fonctions au bonheur de la personne humaine autant qu'au bien-être de la communauté humaine globale.

Néanmoins, il reste encore l'examen de tout le développement du droit international humaniste dans le champ opératoire car, l'identification des valeurs communes rend impérative l'analyse de *l'universalisation des droits de l'homme comme résultat premier de ce nouvel ordre juridique international (Titre I)*. Il en est de même de l'examen du *contrôle de conventionnalité exigé, en tant que mécanisme principal du droit international humaniste, dans le processus d'universalisation des droits de l'homme (Titre II)*.

TITRE I : L'universalisation des droits de l'homme : le résultat du droit international humaniste

L'identification progressive des valeurs communes de l'humanité démontre le caractère universel des êtres humains. Les transformations vécues par la société grâce à la globalisation mettent en exergue l'universalité des personnes humaines et *le processus d'universalisation de leurs droits de l'homme dans tous les champs (Chapitre 1)*. Il s'agit d'une réalité indéniable, laquelle, malgré son importance, n'est pas encore admise dans tous les ordres juridiques. Cependant, le dialogue des juges, l'interaction des sources juridiques ainsi que le partage croissant des idées à l'égard de la protection des individus[1279], favorise *l'intégration continue des règles et des principes des droits de l'homme aux droits internes, devenant en cela une preuve de l'universalisation de ces droits (Chapitre 2)*.

[1279] Francis JACOBS, *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal System : The European Court of Justice*, Texas International Law Journal, 2003, Vol. 38, pp. 547 – 556 ; Angela DI STASI, *The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights : Towards a "Cross Fertilization" ?*, Ordine internazionale e diritti umani, 2014, No. 1, pp. 97 – 111.

Chapitre 1 : Le processus d'universalisation matricielle des droits de l'homme

La reconnaissance permanente de nouveaux droits humains, à travers les instruments internationaux ainsi que les mécanismes de protection, tous inspirés de l'origine anthropocentriste du droit, fait preuve d'une évolution de *la reconnaissance universelle des droits de l'homme de plus en plus distendue de la volonté étatique (Section 1)*, et d'un processus de transformation juridique du droit international, qui transite *de la protection étatique vers la protection universelle des droits de l'homme (Section 2)*.

Section 1 : De la reconnaissance universelle des droits de l'homme non soumise à la volonté étatique

L'analyse de *la conception anthropocentriste du droit (§ 1)* fait redécouvrir l'indiscutable, en ce d'abord, que la sociabilité de l'homme et l'espoir de vivre ensemble sont une condition humaine, et ensuite, que cette condition a historiquement déterminé l'agir des individus et les constructions juridiques qui ont été faites à son propos. La conclusion capitale qui en découle, est que *l'humain, par sa substance, est un être universel qui est par conséquent, un sujet de protection aussi universelle dans tout le système juridique international (§ 2)*, dans lequel, aucun obstacle ou désaccord étatique tendant à leur agression n'est valable.

§ 1 : La conception anthropocentriste du droit

La conception anthropocentriste du droit est sous-jacente à la thèse contractualiste de la formation de l'État. Les normes juridiques comme création des individus sont toujours guidées par le but de garder et protéger leurs droits. D'après la thèse contractualiste, l'État est l'effet d'un accord contractuel entre ses membres ; aucune association humaine n'est un fait immédiat, elle est toujours déterminée par la volonté et les désirs de ses membres faisant ainsi de *l'être humain, le seul créateur de l'État comme du droit (A)*.

Selon André Clair, « l'élément est premier par rapport au tout ; c'est donc aux individus vivant les uns près d'autres –mais non pas avec les autres– qu'ils reviennent de construire un monde humain, régi par des règles qu'ils se seront données, sous une instance dont ils sont seuls les agents et les auteurs »[1280]. Or, si les êtres humains précèdent l'État, cette circonstance les rend plus importants que celui-ci car, ils se sont unifiés sous l'instance de la volonté générale pour vivre ensemble selon des principes communs qui, *en plus de donner naissance à l'entité étatique, l'assujettissent à eux en permanence (B)*[1281].

A. L'être humain comme créateur de l'État et du Droit

La création étatique, et par corollaire le développement du Droit, a été définie d'abord par *la motivation de vivre ensemble (I)* –motivation qui accompagne la sociabilité naturelle

[1280] André CLAIR, *Droit, communauté et humanité,* Paris, Cerf, 2000, p. 34.
[1281] Ibid., p. 35.

des individus–, et ensuite, *par des normes et valeurs communes chez les hommes qui ont guidé l'acte de fondation de l'organisation politique étatique (II)*.

I. La motivation de vivre ensemble, origine de l'État

La question de vivre ensemble est déterminante pour comprendre les origines téléologiques de l'entité étatique. L'homme comme être social voit dans la société l'endroit pour s'épanouir. Pour André Clair, la naturelle sociabilité de l'homme fait de la société sa référence normative et axiologique[1282], grâce à laquelle l'homme, partant de l'individuel pour arriver au politique, a pu réussir l'acte de fondation de l'État. « La vie politique est alors le fruit d'une volonté créatrice agissant dans le devenir et même faisant l'histoire ; l'action d'organiser la vie sociale dans une histoire dont l'homme est le principe, est une œuvre quasi divine »[1283].

La vie politique a mis l'homme dans une alternative dans laquelle c'était la volonté générale qui devait choisir ou bien de se rendre au chaos de l'état de nature, ou bien de construire un ordre social réglé qui soit l'origine première de ses normes. Le choix s'est ainsi incliné vers la dernière option, et l'organisation politique a vu ses jours telle qu'on la connaît aujourd'hui : comme le fruit de la volonté et le désir de l'être humain de vivre en communauté, à l'idée d'avoir une vie en commun régie par des normes et valeurs.

D'après Marc Abélès, interprétant l'anthropologie politique développée par Pierre Clastres[1284], la motivation du vivre ensemble a amené les hommes à construire un ordre social organisé soit par l'idée traditionnelle occidentale de l'entité étatique, soit par l'idée alternative d'autres sociétés, comme celles de l'Amazonie, où le pouvoir n'est pas synonyme de coercition et la relation de commandement n'y est pas opératoire[1285]. Néanmoins, ces deux idées ne sont différentes que nominativement, parce que dans leur champ opératoire elles se ressemblent pour avoir un point commun de rattachement : la téléologie de la protection et la garantie du bien-être de la communauté formée par les hommes.

L'individu a été toujours séduit par l'intérêt de trouver le bonheur et le bien-être. Il a essayé dans toutes les latitudes les diverses formes d'organisation politique, à partir d'une pratique d'essai-erreur, pour réussir le même et le seul objectif de trouver le bonheur[1286]. Quel que soit le type d'organisation politique choisie et développée par l'homme dans un endroit spécifique, elle aura une identité téléologique commune avec les organisations politiques développées ailleurs car, toutes sont motivées par le même esprit. Derrière n'importe quelle organisation politique se trouve toujours l'individu et son désir d'avoir un ordre réglé pour réussir le bonheur et le bien-être du groupe rassemblé. La pensée d'occident a choisi l'organisation étatique pour accomplir cette finalité. Autrement dit, elle a voulu avec ce choix satisfaire les besoins de l'homme ainsi que réussir son développement. Rien d'autre n'a justifié la cession des pouvoirs individuels.

[1282] Ibid., p. 36.
[1283] Ibid., pp. 37 et 38.
[1284] Il s'agit des idées développées principalement dans les ouvrages intitulés : Pierre CLASTRES, *La société contre l'État,* Paris, Minuit, 1974, et Pierre CLASTRES, *Recherches d'anthropologie politique*, Paris, Seuil, 1980.
[1285] Marc ABÉLÈS, *Penser au-delà de l'État*, Paris, Belin, 2014, p. 25.
[1286] Voir *supra* Ière partie, Titre II, Ch. 1, Section 2, § 2.

L'être humain comme créateur de l'État a voulu avec celui-ci l'accomplissement de finalités bien précises, lesquelles ont déterminé le caractère anthropocentriste du droit crée par l'organisation politique, telles que la vie en commun et le bonheur des associés. Cependant et malgré la téléologie qui a marqué l'action sociale des individus, l'entité étatique, dans la pratique normative, s'est écartée des hommes, méconnaissant l'essentielle connotation anthropocentriste qui a motivé la création de la machine étatique. Dans son sein, pour reprendre Michel Foucault, tout est devenu une « mécanique du pouvoir »[1287].

Pour Foucault, en effet, la création humaine de l'État fondée sur la théorie de la souveraineté est devenue une question de domination, où le droit est d'une manière générale son instrument. Grâce au droit, derrière les rapports de souveraineté se masquent les rapports de domination, les assujettissements multiples qui ont lieu et qui fonctionnent à l'intérieur du corps social[1288]. Suivant la pensée foucaldienne, la conséquence d'avoir méconnu la conception anthropocentriste de l'État et du droit a été la création d'une « société de normalisation »[1289], qui a perdu de vue l'individu comme le sujet de référence essentielle de la construction juridique, le réduisant à un objet de régulation normative, dont la vie des hommes beaucoup plus que le droit est devenu l'enjeu des luttes politiques, même si celles-ci s'expriment à travers affirmations de droit[1290]. Ainsi, la conception anthropologique qui a défini la création de l'État –celle de garder et protéger le droit à la vie, au corps, à la santé, au bonheur, à la satisfaction des besoins–, est devenue incompréhensible pour le système juridique classique[1291].

Le retour d'*Anthropos* ou plutôt le retour aux conceptions anthropocentristes qui ont déterminé l'homme comme créateur de l'État et du droit, permettra le grand retour de l'humain à la scène juridique par un processus de subjectivation, dont la raison mise au service de la vie, place le commun au centre de ses préoccupations, et où l'universel peut être pensé à travers l'humain[1292], en arrivant de nouveau aux normes et valeurs communes qui ont guidé l'acte de fondation étatique.

II. L'acte de fondation guidé par des normes et valeurs communes

Bien que soit valable l'intention foucaldienne de faire une analyse des rapports de pouvoir à partir des tactiques de domination en s'éloignant du modèle du *Léviathan,* de « l'homme artificiel, à la fois automate fabriqué et unitaire, qui enveloppe tous les individus réels, et dont les citoyens seraient le corps, mais dont l'âme serait la souveraineté »[1293], on

---

[1287] Michel FOUCAULT, *Dits et écrits II*, Paris, Gallimard, 2001, p. 185.
[1288] Selon Foucault, la théorie initiale de la souveraineté « est liée à une forme de pouvoir qui s'exerce sur la terre et les produits de la terre beaucoup plus que sur les corps et ce qu'ils font. La théorie de la souveraineté, c'est ce qui permet de transcrire en termes juridiques des obligations chroniques et discours de redevances, ce n'est pas ce qui permet de coder une surveillance continue ; c'est une théorie qui permet de fonder le pouvoir autour et à partir des systèmes continus et permanents de surveillance ». Ibid., p. 178 et 186.
[1289] Ibid., p. 188.
[1290] Michel FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, p. 191
[1291] D'après Foucault, « le droit à la vie, au corps, à la santé, au bonheur […] à retrouver ce qu'on est et tout ce qu'on peut être, ce droit si incompréhensible pour le système juridique classique, a été la réplique à toutes ces procédures nouvelles de pouvoir qui, elles non plus, ne relèvent pas du droit traditionnel de la souveraineté ». Ibid.
[1292] Marc ABÉLÈS, *Penser au-delà de l'État*, Op. Cit., pp. 51 – 59.
[1293] Michel FOUCAULT, *Dits et écrits II*, Op. Cit., p. 184.

croit que le modèle contractualiste fondé sur l'automate, ou sur le corps moral et collectif, est encore admissible pour expliquer comment l'acte de fondation de l'entité étatique a été guidé en principe par un *ethos* de vivre en commun selon des normes et valeurs[1294].

L'homme en tant qu'être politique est naturellement fait pour vivre en société avec des êtres à la fois semblables et différents. L'homme est un être éthique, qui se conduit par un *ethos*[1295]. D'après Aristote l'*ethos* se définit comme une disposition ou une habitude à faire quelque chose, un choix ou une manière d'agir délibérée, consistant en une médiateté relative ou une droite règle, qui se détermine rationnellement et se considère une vertu éthique[1296]. Or, l'*ethos* comme disposition habituelle à se conduire selon une règle, est intrinsèquement lié au bien vivre et à la vertu[1297].

L'*ethos* ou la vertu d'Aristote permet de comprendre comment l'individu, à partir de sa rationalité, arrive à l'équilibre social, et sort des vices tels qu'il les avait dans l'état de nature[1298], pour donner naissance aux organisations politiques et satisfaire la sociabilité naturelle de l'homme dans un ordre universellement réglé. Ainsi donc, l'acte de fondation des organisations politiques –telle que l'entité étatique– permet aux hommes d'avoir un bien vivre à travers les actions guidées par la vertu, où se trouvent des valeurs universellement partagées par les hommes, qui déterminent l'ordre réglé. De cette manière, la vie en société s'appuie sur des valeurs qui sont des « sentiments de sociabilité » rendant possible une vie en commun, pacifique et sensée[1299].

Les valeurs qu'une société civile requiert universellement pour être viable et qui sont fixées par le souverain, le peuple, se retrouvent dans les instruments des droits de l'homme de caractère universel (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et Déclaration universelle des droits de l'homme) et qui ont peu à peu inspiré la protection des individus dans tous les ordres juridiques[1300].

Les deux premières valeurs qui ont guidé l'acte de fondation de l'organisation politique ont été la liberté et l'égalité des individus. En effet, la Déclaration de 1789 évoque dans son premier article la liberté et l'égalité, en tant que valeurs endogènes reconnues à tous les hommes. Ces valeurs autorisent les distinctions humaines dans la société seulement par des raisons d'utilité commune. Sur ces valeurs, André Clair précis, par rapport à la liberté, qu'il s'agit d'une question métaphysique et éthique, de l' « affirmation d'une dignité de l'homme comme un être qui a sa valeur et sa fin en soi-même, ou encore qui est absolu », due à la circonstance que « tout être humain a des caractéristiques et des propriétés telles que, par sa

---

1294 André CLAIR, *Droit, communauté et humanité,* Op. Cit., p. 51.
1295 ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque,* Op. Cit., IX, 9, 1169 b, 15 – 20, pp. 461 et 462.
1296 Ibid., II, 6, 1-5, p. 106.
1297 André CLAIR, *Droit, communauté et humanité,* Op. Cit., p. 51.
1298 Selon Aristote, il y a deux types de vices, l'un par excès et l'autre par défaut. En conséquence, les hommes rationnels doivent agir avec tempérance, éloignés des excès et défauts étant donné que la vertu est donc une sorte de médiateté, parce qu'elle vise le moyen. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque,* Op. Cit., II, 9, 1109 a, 20-25, p. 115.
1299 André CLAIR, *Droit, communauté et humanité,* Op. Cit., p. 55.
1300 Ibid., p. 56. Depuis le début, et en suivant l'esprit rousseauien, l'article deux de la Déclaration de 1789 a soumis la viabilité de toute organisation politique à la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ainsi « pourvu par essence des droits imprescriptibles, l'homme ne peut vivre décemment en société que pour autant que celle-ci respect ses droits, voire contribue à les préserver. Xavier PRÉTOT, « Article premier », *in* Gérard CONAC, Marc DEBENE et Gérard TEBOUL (Dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : Histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993, p. 71.

volonté et sa raison, il est d'une nature originale et irréductible »[1301]. En ce qui concerne l'égalité, il explique qu'elle doit être considérée comme la balance de la liberté, dans la mesure où elle « devient la condition d'un passage correct de l'état de nature, comme état d'indépendance et autonomie, à l'état civil où, toute instance extérieure et transcendante étant récusée, la seule instance possible est celle qu'instituent les hommes en s'associant par un pacte »[1302]. En d'autres termes, « la liberté requiert de l'égalité comme sa condition d'effectuation »[1303], puisque « l'important pour la vie sociale, c'est que l'égalité, antagoniste de la liberté en tant qu'elle met en question son caractère absolu, soit aussi l'élément qui puisse conforter la liberté en l'instituant réellement »[1304].

Cependant, la Déclaration de 1789 n'a pas prévu que les valeurs de liberté et d'égalité sans la fraternité, demeurent face à face et en concurrence[1305]. C'est pourquoi la Déclaration universelle de 1948 dans son article premier, inspirée par le préambule de la DADDH[1306], en sus de réaffirmer ces deux valeurs, a ajouté un troisième, en précisant que les humains doués de raison et de conscience doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité. Ce qui conduit, désormais, pour reprendre la formule de René Cassin, à l'affirmation d'une solidarité de tous les êtres humains autant qu'à « l'unité de la famille humaine »[1307].

Avec ces trois valeurs –liberté, égalité et solidarité universelle–, l'individu est capable de vivre dans la vertu, de trouver la droite règle pour avoir un bien vivre, d'avoir une vie en commun modérée, respectueuse et solidaire avec les droits d'autrui, sans les excès ou les vices que la liberté absolue de l'état de nature lui donnait. En d'autres mots, avec ces trois valeurs communes, les individus sont capables de vivre en justice. Ceci est réaffirmé par l'évocation à la justice qui fait la Déclaration de 1948 dans son préambule (§1), en exprimant que l'égalité des droits inaliénables des hommes constitue le fondement de la liberté, la justice et la paix dans le monde.

Il faut préciser que la justice cherchée par le respect de l'égalité des droits, aujourd'hui s'entend comme n'étant pas fondée sur l'égalité devant la loi dont toutes les personnes sont traitées sans distinction. Au contraire, l'évocation de la justice dans la Déclaration de 1948 a été interprétée par le droit international comme une affirmation de la reconnaissance des différences entre les humains afin de réussir un traitement juste grâce à la discrimination positive des personnes dans la société[1308]. Par exemple, la Cour IDH dès 1984 a affirmé qu'il y a des inégalités de fait que doivent avoir des inégalités juridiques pour y arriver à la justice, que les inégalités juridiques peuvent en tout cas être des véhicules pour réussir la justice et

---

[1301] André CLAIR, *Droit, communauté et humanité,* Op. Cit., p. 58.
[1302] Ibidem.
[1303] Ibidem.
[1304] Ibid., p. 62. Xavier Prétot complémente l'idée d'André Clair, en affirmant que la liberté constitue « l'un des attributs essentiels de l'individu, qui le caractérise dans l'état de nature comme dans l'état social », et l'égalité quant à elle, ne constitue que « l'une des conditions nécessaires à la préservation dans l'état de société des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». Xavier PRÉTOT, *Article premier*, La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, Op. Cit., p. 72.
[1305] André CLAIR, *Droit, communauté et humanité,* Op. Cit., p. 66.
[1306] En effet, la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme du 2 mai 1948, dans le paragraphe 1 de son préambule, a tenu en compte cette troisième valeur, en affirmant que : « tous les hommes naissent libres et égaux du point de vue de leur dignité et de leurs droits, et comme ils sont dotés par la nature de raison et de conscience, ils doivent se conduire fraternellement, les uns envers les autres ».
[1307] René CASSIN, *La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme,* Op. Cit., p. 277.
[1308] Sébastien TOUZÉ, *Le principe d'égalité devant la loi. Regard de l'internationaliste*, Revue générale de droit international public, Paris, Pedone, 2014, Vol. 118, No. 3, pp. 567 – 582.

protéger les plus faibles[1309]. Pour sa part, et dans le même esprit de justice, la Cour EDH a bien reconnu que l'égalité des droits veut que des situations analogues ne soient pas traitées de manière différente et que des situations sensiblement différentes ne soient pas traitées de manière égale[1310]. En conséquence, l'acte de fondation de l'État guidé par les valeurs de liberté, égalité et solidarité universelle, soumet l'existence et l'action de l'entité étatique à l'être humain.

B. La soumission étatique à l'être humain, malgré tout

Le retour à la conception anthropocentriste du droit conduit ainsi à la question de la soumission étatique à l'être humain. Bien que des théologiens du XVIe siècle, comme Vitoria et Suarez, aient déjà souligné que les droits naturels s'imposent aux puissances coloniales parce qu'ils relevaient du *jus inter gentes*, force est de constater que la reconnaissance des droits de l'homme en tant qu'universels ne s'est faite que très lentement[1311]. L'une des causes principales de cette lenteur fut la montée du nationalisme autant que du pouvoir absolu et incontrôlable de l'entité étatique de se comporter, dans ses affaires extérieures comme dans ses affaires internes, selon son bon plaisir et sans autres restrictions que celles qu'elle a volontairement acceptées[1312]. La preuve de ce phénomène est « le Pacte de la Société des Nations [qui] ne mentionne nulle part le principe général des droits de l'homme : il reste imprégné de la souveraineté des États et il fait reposer le droit international sur les seuls États »[1313].

Cependant, l'histoire du droit international montre que le « principe raisonnable » des hommes[1314], malgré les cessions que le droit international a fait au volontarisme étatique, a permis toujours de garder la raison. Grâce à cela, on a connu quelques progrès par rapport à l'assistance internationale des individus. René Cassin dans son cours dispensé à l'Académie de droit international de La Haye de l'été de 1951, les a résumés ainsi : l'individu s'est vu reconnaître par la communauté internationale, pour défendre ses intérêts lésés par l'État, le droit d'accès direct à certaines juridictions internationales[1315].

Par ailleurs, et malgré le texte du Pacte de la SdN, la notion d'un droit commun international des libertés individuelles ne fut pas absente de préoccupations de l'époque ; elle a pu trouver une base conventionnelle dans la partie XIII du Traité de Versailles qui contient la Charte de l'Organisation internationale du travail (OIT). De même, l'article 23 du Pacte de la SdN ainsi que les conventions subséquentes des mandats, ont instauré un système de protection internationale des populations des pays sous mandat, et plus en général, des pays

---

1309 COUR IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Avis consultatif OC-4/84, 19 janvier 1984, § 56.
1310 COUR EDH, *Affaire Thlimmenos Vs. Grèce*, Requête nº 34369/67, 6 avril 2000, § 44.
1311 Albert VERDOODT, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, Louvain, Société d'études morales, sociales et juridiques, Nauwelaerts, 1964, p. 35.
1312 Ibidem.
1313 René CASSIN, *La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme,* Op. Cit., p. 246.
1314 D'après Aristote, le « principe raisonnable » se définit comme la partie de l'âme des humains qui possède la raison et les exhorte avec rectitude à accomplir toujours les plus nobles actions. Il se trouve souvent confronté à la partie irrationnelle des hommes mais grâce aux vertus intellectuelles et morales il arrive à faire primer la raison. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque,* Op. Cit., I, 13, 1102 b, 15 – 1103 a, 5, pp. 84 – 86.
1315 Il parle concrètement de l'accès direct à la Cour internationale des prises, la Cour du Centre Amérique et aux tribunaux arbitraux mixtes institués en vertu de l'article 304 du Traité de Versailles. René CASSIN, *La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme,* Op. Cit., p. 246.

où les libertés personnelles les plus élémentaires n'étaient pas garanties. Des dispositions protectrices des minorités nationales, raciales ou linguistiques ont été insérées dans les traités reconnaissant les États européens nouveaux ou ceux qui se sont agrandis[1316].

La création des Nations Unies et l'adoption de la Charte de San Francisco le 10 décembre 1948 sont, peut-être, deux des évènements juridiques les plus importants du XXe siècle pour réaffirmer la soumission étatique aux humains, étant donné que les droits et libertés de l'homme proclamés sont confiés à tous les individus et à tous les organes de la société, y compris les États, afin « *d'en assurer, par des mesures progressives d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelle et effective* »[1317].

De plus, tel qu'il a été renseigné par René Cassin, ces instruments ont fait sentir, d'abord, le besoin général d'agir, de rechercher comment « le droit de la société universelle des hommes, la communauté juridique du genre humain peuvent fournir protection et garantie aux libertés fondamentales des individus qui la composent »[1318]. Aussi bien que de « rechercher comment sur la base de ces instruments, les communautés plus restreintes, groupes d'États et États, peuvent franchir les premières étapes en vue d'atteindre à une reconnaissance et à un *respect effectif et universel* plus complet des droits de l'homme »[1319]. Ensuite, la création au cours de la dernière décennie d'autres instruments internationaux relatifs au droit international des droits de l'homme et au droit international humanitaire a contribué, de manière décisive, à démontrer le contact constant des individus avec le droit international[1320].

Avec cette idée, il a été réaffirmé que les personnes autodéterminées par la raison ont voulu par le biais de l'entité étatique matérialiser l'aspiration à la liberté à l'égard des puissances étrangères et des détenteurs nationaux du pouvoir. La soumission de l'État à l'être humain est indiscutablement liée à la téléologie de la formation étatique, autant qu'à la souveraineté conçue comme un moyen de protéger les populations contre tout ce qui peut gravement perturber son progrès, son développement et son bonheur[1321].

L'aspiration de liberté et de protection qui a servi de motivation pour la création étatique, constitue un ressourcement perpétuel du contenu et de l'exercice de l'action souveraine de l'État, qui s'il a bien été parfois écarté, reprend aujourd'hui son importance avec le phénomène de l'émancipation de l'individu vis-à-vis de son propre État. On est sans doute devant le rétablissement historique de la personne humaine comme sujet du droit des nations[1322]. Cependant, dans la pratique le rétablissement de la personne humaine dans le scénario juridique international n'est plus que l'assujettissement de l'entité étatique à la téléologie qui a inspiré sa création.

La soumission de l'État à l'être humain reflète la vision humaniste que doit avoir le droit international, et met plus en évidence la réalité de la communauté humaine globale basée sur des fondements jus naturalistes, dont « l'être humain plutôt que l'État, le bien-être humain

---

1316 Il s'agit des États comme la Pologne, l'ancienne Tchécoslovaquie et la Roumanie. Ibidem.
1317 Ibid., p. 242
1318 Ibid., p. 243.
1319 Ibid., pp. 243 et 244.
1320 Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine,* Op. Cit., p. 152.
1321 Madjid BENCHIKH, « Souveraineté des États, droits des peuples à l'autodétermination et droits humains », Op. Cit., p. 27.
1322 Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine,* Op. Cit., p. 150.

plutôt que l'intérêt national, et la raison humaine plutôt que la raison d'État »[1323]. Ces fondements sont tous propices pour mettre en l'exergue l'idée de l'être humain comme être universel et sujet de protection aussi universelle.

§ 2 : L'être humain reconnu comme être universel et sujet de protection aussi universelle

L'universalité de l'être humain a eu un détonant très important dans la deuxième moitié du XXe siècle. Il s'agit de la fixation conceptuelle des droits de l'homme dans le droit international. Cette fixation conceptuelle a été suivie par *le développement progressivement universel des droits de l'homme dans tous les hémisphères (A)*, et par sa *correspondante juridictionnalisation et contrôle dans l'ordre régional et l'ordre universel (B)* ; confirmant à nouveau, que le sujet de la protection des droits de l'homme est chaque fois moins soumis à la volonté étatique et plus dépendant de la communauté humaine globale.

A. Le développement progressivement universel des droits de l'homme

Malgré l'importance juridique et historique de la Déclaration de 1789 et son désir universel, c'est à partir de la Déclaration du 10 décembre 1948, que la connotation d'universalité des droits de l'homme commence à avoir une signification réelle dans l'ordre juridique international, avec l'évocation d'un esprit de solidarité universelle dans les actions des êtres humains. Néanmoins, la connotation d'universalité des droits de l'homme ne traduisait à l'origine qu'une universalisation toute théorique[1324]. Il a fallu attendre quelques années pour la mise en œuvre progressive de l'universalité des droits humains ; d'abord, par le triptyque de la Déclaration de 1948, les deux pactes de 1966, et leurs protocoles, établissant une *« Charte internationale des droits de l'homme » (I)*, et ensuite, par l'enrichissement permanent de la protection universelle via la formation d'instruments juridiques et sectoriels donnant corps à ce qui peut se traduire en un *« code international des droits de l'homme » (II)*.

I. Par l'établissement d'une « Charte internationale des droits de l'homme »

Grâce à la conception anthropocentriste du droit, l'humain peut se considérer un véritable être universel qui a fait des efforts et sacrifices pour trouver le bien-être et le bonheur à travers l'identification des valeurs communes qui les ont rassemblés. Ces valeurs communes, en plus de marquer son universalité, ont déterminé le cadre juridique de sa protection, au début international, mais de plus en plus universel, c'est-à-dire allant au-delà de la protection donnée par un groupe d'États et en faisant plus référence à la protection donnée par la communauté humaine en général.

Reconnaître l'universalité des droits des humains ainsi que de leur protection universelle a été une entreprise ayant connu des moments d'épanouissement et de contrainte. Cependant, la protection universelle a été « l'idéal commun à attendre par tous

---

[1323] Ibid., 28.
[1324] Paul TAVERNIER, *L'O.N.U. et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 379.

les peuples et toutes les nations »[1325]. L'universalité commence à prendre forme à partir du 10 décembre 1948 lorsque l'Assemblée générale des Nations Unies, réunie à Paris, adopte la DUDH, qui désormais est considérée comme le « premier volet d'une future « Charte internationale des droits de l'homme » dont la valeur serait juridique aussi bien que morale »[1326].

La Charte internationale, encouragée par le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tel qu'il avait été envisagé par le Conseil économique et social (ECOSOC) et sa Commission des droits de l'homme (Commission DH), se compose ainsi, de trois volets différents : « d'une déclaration de principes généraux, ayant valeur morale, [des] pacte[s] distinct[s], qui [auraient] force obligatoire pour les États [les] ayant ratifié[s], et des dispositions de mise en œuvre »[1327]. Comme bien l'a expliqué René Cassin, « l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme ne résulte pas seulement de la proclamation de la Déclaration de 1948. Elle a été développée de manière exemplaire dans une série impressionnante de textes qui se situent tous dans la perspective de l'universalité »[1328], dont l'esquisse, aux dires d'Emmanuel Decaux fut par ailleurs pensée antérieurement[1329].

Le premier volet est constitué par la DUDH qui a connu une destinée remarquable bien que critiquable, fruit d'un compromis à l'égard de la notion des droits de l'homme entre les conceptions libérales et occidentales, et les conceptions marxistes et socialistes, malgré sa connotation individualiste[1330]. Grâce à ces conceptions la DUDH depuis son adoption a exercé une large influence dans l'évolution du droit international contemporain, devenant la source d'inspiration de Constitutions et de lois nationales, ainsi que des Conventions relatives à divers droits particuliers[1331].

Dans le deuxième volet se trouvent les deux Pactes internationaux concernant les droits civils et politiques d'une part (PIDCP), et les droits sociaux, économiques et culturels, d'autre part (PIDESC). Avec ces pactes, l'Organisation des Nations Unies « s'attela à une tâche encore plus difficile : traduire lesdits principes [généraux] en dispositions conventionnelles imposant des obligations juridiques aux États qui les auraient ratifiées »[1332]. Les deux pactes furent confectionnés dans leur ensemble d'abord à la Commission DH, puis à la Troisième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, trouvant leur adoption le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale, mais leur entrée en vigueur que dix ans plus tard, après le nombre minimum de 35 ratifications atteignent à cet effet[1333].

[1325] UN, *La Charte internationale des droits de l'homme : Déclaration universelle des droits de l'homme, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et Protocole facultatif*, New York, Nations Unies, 1978, p. 1.
[1326] Ibidem.
[1327] Ibidem.
[1328] Paul TAVERNIER, *L'O.N.U. et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 380.
[1329] Selon l'auteur, « dès la fin des années 1940, un plan de travail a été esquissé par les membres de la Commission des droits de l'homme, à travers les trois volets : une phase déclaratoire, un instrument conventionnel, un régime de garanties ». Emmanuel DECAUX, « « Ne tirez pas sur le pianiste », droit international public et progrès des droits de l'homme », *in* Jean-François AKANDJI-KOMBÉ (Dir.), *L'homme dans la société internationale : Mélanges en hommage au professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 619.
[1330] Paul TAVERNIER, *L'O.N.U. et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 379.
[1331] UN, *La Charte internationale des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 1.
[1332] Ibid., p. 2.
[1333] Ibidem. L'article 27 du PIDESC et l'article 49 du PIDCP prévoient que leur entrée en vigueur aurait lieu trois mois après le dépôt du trente-cinquième instrument de ratification ou d'adhésion. Le PIDESC est entré en vigueur, en premier, le 3 janvier 1976, et le PIDCP, en deuxième, le 23 mars de la même année.

Le volet trois est formé par les deux Protocoles facultatifs au PIDCP, et plus récemment par le Protocole facultatif au PIDESC. Le premier, adopté aussi le 16 décembre 1966 au même moment que les deux pactes internationaux, mais entré en vigueur que le 23 mars 1976, habilite le Comité des droits de l'homme, créé par la partie IV du PIDCP, « à recevoir et à examiner […] des communications émanant de particuliers qui prétendent être victimes d'une violation d'un des droits énoncés dans le Pacte »[1334]. Le deuxième, adopté par la résolution 44/128 du 15 décembre 1989 de l'Assemblée générale et entré en vigueur le 11 juillet 1991 conformément à son article 8, envisage de « promouvoir la dignité humaine et le développement progressif des droits de l'homme » par « l'abolition de la peine de mort »[1335].

Pour sa part, le Protocole facultatif au PIDESC, adopté par l'Assemblée générale à sa résolution 63/117 du 10 décembre 2008, mais entrée en vigueur que le 5 mai 2013 conformément à son article 18, habilite le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, créé par la Résolution 1985/17 du 28 mai 1985 de l'ECOSOC[1336], « à recevoir et examiner les communications »[1337] émanant « des particuliers ou groupes de particuliers ou au nom de particuliers ou groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un État partie, qui affirment être victimes d'une violation par cet État partie d'un des droits économiques, sociaux et culturels énoncés dans le Pacte »[1338].

Ces trois volets, constitutifs de l'ensemble normatif de la Charte internationale des droits de l'homme, marqués par des valeurs communes –liberté, égalité et solidarité universelle–, et en exprimant un esprit univoque selon lequel « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde »[1339], sont devenus la pierre angulaire du développement progressif de l'universalité des êtres humains autant que de leur protection universelle.

La Charte internationale, par essence, reprenant les trois principes de la Charte des Nations Unies –la souveraineté égale de tous les États membres (article 2 § 1), l'égalité de droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (article 1 § 2), et le respect des droits de l'homme et les libertés fondamentales (article 1 § 3)–, trace le chemin de l'articulation entre les principaux acteurs et sujets du droit international que sont les individus, les peuples et les États. Cette articulation n'a pas été réussie au sein de la Déclaration de 1948 toute seule, car « le droit qu'ont tous les peuples de disposer d'eux-mêmes et de jouir et tirer parti pleinement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles »[1340] en était omis. Il a fallu attendre la résolution 2200 du 16 décembre 1966 pour laquelle l'Assemblée générale a adopté le PIDCP et le PIDESC pour que le « droit des peuples à disposer d'eux-mêmes »[1341] autant qu' « à

[1334] Préambule du Protocole facultatif se rapportant au PIDCP.
[1335] Préambule du Deuxième protocole facultatif se rapportant au PIDCP.
[1336] Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels fut créé par l'ECOSOC afin de mettre en équilibre le régime des garanties du PIDESC avec celui du PIDCP, qui comptait depuis le 23 mars 1976 avec le Comité des droits civils et politiques.
[1337] Article 1, paragraphe 1, du Protocole facultatif se rapportant au PIDESC.
[1338] Article 2 du Protocole facultatif se rapportant au PIDESC.
[1339] Il s'agit du premier paragraphe commun du préambule de la DUDH, du PIDCP, et du PIDESC.
[1340] UN, *La Charte internationale des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 3.
[1341] Paragraphe 1, de l'article 1 commun du PIDCP et du PIDESC.

profiter et à user pleinement et librement de leurs richesses et ressources naturelles »[1342], soit affirmé dans des conventions relatives aux droits de l'homme[1343].

L'important de la Charte internationale des droits de l'homme c'est qu'elle met en place un cadre juridique général de protection universelle pour les humains, composé par un instrument axiologique (DUDH), des instruments conventionnels qui développent la protection (PIDESC et PIDCP), et des instruments qui mettent en œuvre le régime de garanties (les deux Protocoles au PIDCP et le Protocole au PIDESC). La Charte internationale, est la porte à l'enrichissement permanent de la protection universelle des droits à travers la formation subséquente d'un arsenal juridique formant un véritable « code international des droits de l'homme ».

II. Par l'enrichissement permanent de la protection normative universelle à travers la formation du « code international des droits de l'homme »

Le chemin juridique tracé par le triptyque de la « Charte internationale des droits de l'homme » a été poursuivi par une série d'instruments universels et régionaux qui ont complété, voire affiné le caractère universel des droits de l'homme et de leur protection, à partir de la reconnaissance de la diversité et du relativisme culturel[1344]. L'enrichissement permanent du droit international des droits de l'homme a donné lieu à la formation variée et diverse de textes juridiques protégeant les droits des êtres humains dans plusieurs domaines, y compris l'humanitaire, qui depuis sa naissance a trouvé ses sources dans les droits de l'homme[1345].

Aujourd'hui, le débat sur la nature différente et de hiérarchie des droits paraît philosophiquement presque épuisé, (un droit social est un droit humain de même nature qu'un droit politique), tandis que le débat s'ouvre lorsqu'on s'intéresse plus à la protection effective des droits et pas simplement à leur reconnaissance théorique. « La nécessaire protection des droits a pour effet que la notion même des droits de l'homme s'amplifie pour être incarnée à travers les droits « concrets » et parfois finalisés, tels le droit à l'alimentation

---

[1342] Article 47 du PIDCP et 25 du PIDESC.

[1343] En effet, l'omission du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et de leurs ressources dans la DUDH, est due au fait qu'elle a été adoptée avant la grande vague de décolonisation de la fin des années 1950 et du début des années 1960. « Autrement dit, le rappel de la règle du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans les pactes de 1966 est surtout appuyé par les nouveaux États issus de la décolonisation », car les grandes puissances sur ce topique « sont sur la défensive non seulement pour des raisons historiques, telles que la domination coloniale, mais aussi du fait des implications économiques du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, notamment en ce qui concerne le contrôle des ressources naturelles exploitées par des entreprises multinationales ». Madjid BENCHIKH, « Souveraineté des États, droits des peuples à l'autodétermination et droits humains », Op. Cit., pp. 6 – 8.

[1344] Dans le processus de codifications des droits de l'homme, « le régionalisme est présenté comme un complément à l'universalité et le relativisme culturel se voit reconnaître une place modeste qui ne saurait mettre en péril l'impératif primordial de l'universalité ». Paul TAVERNIER, *L'O.N.U. et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 391.

[1345] Selon Cançado Trindade, « l'impact des normes de droit international des droits de l'homme a eu depuis longtemps des répercussions sur le *corpus juris* et sur l'application du droit international humanitaire. Par conséquent, le droit international humanitaire s'est progressivement libéré d'une vision obsolète purement interétatique, mettant de plus en plus l'accent –à la lumière des principes d'humanité– sur les personnes protégées et sur la responsabilité résultant de la violation de leurs droits ». Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine,* Op. Cit., p. 153.

ou le droit à l'environnement »[1346]. Cela, on le voit de plus près avec la prolifération de textes envisageant la protection des droits des êtres humains. À titre énonciatif et sans aucune prétention prescriptive, les instruments qui font partie du code international sont à deux échelles, *l'universelle (1)*, et *la régionale (2)*.

1. Les composants à l'échelle universelle

L'on peut y classer les instruments internationaux tenant compte des sujets les plus importants qu'ils règlent.

En ce qui concerne la promotion, protection et développement des droits de l'homme, l'on peut citer la Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social (1969), la Déclaration universelle pour l'élimination définitive de la faim et de la malnutrition (1974), et la Déclaration sur l'utilisation du progrès de la science et de la technique dans l'intérêt de la paix et au profit de l'humanité (1975). Il en est de même de la Déclaration sur les droits des peuples à la paix (1984), la Déclaration sur le droit au développement (1986), la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme (1997), la Déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus (2002), ainsi que de la Déclaration des Nations Unies sur l'éducation et la formation aux droits de l'homme (2011).

Par rapport à l'esclavage, la servitude, le travail forcé, et la torture, l'on assiste à la Convention relative à l'esclavage (1926), le Protocole amendant cette Convention (1926), la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage (1956), la Convention sur le travail forcé (1930), et la Convention sur l'abolition du travail forcé (1957). Également, la Convention pour la répression de la traite des êtres humains et l'exploitation de la prostitution d'autrui (1949), le Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particuliers des femmes et des enfants (2000) sont à rappeler. Entrent également dans cette catégorie, la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1975) ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984) ; et le Protocole facultatif à cette Convention (2002). Aussi, les Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et des détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1982) ; et les Principes relatifs aux moyens d'enquêter efficacement sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants pour établir la réalité des faits (2000).

La nationalité, l'apatridie, l'asile et les réfugiés ont été appréhendés par la Convention relative au statut des apatrides (1954), la Conventions sur la réduction de cas d'apatridie (1961), la Convention relative au statut des réfugiés (1951), le Protocole facultatif au statut des réfugiés (1966), et la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent (1985).

[1346] Lauréline FONTAINE, *Propos introductifs,* L'universalisation des droits en question[s], La Déclaration universelle des droits de l'homme, 60 ans après, Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, Caen, Presses universitaires de Caen, No. 7, 2009, p. 14.

Traitent de la lutte contre la discrimination, la Convention sur l'égalité de rémunération (1951), la Convention concernant la discrimination (emploi et profession) (1958), la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965), la Déclaration sur la race et les préjugés raciaux (1978), et la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement (1960). Le Protocole instituant une Commission de conciliation et de bons offices chargée de rechercher la solution des différends qui naîtraient entre États parties à la Convention à cette Convention (1962), et la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction (1981) viennent s'y ajouter.

Sur le droit à l'autodétermination et son corollaire ont été adoptées la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux (1960), la Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles (1962), et la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction des mercenaires (1989).

Par rapport aux droits des populations autochtones et des minorités, sont concernées la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (1989), la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou éthiques, religieuses et linguistiques (1992), et la Déclaration sur les droits des peuples autochtones (2007).

Le code international est aussi intégré par des instruments internationaux universels sur des sujets plus « concrets ». Par exemple sur la disparition forcée on a la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (2006). Sur les droits des enfants, il est tenu en compte la Convention relative aux droits des enfants (1989), le Protocole facultatif à cette Convention concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (2000), le Protocole facultatif aussi à cette Convention, concernant à la participation des enfants aux conflits armés, la Convention sur l'âge minimum (1973), et la Convention sur les pires formes de travail des enfants (1999). Par rapport aux droits des personnes avec des incapacités, ils se trouvent la Convention relative aux droits des personnes handicapées (2006), le Protocole facultatif à cette Convention (2006), la Déclaration des droits du déficient mental (1971), la Déclaration des droits de personnes handicapées (1975), la Protection des personnes atteintes de maladie mentale et amélioration des soins de santé mentale (1991), et les Règles pour l'égalisation des chances des handicapés (1993). En ce qui concerne les droits des femmes, ils sont remarquables la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979), le Protocole facultatif à cette Convention (1999), la Déclaration sur la protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflit armé (1974), et la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes (1993). Sur la liberté d'association enrichissent le code, la Convention sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (1948), ainsi que la Convention sur le droit d'organisation et de négociation collective (1949). Sur les droits des migrants, on trouve pour sa part, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (1990), la Convention sur les travailleurs migrants (révisée) (1949), et la Convention sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires) (1975).

Aux instruments universels des droits de l'homme s'intègrent aussi ceux qui l'ont donné naissance au droit international humanitaire, à savoir, la Convention pour la prévention

et la répression du crime de génocide (1948) ; la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (1968) ; les Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtiment des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité (1973). Il va sans dire que la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (1949), celle relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (1949), le Protocole I additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (1977), et le Protocole II additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non-internationaux (1977), en sont également les piliers à cette échelle universelle.

2. Les composants à l'échelle régionale

Le code international s'intègre aussi par des instruments qui ont été développés par les organismes régionaux, ne visant pas seulement à l'esprit de continuité de la Charte internationale des droits de l'homme, mais en tant qu'expression de la revendication des diversités et spécificités culturelles de chaque région de la planète.

a. Le continent américain

Concernant la promotion et la protection des droits de l'homme, le continent américain « a été le premier à déclarer l'existence d'un *corpus juris* devant orienter et guider l'action des États dans leur rapport aux Hommes et donc au Monde »[1347], en contribuant à l'enrichissement du code international sur la matière avec la DADDH du 2 mai 1948. Celle-ci antérieure de quelques mois à la DUDH[1348], a inspiré fortement son contenu, comme bien l'a constaté à juste titre René Cassin[1349], en assurant « que les droits essentiels de l'homme n'ont pas leur origine dans le fait que celui-ci est ressortissant d'un État déterminé, mais reposent avant tout sur les attributs de la personne humaine »[1350]. Ensuite la CADH, adoptée du 11 au 22 novembre 1969 qui, en faisant référence à la DADDH et à la DUDH, souligne que les principes qu'elle consacre « ont été réaffirmés et développés par d'autres instruments internationaux, de portée tant universelle que régionale »[1351]. Entrent également sur ce plan des instruments américains, le Protocole additionnel à la CADH relatif à l'abolition de la peine de mort (1990), la Charte démocratique interaméricaine (2001), la Déclaration des principes sur la liberté d'expression (2000), et loi modèle interaméricaine sur l'accès à l'information publique (2010).

[1347] Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », Op. Cit., p. 149.

[1348] En effet, la DADDH a été adoptée à Bogotá huit moins avant la DUDH. Voir, Antônio CANÇADO TRINDADE, *The Contribution of Latin American Legal Doctrine to The Progressive Development of International Law*, Op. Cit., p. 77.

[1349] Par exemple, la formule par laquelle est incluse la fraternité dans l'article premier et le droit de toute personne à un recours effectif devant les juridictions nationales, tel qu'il a été consacré dans l'article 8. René CASSIN, *Quelques souvenirs sur la Déclaration universelle de 1948*, Op. Cit., p. 20. Voir aussi, Héctor FIX-ZAMUDIO, *El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Revista Latinoamericana de Derecho, México, 2004, Año 1, No. 1, p. 142 ; et Antônio CANÇADO TRINDADE, *The Contribution of Latin American Legal Doctrine to The Progressive Development of International Law*, Op. Cit., p. 79.

[1350] Considérant (§ 2) de la DADDH.

[1351] Préambule (§ 3) de la CADH.

Dans le plan social, le code international a été nourri par le Protocole additionnel à la CADH sur les droits sociaux, économiques et culturels (1988), la Déclaration de Mar del Plata, concernant la création du travail pour faire face à la pauvreté et fortifier la gouvernabilité démocratique (2005), et la Charte sociales des Amériques (2012).

Par rapport à la nationalité, l'asile, les réfugiés et les personnes déplacées au niveau interne, ils font partie du code les Conventions sur l'asile politique (1933), l'asile territorial (1954) et l'asile diplomatique (1954), la Déclaration de Cartagena sur les réfugiés (1984), la Déclaration de San José sur les réfugiés et les personnes déplacées (1994) ; la Déclaration de Tlatelolco sur les actions pratiques dans le droit des réfugiés en Amérique Latine et le Caribe (1999). Également, il appartient à ce sujet, la Résolution sur la prévention et la réduction de l'apatridie et protection des personnes apatrides dans les Amériques (2011), et la Résolution sur les déplacés internes (2011).

En ce qui concerne les droits des enfants et femmes, ils se trouvent, par rapport aux enfants, la Convention interaméricaine sur la restitution internationale des mineurs (1989), la Convention interaméricaine sur le conflit des lois en matière d'adoption des mineurs (1984), et la Convention interaméricaine sur le trafic international des mineurs (1994). À l'égard des femmes, on a la Convention sur la nationalité de la femme (1933), les Conventions interaméricaines sur la concession des droits civils (1948) et droits politiques de la femme (1948), la Convention interaméricaine sur les obligations alimentaires (1989), et la Convention interaméricaine pour prévenir, sanctionner et éradiquer la violence contre la femme « Convention de Belém do Pará » (1994).

Sur la torture et la disparition sont pertinents la Convention interaméricaine pour prévenir, sanctionner la torture (1985) et la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes (1994).

À propos des droits des personnes avec des incapacités, il appartient au Code la Convention interaméricaine pour l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les personnes avec incapacité (1999). Sur les droits des peuples indigènes, sont parties les trois Déclarations américaines sur les droits des peuples indigènes (2004, 2005 et 2006).

b. Le continent européen

La CEDH, adoptée le 4 novembre 1950, se considère un véritable « prolongement de la Déclaration universelle de 1948 et se présente comme un complément à ce texte », étendant les droits de l'homme aux personnes morales avec le Protocole n° 1 (1951) – extension qui ne figure pas dans le PIDCP–[1352]. Ses protocoles additionnels, particulièrement, le Protocole n° 4 reconnaissant le droit à la liberté de circulation, l'interdiction de l'emprisonnement pour dette et l'interdiction d'expulsion des nationaux (1963), le Protocole n° 6 concernant l'abolition de la peine de mort (1983), le Protocole n° 8 relatif aux droits des

[1352] Voir sur ce sujet, Xavier DUPRÉS DE BOULOIS, *Les droits fondamentaux des personnes morales – 1ère partie : pourquoi ?* Revue des droits et libertés fondamentaux, Chron. No. 15, 2011 ; *Les droits fondamentaux des personnes morales – 2ème partie : comment ?* Revue des droits et libertés fondamentaux, Chron. No. 17, 2011 ; et *Les droits fondamentaux des personnes morales – 3ème partie : jusqu'au ?* Revue des droits et libertés fondamentaux, Chron. No. 1, 2012. Vois aussi, Hubert Kouamé KOKI, *Les droits fondamentaux des personnes morales dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2014, tome I et II.

étrangers (1984), le protocole n° 12 sur l'interdiction générale de la discrimination (2000), et le Protocole n° 13 relatif à la peine de mort dans toutes les circonstances (2002), ont ainsi progressivement enrichi les droits civils et politiques.

Sur les droits sociaux en Europe, ont été adoptées la Charte sociale européenne (1961), telle que révisée en 1996, son Protocole additionnel (1988), ainsi que son Protocole d'amendement (1991) ; la Convention européenne d'assistance sociale et médicale (1953) et son Protocole (1953) ; la Convention européenne de sécurité sociale (1972), avec son Accord complémentaire d'application (1972) et son Protocole (1994). Également, ont été adoptés en la matière, la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine (1997) et ses quatre Protocoles additionnels, dont le premier, portant interdiction du clonage des êtres humains (1998), le deuxième, relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine (2002), le troisième, relatif à la recherche biomédicale (2005), et le quatrième, concernant les tests génétiques à des fins médicales (2008).

Par rapport à l'esclavage, la torture, la servitude et la traite des personnes ils se trouvent la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (1987) et ses deux Protocoles (1993) ; ainsi que la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (2005).

En ce qui concerne la nationalité, les réfugiés et les migrants s'intègrent au Code international, la Convention européenne sur la nationalité (1997), la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États (2006), la Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant (1977), et la Convention sur la participation des étrangers à la vie publique au niveau local (1992).

Les droits des enfants comptent avec la Convention européenne en matière d'adoption des enfants (1967), telle que révisée (2008), la Convention européenne sur le rapatriement des mineurs (1970), la Convention européenne sur le statut des enfants nés hors mariage (1975). La Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants (1980), la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (1996), la Convention européenne sur les relations personnelles concernant les enfants (2003), et la Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (2007), font aussi partie de cette régulation.

Faisant référence aux droits des personnes avec des incapacités, on a l'Accord intérimaire européen concernant les régimes de sécurité sociale relatifs à la vieillesse, à l'invalidité et aux survivants (1953), avec son Protocole additionnel (1953), l'Accord intérimaire européen concernant la sécurité sociale à l'exclusion des régimes relatifs à la vieillesse, à l'invalidité et aux survivants (1953) aussi que son Protocole additionnel (1953). Enfin, sur les droits des minorités, la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (1992) ; et la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (1995), se considèrent avoir aussi enrichi le code international des droits de l'homme à l'échelle européenne.

c. Le continent africain

En Afrique, il y a eu aussi un enrichissement du code international des droits de l'homme, sur le plan de la promotion et de la protection des droits. D'abord par la Charte culturelle de l'Afrique (1976), qui dans son article 4, en reconnaissant que « la diversité culturelle est l'expression d'une même identité, un facteur d'unité et une arme efficace pour la libération véritable, la responsabilité effective et la souveraineté totale du peuple, marque les éléments originaux de la contribution africaine autant que ses spécificités ». Puis, par la CADHP (1981), qui en rendant hommage à la DUDH et en faisant appel à l'universalité des droits depuis la diversité, affirme qu'il faut tenir compte les « traditions historiques » et les « valeurs de civilisation africaine » pour inspirer et caractériser une nouvelle réflexion sur « la conception des droits de l'homme et des peuples »[1353], et proclamer qu'il y a une interdépendance dans les droits. Pour cela « le respect des droits du peuple doit nécessairement garantir les droits de l'homme »[1354], ainsi « que la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels [garantir] la jouissance des droits civils et politiques »[1355].

Dans le continent africain se sont aussi développées des normes sur les droits des femmes : le Protocole à la CADHP relatif aux droits des femmes (2003) ; sur les droits des enfants par la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (1990) ; les droits des réfugiés ont fait l'objet de la Convention de l'UA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique (1969), et la Convention de l'UA sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique (2009).

Le Code international a été aussi enrichi par la Charte arabe des droits de l'homme (1994), laquelle, même si « le régionalisme arabe en matière des droits de l'homme est d'ailleurs bien timide »[1356], et fait « de la religion le point de mire du monde entier », réaffirme les principes de la DUDH et des deux Pactes internationaux qui la développent[1357].

Ainsi et en des termes généraux, ce tableau d'instruments internationaux d'ordre universel et régional compose le Code international des droits de l'homme, à travers lequel, malgré son origine diverse, se réaffirme la pensée générale sur l'universalité des êtres humains et de leurs droits.

Après la description et l'énumération de tous les instruments internationaux qui ont aidé au développement progressif des droits de l'homme, on peut croire que l'universalité de ces droits est pleinement confirmée dans le champ normatif, mais lequel ne s'est pas contenté à la seule élaboration de ces normes universelles.

B. La juridictionnalisation universelle des droits de l'homme

Il est vrai que « l'élaboration des normes n'est pas en elle-même suffisante, fussent-elles universelles, pour assurer l'universalité des droits de l'homme »[1358]. À cet égard, encore faut-il que par le biais d'un tiers impartial, et hors maîtrise de l'État –dans l'appréciation qu'il porte quant à leur respect et réalisation, ou non, par celui-ci–, soit garantie l'effectivité de ces

---

[1353] Préambule (§ 5) de la CADHP.
[1354] Préambule (§ 6) de la CADHP.
[1355] Préambule (§ 8) de la CADHP.
[1356] Paul TAVERNIER, *L'O.N.U. et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 385.
[1357] Préambule (§ 5) de la Charte arabe des droits de l'homme.
[1358] Paul TAVERNIER, *L'O.N.U. et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 391.

droits universellement consacrés[1359]. C'est dans ce sens qu'évolue ce qui peut être appelé l'appréciation par un tiers indépendant des États, et qui peut prendre et a pris plusieurs formes de contrôle tant *dans l'ordre universel (I)* que *régional (II)*.

I. Dans l'ordre universel

Le mécanisme de la juridictionnalisation ou contrôle universel du respect des droits de l'homme s'est formé de manière progressive à partir de l'adoption de la Charte de San Francisco en 1945. Les Nations Unies ont mis la première pierre dans ce processus à travers la Déclaration universelle et ses Pactes internationaux, lesquels, suivant la même méthode progressive ont créé le système onusien de promotion et protection des droits, qui dans les décennies suivantes a été nourri par d'autres instruments et organes conventionnels. Dans l'ordre universel ce mécanisme de contrôle extra-étatique des droits humains s'est instauré de deux manières, d'abord par le biais des *mécanismes conventionnels (1)*, et ensuite, par le renfoncement de ceux-ci, grâce à la mise en place des *mécanismes non conventionnels (2)*.

1. Par le biais des mécanismes conventionnels

Les Nations Unies ont compris que l'universalisation des droits de l'homme ne se faisait pas exclusivement à partir de l'élaboration des normes, mais qu'il fallait mettre en œuvre aussi un système plus ou moins contraignant pour le faire. Autrement dit, les membres des Nations Unies ont accepté que « reconnaître des droits sur le papier ne garantît pas qu'ils seront exercés dans la pratique »[1360]. Pour cette raison, les décennies suivantes à la DUDH ont été dédiées à la création de mécanismes conventionnels pour rendre une réalité ce qui a consacré la Charte de San Francisco comme l'un des buts principaux des Nations Unies, « réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion » (article 1 § 3).

Malgré la politisation des organes des Nations Unies et le retard qu'a pris la protection des droits de l'homme dans la période de la guerre froide, c'était grâce à la coopération internationale, relevé par Emmanuel Decaux, que le développement de ces droits a trouvé des bases propices[1361]. Ainsi, « le premier cadre de cette coopération internationale sera la [Commission DH], organe subsidiaire « pour le progrès des droits de l'homme » dont la création est expressément prévue par l'article 68 [de la Charte de San Francisco] »[1362]. Cette commission fut chargée de la rédaction et de la préparation des textes de référence sur la

---

[1359] Ibidem.

[1360] UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Le dispositif conventionnel des Nations Unies relatif aux droits de l'homme*, Fiche d'information No. 30/Rev.1, United Nations, 2012, p. 21, Disponible [En ligne] : https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_fr.pdf (29 septembre 2018).

[1361] Emmanuel DECAUX, « « Ne tirez pas sur le pianiste », droit international public et progrès des droits de l'homme », Op. Cit., p. 618.

[1362] Ibid., pp. 618 et 619. Cependant, la Commission DH naît grâce à deux résolutions de l'ECOSOC. La Résolution 5 (I) du 16 février 1946, qui définit la tâche, la compétence et la composition ; et la Résolution 9 (II) du 21 juin 1946, qui achève de définir ses attributions, sa composition, et ses pouvoirs. Ces deux résolutions fixent le statut complet de la Commission. Pour savoir plus sur ce sujet voir, Jean-Bernard MARIE, *La Commission des droits de l'homme de l'O.N.U.*, Paris, Pedone, 1975.

matière, en créant ainsi la plupart des mécanismes conventionnels *non-contentieux (a)*, *quasi-contentieux (b)* et *contentieux (c)* du système des Nations Unies, afin d'assurer la promotion et protection des droits de l'homme, d'une part, et leur juridictionnalisation universelle, d'autre part[1363].

a. Mécanismes non contentieux

Le but des mécanismes non contentieux est d'obtenir d'un organe international l'opinion sur l'interprétation ou l'application d'un traité dans le droit interne d'un État partie, ayant, par règle générale, deux manières de réalisation de ce suivi, soit à travers les rapports périodiques, soit à travers les enquêtes[1364].

Dans l'ordre universel, il y a neuf principaux instruments qui fixent les normes pour la promotion et la protection des droits de l'homme et neuf principaux organes que les assurent à travers la mise en place de mécanismes non contentieux. Il s'agit de :

- La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965), qui dans son article 9 (§ 1) établit l'obligation des États parties de présenter, tous les deux ans, des rapports sur les mesures prises pour mettre en œuvre leurs dispositions, pour examen du **Comité sur l'élimination de la discrimination raciale** (CERD).

- Le PIDESC (1966), qui dans le paragraphe 1 de son article 16, prévoit l'engagement des États à présenter périodiquement des rapports « sur les mesures qu'ils auront adoptées et sur les progrès accomplis en vue d'assurer le respect des droits reconnus dans le Pacte », pour l'examen du **Comité des droits économiques, sociaux et culturels** (CESCR)[1365].

- Le PIDCP (1996), qui dans son article 40 (§ 1), oblige les États parties « à présenter des rapports sur les mesures qu'ils auront arrêtées et qui donnent effet aux droits reconnus » par lui, chaque fois que le **Comité des droits civils et politiques** (CCPR) en fera la demande.

- La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979) qui, en plus de constituer dans son article 17 le **Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes** (CEDAW), prescrit à son article 18 (§ 1) l'obligation des États parties à présenter des rapports « tous les quatre ans, ainsi qu'à la demande du Comité », sur « les mesures d'ordre législatif, judiciaire, administratif ou autre qu'ils ont adoptées pour donner effet aux dispositions de la […] Convention ».

[1363] On est face à un mécanisme contentieux, s'il y a un tribunal international qui émet un arrêt ; un mécanisme quasi-contentieux, s'il s'agit d'un organe international qui émet une opinion sur une situation, en proposant des solutions pour résoudre le différend ; et un mécanisme non contentieux, s'il est question juste de connaître l'opinion d'un organe international distinct à un tribunal, voir, Mikel BERRAONDO LÓPEZ, *Los derechos humanos en la globalización : mecanismos de garantía y protección*, Donostia-San Sebastián, Albardanía, 2005, p. 52.

[1364] Ibid., p. 54.

[1365] Il faut préciser qu'au début c'était l'ECOSOC l'organe chargé de l'examen de ces rapports, mais sa Résolution 1985/17 du 28 mai 1985, portant création du CESCR, a transmis à ce dernier toutes les fonctions que la partie IV du PIDESC l'avait donné. Désormais, c'est le CESCR qui est chargé du suivi des normes du PIDESC. Voir, UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Le dispositif conventionnel des Nations Unies relatif aux droits de l'homme*, Op. Cit., p. 9.

- La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984), prévoit aussi l'obligation des États parties, de présenter des rapports tous les quatre ans au **Comité contre la torture** (CAT), « sur les mesures qu'ils ont prises pour donner effet à leurs engagements » (article 19 § 1)[1366].

- La Convention relative aux droits de l'enfant (1989), établit que « les États parties s'engagent à soumettre » au **Comité des droits de l'enfant** (CRC), tous les cinq ans, « des rapports sur les mesures qu'ils auront adoptées pour donner effet aux droits reconnus dans la […] Convention et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits » (article 44 § 1).

- La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (1990), dans sa septième partie demande à tous les États engagés, de présenter périodiquement –tous les cinq ans– au **Comité de travailleurs migrants** (CMW), un rapport sur la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (article 73 § 1)[1367].

- La Convention relative aux droits des personnes handicapées (2006), dans son article 35, établit que chaque État partie doit présenter, au moins tous les quatre ans (§ 2), un rapport au **Comité des droits des personnes handicapées** (CRPD), sur les mesures qu'il a pris pour s'acquitter de ses obligations en vertu de la Convention et sur les progrès accomplis à cet égard (§ 1).

- La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (2006), dans laquelle, se crée le **Comité des disparitions forcées** (CED), qui d'accord à son article 29 est chargé, parmi d'autres tâches, de l'examen des rapports périodiques qui chaque État partie doit présenter sur les mesures prises pour donner effet à ses obligations (§ 1).

Cependant, le contrôle du respect des droits de l'homme dans le cadre universel est devenu un peu plus strict, donnant accès direct aux individus pour défendre leurs droits à travers les mécanismes quasi-contentieux.

b. Mécanismes quasi-contentieux

À travers les mécanismes quasi-contentieux, les êtres humains commencent à avoir dans les instruments universels des droits de l'homme des recours pour garantir la promotion et protection de leurs droits par les organes conventionnels créés à cet effet. Ces mécanismes sont utilisés dans le milieu d'une controverse de violation des droits de l'homme, mais au lieu de soumettre le différend à un organe juridictionnel, il est mis à considération d'un organe

---

[1366] Il existe aussi le **Sous-Comité pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants** (SPT), qui est né par le Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adopté le 18 décembre 2002 et entré en vigueur le 22 juin 2006. La fonction principale de cet organe est la prévention, à cette fin, demande à chaque État partie de mettre en place, de désigner ou d'administrer, à l'échelon national, un ou plusieurs organes de visite chargés de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

[1367] UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Le dispositif conventionnel des Nations Unies relatif aux droits de l'homme*, Op. Cit., p. 16.

international, en vue de rendre des recommandations qui puissent aboutir à un règlement amiable du conflit[1368].

Ainsi, « la plupart des organes conventionnels peuvent examiner des plaintes ou des communications émanant de particuliers qui se disent victimes de violations de leurs droits par un État partie »[1369], ou des communications interétatiques dans lesquelles, un État partie, prétend qu'un autre État partie, ne s'acquitte pas de ses obligations conventionnelles. Mais dans les deux situations, il faut que l'État ait reconnu la compétence de l'organe conventionnel pour ce faire[1370].

C'est le cas du **CERD** qui peut connaître des communications émanant de particuliers ou de groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un État partie, où se plaignent d'être victimes d'une violation, par ledit État partie, de l'un quelconque des droits énoncés dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (article 14). Il en est ainsi des communications interétatiques, où l'un des États parties estime qu'un autre État, également partie, n'applique pas les dispositions de la Convention (article 11).

Le **CCPR** qu'en vertu de l'article 41 du PIDCP, est autorisé à recevoir et examiner des communications d'un État partie contre un autre État également partie, afin de vérifier si ce dernier s'acquitte de ses obligations conventionnelles. Le premier Protocole facultatif au PIDCP, l'autorise de la même manière à connaître des communications émanant de particuliers relevant de la juridiction d'un État partie contre celui-ci (article 1), ou émanant de tout particulier contre un État partie (article 2), lorsqu'ils prétendent être victimes d'une violation de l'un quelconque des droits énoncés dans le PIDCP.

Le **CEDAW**, compte avec la possibilité de mettre en jeu, seulement par les particuliers, les mécanismes quasi-contentieux lorsque le Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes[1371], autorise aux particuliers et aux groupes de particuliers de mettre à considération du Comité, les communications quand une personne se prétend « être victime d'une violation par un État partie d'un des droits énoncés dans la Convention » (article 2).

De même le **CAT**, grâce aux articles 21 et 22 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, peut examiner et recevoir des communications tant des États parties à l'encontre d'un autre État partie, lorsque ce dernier ne s'acquitte pas de ses obligations conventionnelles, que de particuliers relevant de la juridiction d'un État partie, lorsqu'ils considèrent « être victimes d'une violation, par un État partie, des dispositions de la Convention »[1372].

[1368] Mikel BERRAONDO LÓPEZ, *Los derechos humanos en la globalización : mecanismos de garantía y protección*, Op. Cit., p. 56.
[1369] UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Le dispositif conventionnel des Nations Unies relatif aux droits de l'homme*, Op. Cit., p. 23.
[1370] Ibidem.
[1371] Ce Protocole a été créé par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 octobre 1999. Il est entré en vigueur le 22 décembre 2000, conformément au paragraphe 1 de son article 16.
[1372] UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Le dispositif conventionnel des Nations Unies relatif aux droits de l'homme*, Op. Cit., p. 12.

Plus récemment, le **CESCR** par le Protocole facultatif se rapportant au PIDESC du 10 décembre 2008, entré en vigueur le 5 mai 2013, est autorisé à recevoir et examiner les communications provenant de particuliers ou de groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un État partie (article 1), lorsqu'ils affirment être victimes d'une violation par celui-ci d'un des droits économiques, sociaux et culturels énoncés dans le Pacte (article 2). Le Protocole prévoit également, la possibilité qu'un État partie puisse présenter des communications à l'égard d'un autre État partie afin d'informer au Comité que ce dernier ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du PIDESC (article 10).

Également, le **CRC,** en vertu du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant établissant une procédure de présentation de communications du 19 décembre 2011, entré en vigueur le 14 avril 2014, ouvre la possibilité aux particuliers et aux groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un État partie, de présenter au Comité des communications quand ils se disent victimes d'une violation, par cet État partie, de l'un quelconque des droits des énoncés dans l'un quelconque des instruments visant la protection des enfants auquel cet État est partie (article 5)[1373]. Les États parties ont aussi la possibilité de présenter des communications interétatiques lorsqu'ils considèrent qu'un autre État partie ne s'acquitte pas de ses obligations conventionnelles (article 12)[1374].

Les mécanismes quasi-contentieux sont présents également dans le **CMW** qui, en vertu des articles 76 et 77 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, peut recevoir, autant qu'examiner, les communications émanant d'États ou de particuliers, afin de résoudre les dénonciations pour une violation commise par un autre État partie[1375].

De même, le **CRPD**, qu'en vertu du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits des personnes handicapées[1376], peut connaître des communications émanant seulement des particuliers ou de groupes de particuliers relevant de la juridiction d'un État partie, « qui prétendent être victimes d'une violation par cet État partie des dispositions de la Convention » (article 1).

Enfin, le **CED**, lorsque la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, admise que le Comité peut recevoir et examiner des communications, des personnes relevant de la juridiction d'un État partie, se plaignent d'être victimes d'une violation, par ledit État partie, des dispositions de la Convention (article 31) ; et des États parties, qui se plaignent qu'un autre État partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre de la Convention (article 32).

c. Mécanismes contentieux

[1373] Il s'agit, soit de la Convention relative aux droits des enfants, soit du Protocole facultatif à cette Convention, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, soit du Protocole facultatif à cette Convention, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés.

[1374] UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Le dispositif conventionnel des Nations Unies relatif aux droits de l'homme*, Op. Cit., p. 15.

[1375] Ibid., p. 16.

[1376] Ce Protocole fut adopté par l'Assemblée générale le 13 décembre 2006, et il est entré en vigueur le 3 mai 2008, conformément au paragraphe 1 de son article 13.

Il s'agit des mécanismes contentieux interétatiques prévus dans l'ordre universel par les principaux instruments internationaux, et grâce auxquels, il est toujours possible de soumettre une contestation sur l'interprétation ou la mise en œuvre de l'un de ces instruments des droits de l'homme à la connaissance d'un organe judiciaire international, afin de faire l'examen par celui-ci du point litigieux et de sa décision dotée d'effets juridiques contraignants pour les parties au litige.

En termes généraux, l'application de ces mécanismes prévus dans les conventions concernées requiert et établit souvent la clause de juridiction de la CIJ. Cependant, dans presque tous les traités, les États ont la possibilité de faire des réserves pour l'exclusion de la juridiction de la Cour[1377].

La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (article 22), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (article 29), la Convention contre la torture (article 30), la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (article 92), ainsi que la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (article 42), prévoient que les différends entre les États parties concernant l'interprétation ou l'application de ces conventions doivent être réglés par voie de négociation ou, à défaut, par voie d'arbitrage. Néanmoins, l'un des États concernés peut soumettre le litige à la CIJ si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage dans les six mois[1378], ou soumettre directement le litige à travers une requête, sans le besoin d'attendre les six mois, comme c'est le cas prévu par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (article IX).

Jusqu'à septembre 2018, cette procédure a été utilisée quatre fois. La première, dans l'affaire concernant aux activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo Vs. Rwanda)[1379] ; la deuxième, dans l'affaire sur l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine Vs. Serbie et Monténégro)[1380] ; la troisième, dans l'affaire sur l'application de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie Vs. Russie)[1381] ; et enfin, la quatrième, dans l'affaire sur l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie Vs. Serbie)[1382].

2. Grâce à la mise en place des mécanismes non conventionnels

Le contrôle universel continu à s´étendre par une nouvelle catégorie de mécanisme de promotion et protection des droits de l'homme. Il s'agit des mécanismes non conventionnels,

---

1377 Mikel BERRAONDO LÓPEZ, *Los derechos humanos en la globalización : mecanismos de garantía y protección*, Op. Cit., p. 52.

1378 UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Le dispositif conventionnel des Nations Unies relatif aux droits de l'homme*, Op. Cit., pp. 37 et 38.

1379 CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo Vs. Rwanda)*, Arrêt du 3 février 2006.

1380 CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine Vs. Serbie et Monténégro)*, Arrêt du 26 février 2007.

1381 CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie Vs. Fédération de Russie)*, Arrêt du 1 avril 2012.

1382 CIJ, *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie Vs. Serbie)*, Arrêt du 3 février 2015.

qui n'ont plus leur source dans les conventions, pactes ou traités, créés, ratifiés par les États et entrés en vigueur, mais au sein des organismes universels qui font partie des Nations Unies. Leur origine se trouve dans le manque d'effectivité des mécanismes conventionnels qui dépendaient de la volonté et du bon consentement des États. Pour pallier ce défaut, dans le fonctionnement des mécanismes non conventionnels, le consentement des États n'est pas assez décisif pour mettre en œuvre le mécanisme ; les conditions requises d'admissibilité sont adoucies, les organes de contrôle ont compétence à l'égard de tous les membres des Nations Unies, et le cadre juridique de référence pour fixer l'existence de violations des droits de l'homme est la DUDH et non pas un traité[1383].

Jusqu'au début 2006, la Commission DH était chargée de la prise en charge de ces mécanismes. À partir du 15 mars 2006, c'est le Conseil des droits de l'homme (CDH), comme organisme intergouvernemental de l'Assemblée générale des Nations Unies, celui qui a pris le contrôle sur toutes les fonctions qu'avait la Commission, y compris la direction des mécanismes non conventionnels[1384]. Cependant, le CDH va accomplir sa fonction de promotion et protection des droits de l'homme à travers une nouvelle organisation de contrôle par le biais de quatre mécanismes ou processus différents : *l'examen périodique universel (a)*, *les procédures spéciales (b)*, *la procédure de requête (c)*, et *la procédure consultative (d)*[1385].

a. L'examen périodique universel (EPU)

La Résolution 60/251 du 15 mars 2006 de l'Assemblée générale a créé l'examen périodique universel (EPU), « sur la foi d'informations objectives et fiables, du respect par chaque État de ses obligations et engagements en matière des droits de l'homme de façon à garantir l'universalité de son action et l'égalité de traitement de tous les États »[1386]. Le mécanisme étant de nature coopérative, il se fonde « sur un dialogue auquel le pays concerné est pleinement associé et qui tient compte des besoins de ce dernier en termes de renforcement de ses capacités »[1387].

L'EPU consiste à passer en revue les réalisations de l'ensemble des États membres des Nations Unies dans le domaine des droits de l'homme. « Il s'agit d'un examen mené par les pairs, sous les auspices du CDH ». Son but principal est de fournir à chaque État, « tous les 4 ans et demi, l'opportunité de présenter les mesures qu'il a prises, sur la base de recommandations qui lui auront été soumises lors de l'examen précédent, pour améliorer la situation des droits de l'homme sur son territoire et remplir ses obligations en la matière »[1388]. D'accord à la Résolution 5/1 du 18 juin 2007, complémentée par la Résolution 16/21 du 25

[1383] Mikel BERRAONDO LÓPEZ, *Los derechos humanos en la globalización : mecanismos de garantía y protección*, Op. Cit., p. 58.

[1384] Le CDH fut créé par la Résolution 60/251 de l'Assemblée générale des Nations Unies. Sa première session a eu lieu du 19 au 30 juin 2006. Voir, UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Le Conseil des droits de l'homme. Guide Pratique*, United Nations, 2014, Disponible [En ligne] : https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/GuidePratique_fr.pdf (29 septembre 2018).

[1385] Dans la Résolution 60/251 du 15 mars 2006, l'Assemblée générale, en plus d'instituer le CDH, a décrit leurs fonctions principales, énonçant ces 4 mécanismes non contentieux. Pour sa part, le CDH, au cours de sa 9e séance a réglé ces mécanismes à travers sa Résolution 5/1 du 18 juin 2007.

[1386] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Resolution 60/251 (2006)*, A/RES/60/251, 3 March 2006, § 5.

[1387] Ibidem.

[1388] UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Le Conseil des droits de l'homme. Guide Pratique*, Op. Cit., p. 41.

mars 2011 du CDH, l'examen sera fondé sur la Charte des Nations Unies, la DUDH ainsi que les instruments relatifs aux droits de l'homme auxquels l'État est partie[1389]. Il sera conduit au sein d'un groupe de travail, présidé par le Président du CDH et composé de ses 47 États membres[1390], avec une périodicité de quatre ans et demi, dont 42 États sont examinés par an pendant trois sessions du groupe de travail, qui ont chacune deux semaines[1391].

La procédure prévue pour l'EPU ne comprend pas la participation directe des individus, mais à travers la société civile. Dans la procédure participent directement le CDH, appuyé par le Haut-Commissariat aux droits de l'homme (HCDH), et les 193 États membres des Nations Unies. Pour examiner chaque État, ils prennent en compte trois rapports : 1) le rapport national présenté par l'État examiné, 2) le rapport incluant des observations et recommandations issues des mécanismes onusiens des droits de l'homme et des agences des Nations Unies, et 3) le rapport préparé par le HCDH, compilant des informations provenant d'autres parties prenantes telles que de l'Institution nationale pour les droits de l'homme (INDH) du pays examiné et la société civile, tant nationale qu'internationale[1392].

Ensuite, et en tenant compte de la nature de l'EPU, le groupe de travail s'engage dans un dialogue interactif avec l'État examiné afin que celui-ci présente l'information préparée sur l'évolution des droits de l'homme, puis répond aux questions et recommandations qui lui sont adressées par le CDH et des États observateurs sur la pratique et l'état général de la protection et la garantie des droits de l'homme sur son territoire.

Ainsi, l'EPU comme l'un des piliers du CDH, crée un système de surveillance permanente à l'égard des droits des êtres humains, et « rappelle aux États leur responsabilité de respecter pleinement et de mettre en œuvre, de manière effective, tous les droits de l'homme et libertés fondamentales »[1393].

b. Les procédures spéciales

« Le système des procédures spéciales est un élément central du mécanisme des droits de l'homme des Nations Unies et couvre tous les droits de l'homme : civils, culturels, économiques, politiques et sociaux »[1394]. Les procédures spéciales furent initialement établies par la Commission DH, mais au moment d'être remplacée par le CDH, elles furent assumées dans leur totalité par celui-ci. Ces procédures ont été créées pour traiter la situation des droits de l'homme dans un pays donné, procédure qui a été dénommée *mandat par pays (i)*, ou faire l'analyse de sujets sensibles sur les droits de l'homme dans toutes les régions du monde. Cette procédure se connaît comme *mandat thématique (ii)*.

i. Mandat par pays

1389 UN. HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Resolution 5/1 (2007)*, A/HCR/5/21, 18 June 2007, § 1.
1390 Ibid., § 18.
1391 UN. GENERAL ASSEMBLY, *Resolution 65/281 (2011)*, A/RES/65/281, 17 June 2011, § 3 et UN. HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Resolution 16/21 (2011)*, A/HCR/16/21, 25 March 2011, § 3.
1392 UN. HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Resolution 5/1 (2007)*, Op. Cit., § 15.
1393 UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Le Conseil des droits de l'homme. Guide Pratique*, Op. Cit., p. 41.
1394 Ibid., p. 50.

L'objectif des procédures spéciales est celui de protéger et de promouvoir les droits de l'homme de toutes les personnes et de prévenir les violations des droits de l'homme sur le terrain. Les mandats par pays ont le but principal d'aider au travail de défense et protection des droits qui effectue chacun des États, en faisant l'examen et le suivi des efforts mis en place par ceux-ci, pour améliorer la situation des droits de l'homme dans leurs territoires. En d'autres mots, le mandat par pays est la procédure spéciale instituée pour surveiller, examiner et évaluer de près les politiques gouvernementales, législatives, judiciaires et financières déployées dans un État donné pour surmonter une grave situation de violation des droits de l'homme.

À la date de septembre 2018, 12 mandats par pays ont visé la surveillance des pays confrontés à des délicats problèmes de protection des droits de l'homme, selon le site officiel du CDH[1395]. Il s'agit de Myanmar (1992 et 2015), Territoires palestiniens occupés depuis 1967 (1993), Soudan (1993 et 2014), Cambodge (1993 et 2015), Somalie (1993 et 2013), Corée du Nord (2004 et 2016), Syrie (2011), République islamiste d'Iran (2011 et 2017), Bélarus (2012 et 2014), Érythrée (2012 et 2016), Mali (2013 et 2015), et République centrafricaine (2013 et 2014)[1396].

À travers l'analyse des différentes résolutions du CDH rendues dans le cadre des mandats par pays, l'on peut observer que son travail se focalise à la vérification des progrès accomplis dans un État donné par rapport aux droits de l'homme, à l'encouragement des gouvernements et à l'émission des recommandations, afin qu'ils puissent réaliser leurs obligations de promotion, protection et garantie des droits de l'homme de toutes les personnes qui se trouvent dans leurs territoires.

ii. Mandat thématique

Conformément à l'objectif qui a été soulevé aux procédures spéciales, les mandats thématiques visent à examiner et surveiller le phénomène des violations massives et systématiques des droits de l'homme dans les différentes latitudes de la planète. Ses origines se trouvent dans la procédure publique par matière mise en place par la Résolution 1235 (XLLII) de l'ECOSOC en 1967, et à travers laquelle, l'ancienne Commission DH a décidé de connaître dès 1980 de toute violation d'un droit de l'homme concret dans l'un ou plusieurs des pays membres des Nations Unies où se produit l'infraction. L'origine de cette sorte de procédure spéciale a eu lieu grâce à « la constatation faite par la Commission au cours des années précédentes sur les violations massives et systématiques qui s'étaient produites sur certains droits dans les différentes parties du monde »[1397].

Le CDH a actuellement, à travers ses groupes de travail et rapporteurs spéciaux, 44 mandats thématiques sur des situations sensibles des droits de l'homme qui se produisent dans différentes parties du monde, et grâce auxquels, il examine, vérifie et donne des

---

[1395] Ibidem.

[1396] UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Country mandates*, United Nations, 2018, Disponible [En ligne] : https://spinternet.ohchr.org/_Layouts/SpecialProceduresInternet/ViewAllCountryMandates.aspx (29 septembre 2018)

[1397] Mikel BERRAONDO LÓPEZ, *Los derechos humanos en la globalización : mecanismos de garantía y protección*, Op. Cit., p. 62.

recommandations sur leur solution[1398]. Ainsi, d'une manière globale, le CDH essaie de connaître de près et donner des solutions aux violations des droits de l'homme, qui méritent par leur nature massive et systématique, un examen spécial dans les quatre coins du globe.

c. La procédure consultative

Il s'agit de la procédure consultative mise en place à travers le Comité créé à cet effet par la Résolution 5/1 de 2007 du CDH. Le Comité consultatif, plus que de constituer un mécanisme de juridictionnalisation *stricto sensu* des droits humains, a été mis en place pour appuyer la fonction de promotion et protection des droits de l'homme du CDH, en émettant des avis d'experts sur la manière et sous la forme demandée par celui-ci, en suggérant de sujets de recherche, et en proposant l'amélioration de l'efficacité de leurs procédures[1399]. Le Comité « fait office de groupe de réflexion pour le [CDH] en se concentrant essentiellement sur des études et des avis étayés par des recherches selon les modalités définies par celui-ci »[1400].

Bien que le Comité ne puisse pas adopter de résolutions ni de décisions, ni créer d'organes subsidiaires sans y être autorisé par le Conseil, il peut faire des propositions à ce dernier visant à « améliorer l'efficacité de ses propres procédures » et à « faire de nouvelles propositions de recherche dans les limités de son champ d'activité »[1401].

d. La procédure de requête individuelle

Enfin, on trouve la procédure d'examen des plaintes individuelles, qui est d'ailleurs, la nouveauté dans le CDH. En effet, cette procédure fut créée par la Résolution 5/1 de 2007 afin de répondre à « tout ensemble de violations flagrantes et systématiques, attestées par des éléments dignes de foi, de tous des droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales, quelle que soit la région du monde et les circonstances dans lesquelles elles sont commises »[1402]. Il s'agit en effet, de la seule procédure de plaintes universelle couvrant l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans tous les États membres des Nations Unies[1403].

[1398] Si on fait un bilan des mandats thématiques, il y a des mandats sur de sujets assez polémiques aujourd'hui. Par exemple, les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance ; les effets de la dette extérieure et des obligations financières des États sur le plein exercice des droits de l'homme, en particulier sur les DESC ; la promotion et la protection des droits de l'homme dans la lutte contre le terrorisme ; la promotion de la justice, la vérité et la réparation et des garanties de non-répétition ; l'impact sur les droits de l'homme de la gestion écologiquement rationnelle et l'élimination des produits et des déchets dangereux ; le logement convenable ; et le droit à l'alimentation. Voir la liste complète sur : UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Thematic mandates*, United Nations, 2018, Disponible [En ligne] : http://spinternet.ohchr.org/_Layouts/SpecialProceduresInternet/ViewAllCountryMandates.aspx?Type=TM (29 septembre 2018).

[1399] UN. HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Resolution 5/1 (2007)*, §§ 75 et 78. Voir aussi, UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Le Conseil des droits de l'homme. Guide Pratique*, Op. Cit., p. 49.

[1400] UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Le Conseil des droits de l'homme. Guide Pratique*, Op. Cit., p. 81.

[1401] Ibidem.

[1402] UN. HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Resolution 5/1 (2007)*, Op. Cit., § 85.

[1403] UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Le Conseil des droits de l'homme. Guide Pratique*, Op. Cit., p. 52.

Pour la procédure de requête, la Résolution 1503 (XLVIII) de l'ECOSOC, en date du 27 mai 1970, telle qu'elle a été révisée par la Résolution 2000/3 du Conseil, en date du 19 juin 2000, avec l'apport des améliorations nécessaires, « a servi de base aux efforts déployés pour veiller à ce que la procédure de requête soit impartiale, objective, efficace, favorable aux victimes et conduite en temps utile »[1404].

Il est important de noter que la procédure de requête ouvre aux êtres humains la porte du CDH, à travers un recours direct qui peut être présenté par un individu ou un groupe d'individus « qui affirme être victime d'une violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales »[1405].

Parmi les critères de recevabilité des communications, la Résolution 5/1 a fixé « qu'une communication portant sur une violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales sera recevable à condition :

a) « Qu'elle n'ait manifestement pas de motivations politiques et que son objet soit compatible avec la Charte des Nations Unies, la [DUDH] et d'autres instruments applicables relatifs au droit des droits de l'homme » ;
b) « Qu'elle donne une description factuelle des violations alléguées, ainsi que des droits qui auraient été visibles » ;
c) « Qu'elle ne soit pas rédigée en des termes insultants. Une telle communication pourra toutefois être examinée si elle satisfait aux critères de recevabilité, après suppression des termes insultants » ;
d) « Qu'elle émane d'un individu ou d'un groupe d'individus qui affirme être victime d'une violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui peut être une organisation non gouvernementale agissant de bonne foi conformément aux principes relatifs aux droits de l'homme, n'ayant pas de motivations politiques contraires aux dispositions de la Charte de Nations Unies et affirmant avoir une connaissance directe et sûre des violations en cause. Toutefois, des communications assorties d'éléments dignes de foi ne seront pas déclarées irrecevables simplement parce que la connaissance qu'ont leurs auteurs de la violation est indirecte, pourvu qu'elles soient étayées par des éléments de preuve incontestables » ;
e) « Qu'elle ne repose pas exclusivement sur des informations diffusées par les médias » ;
f) « Qu'elle ne renvoie pas à une situation qui semble révéler un ensemble de violations flagrantes des droits de l'homme attestées par des éléments dignes de foi mais qui est déjà traité dans le cadre d'une procédure spéciale d'un organe conventionnel ou d'autres procédures de requête relatives aux droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies ou de procédures régionales similaires » ;
g) « Que les recours internes aient été épuisés, à moins qu'il n'apparaisse que ces recours seraient inefficaces ou d'une durée excessivement longue »[1406].

[1404] Ibid., § 86.
[1405] UN. HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Resolution 5/1 (2007)*, Op. Cit., § 87.
[1406] Ibidem.

D'après le paragraphe 89 de la Résolution 5/1 de 2007, deux groupes de travail distincts – le Groupe de travail des communications[1407] et le Groupe de travail des situations[1408] – sont chargés respectivement « d'examiner les communications et de porter à l'attention du [CDH] tout ensemble de violations flagrantes et attestées par des éléments dignes de foi des droits de l'homme et des libertés fondamentales »[1409].

Afin de « renforcer la coopération avec l'État intéressé »[1410] et d'avoir un traitement de la procédure de requête « dans une optique favorable à la victime »[1411], la procédure doit être « conduite de manière confidentielle et en temps voulu »[1412]. Vis-à-vis d'une requête acceptée comme recevable, le Conseil, après d'examiner les rapports du Groupe de travail des situations de manière confidentielle, peut :

a) « Mettre fin à l'examen de la situation lorsque la poursuite de son examen ou l'adoption d'une autre mesure n'est pas justifiée » ;
b) « Garder la situation à l'examen et demander à l'État intéressé de faire parvenir un complément d'informations dans un délai raisonnable » ;
c) « Garder la situation à l'examen et charger un expert indépendant et hautement qualifié de la suivre et de faire rapport au Conseil » ;
d) « Mettre fin à l'examen de la question dans le cadre de la procédure confidentielle de requête en vue de l'examiner en public » ;
e) « Recommander au Haut-Commissariat de fournir une coopération technique, une assistance au renforcement des capacités ou des services consultatifs à l'État intéressé »[1413].

Ainsi, dans le cadre universel se matérialisent les divers mécanismes de contrôle pour la promotion et la protection des droits de l'homme. Cependant, ils trouveront un renfoncement conceptuel et pratique dans le cadre régional.

II. Dans l'ordre régional

Dans le cadre régional, la promotion et la protection des droits de l'homme ont été suivies par l'esprit humaniste de la « Charte internationale des droits de l'homme », même s'il y a eu un système régional de protection entré en fonctionnement avant l'adoption des deux Pactes internationaux qui ont développé la DUDH. La juridictionnalisation des droits de l'homme au niveau régional s'est faite par deux voies, *la voie contentieuse (1)*, à travers laquelle les individus trouvent un prétoire pour exprimer leurs demandes de protection des droits, et *la voie consultative (2)*, où les autorités étatiques ainsi que les organes internationaux chargés de promouvoir, protéger et garantir les droits de l'homme, jouent un rôle de prévention des droits face à la communauté humaine globale.

1. La voie contentieuse

[1407] Ibid., §§ 91 – 95.
[1408] Ibid., §§ 96 – 99.
[1409] Ibid., § 89.
[1410] Ibid., § 86.
[1411] Ibid., § 100.
[1412] Ibidem.
[1413] Ibid., § 109.

Au niveau régional, il existe différents systèmes de protection des droits de l'homme qui ont une connexion téléologique avec le système universel. Ils sont liés par l'objectif de promouvoir et protéger les droits humains. Néanmoins, il faut rappeler que la conception classique et individualiste des droits de l'homme a été une construction occidentale qui, en vertu du processus de décolonisation qui s'est produit à partir du XIXe siècle, a été occidentalisée. Or, on va se centrer sur les voies contentieuses prévues dans les systèmes existants en Europe, en Amérique et en Afrique.

En ce qui concerne le contentieux régional des droits de l'homme, il faut préciser qu'il y a deux types de voies contentieuses mises en place pour le contrôle des États vis-à-vis de la promotion et protection des droits de l'homme ; il y a d'une part, *les requêtes individuelles (a)*, et d'autre part, *les requêtes interétatiques (b).*

a. Les requêtes individuelles et l'issue judiciaire possible

Les requêtes individuelles sont communes dans les trois systèmes régionaux de protection des droits de l'homme. Dans le système du Conseil de l'Europe, la juridictionnalisation régionale des droits de l'homme, à travers requêtes individuelles, existe depuis la naissance de la CEDH en 1950. La juridictionnalisation régionale européenne jusqu'en 1998 était à la charge des trois organes principaux du Conseil de l'Europe : la Commission européenne (Commission EDH), la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) et le Comité des Ministres (CDM). Depuis 1998, la juridictionnalisation est assurée seulement par la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des Ministres[1414].

Selon la CEDH dans sa version de 1950, la Commission EDH pouvait être saisie d'une requête individuelle par « toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers, qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties Contractantes des droits reconnus dans la présente Convention, dans le cas où la Haute Partie Contractante mise en cause a déclaré reconnaître la compétence de la Commission dans cette matière. Les Hautes Parties Contractantes ayant souscrit une telle déclaration, s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit » (article 25 § 1). Une fois la Commission examinait l'affaire, elle devait tout d'abord tenter d'obtenir un règlement amiable du différend (article 28, b). Si une solution n'a pu intervenir, la Commission devait rédiger un rapport qui était transmis au CDM, constatant les faits et formulant un avis sur le point de savoir si les faits constatés révélaient de la part de l'État défendeur une violation des obligations qui lui incombaient aux termes de la CEDH (article 31). Dans un délai de trois mois à dater de la transmission de ce rapport (article 32), la Commission pouvait déférer l'affaire à la Cour EDH (article 48), afin que celle-ci établît la responsabilité de la Haute Partie Contractante, et accordât à la partie lésée, s'il y avait lieu, une satisfaction équitable (article 50)[1415].

[1414] Voir sur ce sujet, Gérard COHEN-JONATHAN et Christophe PETTITI, *La réforme de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003. Voir aussi, Gérard COHEN-JONATHAN et Jean-François FLAUSS, *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

[1415] Par rapport à ce sujet voir, Sture PETRÉN, « La saisine de la Cour européenne par la Commission des droits de l'homme », *in Mélanges offerts à Polys Modinos : Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, p. 234.

Après l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 additionnel à la CEDH de 1998, le SEDH s'est approché plus aux individus leur donnant accès direct au système de protection. L'article 34 de la CEDH, tel qu'amendé par le Protocole n° 11, établit que maintenant « toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers, qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractants des droits reconnus dans la Convention ou dans ses protocoles », peut saisir la Cour EDH à travers une requête individuelle.

Dans le SIDH, la CADH dans son article 33 établit deux organes compétents pour connaître de l'exécution des engagements contractés par les États parties : la Commission IDH et la Cour IDH. Par rapport à la juridictionnalisation des droits humains dans le continent américain, l'article 44 de la CADH prévoit que « toute personne ou tout groupe de personnes, toute entité non gouvernementale et légalement reconnue dans un ou plusieurs États membres de [l'OEA] peuvent soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la […] Convention par un État partie ». Lorsque la pétition est retenue par la Commission IDH, elle doit « se mettre à la disposition des États intéressés en vue d'aboutir à un règlement amiable » (article 48 § 1, f) qui, le cas échéant, donnera lieu à « un rapport qui sera transmis au pétitionnaire et aux États parties puis communiqué, aux fins de publication, au Secrétaire général de l'Organisation des États Américains » (article 49). En revanche, si une solution de l'affaire n'a pas eu lieu, la Commission IDH rédigera un rapport de fond exposant les faits de la cause et ses conclusions (article 50 § 1). Dans ce rapport, la Commission « pourra formuler les propositions et recommandations qu'elle aura jugées appropriées » (article 50 § 3). De plus, si l'État en question a accepté la compétence de la Cour IDH, dans un délai de trois mois à compter de la remise aux États intéressés du rapport sur le fond, la Commission pourra soumettre l'affaire à la Cour afin d'obtenir une décision contraignante sur l'affaire (article 51 § 1)[1416].

Sur le continent africain, deux organes sont chargés de la promotion et la protection des droits de l'homme. L'article 30 de la CADHP établit que la Commission ADHP est chargée « de promouvoir les droits de l'homme et des peuples et d'assurer leur protection en Afrique ». Pour sa part, l'article 2 du Protocole à la CADHP portant création de la Cour ADHP, prescrit que la Cour ADHP « complète les fonctions de protection » conférées par la CADHP à la Commission.

En ce qui concerne la juridictionnalisation des droits de l'homme en Afrique, l'article 55 de la CADHP prévoit que la Commission ADHP peut connaître des communications individuelles. Ces communications peuvent émaner des personnes physiques ou morales (article 93 § 1 du Règlement intérieure de la Commission ADHP), ainsi que de groupes de personnes, telle qu'il est prévu par la jurisprudence de la Commission ADHP, notamment inspirée de l'article 44 de la CADH[1417]. De plus, dans le Protocole portant création de la Cour

---

[1416] Pour savoir plus sur la procédure dans la Commission IDH comme dans la Cour IDH voir, Ana Belem GARCÍA CHAVARRÍA, *Los procedimientos ante la Comisión interamericana de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011 ; et Yuria SAAVEDRA ÁLVAREZ, *El trámite de casos individuales ante la Corte interamericana de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.

[1417] COMMISSION ADHP, *Communication 266/2003*, 26e rapport annuel d'activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 45e session ordinaire, 13 – 27 mai 2009. EX.CL/529 (XV), Annexe 4, §§ 62 – 91, pp. 149 – 154. Voir aussi, Nisrine Eba NGEMA, *Recevabilité des communications par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*, Revue des droits de l'homme, 2014, No. 5,

ADHP, réside une nouveauté à l'égard du renforcement de la juridictionnalisation des droits de l'homme en Afrique. C'est la possibilité qu'ont les individus ainsi que les organisations non gouvernementales dotées du statut d'observateur auprès de la Commission, d'introduire des requêtes individuelles directement devant la Cour ADHP (article 5 § 3), à condition que l'État partie ait réalisé, là aussi, une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour les recevoir (article 34 § 6). Dans les deux cas de figure, les buts de promotion et protection des droits de l'homme sont partagés. D'une part, la CADHP prévoit que l'objectif des communications individuelles adressées à la Commission ADHP est d'avoir de celle-ci une étude approfondie sur le différend, traduit dans un rapport accompagné de ses conclusions et recommandations (article 58). D'autre part, le Protocole créant la Cour ADHP, établit comme but de la requête individuelle, que la Cour estime d'abord, « s'il y a eu violation d'un droit de l'homme ou des peuples », puis, « ordonne toutes les mesures appropriées afin de remédier à la situation y compris le paiement d'une juste compensation ou l'octroi d'une réparation » (article 27 § 1).

b. Les requêtes interétatiques

La juridictionnalisation universelle des droits de l'homme par la voie contentieuse est complétée par les requêtes interétatiques. Tel qu'il se passe dans l'ordre universel avec les mécanismes conventionnels quasi-contentieux, dans l'ordre régional, est prévu aussi un système de contrôle contentieux *inter-États* pour l'accomplissement de leurs obligations.

En Europe, et avant le Protocole n° 11, c'était l'article 24 de la CEDH qui permettait à toute partie contractante la possibilité de saisir la Commission EDH, « de tout manquement aux dispositions de la [CEDH] qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Partie Contractante ». Avec le Protocole, c'est l'article 33 de la CEDH qui règle les affaires contentieuses interétatiques qui peuvent être présentées non plus à la Commission EDH, mais à la Cour EDH, afin de sanctionner tout manquement aux dispositions de la CEDH.

En Amérique, l'article 45 de la CADH concerne les communications interétatiques que peut recevoir et examiner la Commission IDH, lorsqu'un « État partie prétend qu'un autre État partie a violé les droits de l'homme énoncés dans la [CADH] » (article. 45 § 1), à condition que les deux États en question aient accepté « au moment du dépôt de [leur] instrument d'adhésion, ou ultérieurement » la compétence de la Commission pour recevoir et examiner ce type de communications (article. 45 §§ 1 et 2).

En Afrique, pour sa part, c'est l'article 49 de la CADHP qui permet aux États parties de saisir directement la Commission ADHP, quand ils croient qu'un autre État partie a violé les dispositions de la Charte, afin que cet organe tente d'obtenir au préalable un règlement amiable, et au défaut, faire les recommandations qu'il juge utiles (article 53). Dans le SADHP il y a un autre type de communications étatiques. Il s'agit des communications « négociation » prévues aux articles 47 et 48 de la CADHP, qui constituent « en quelque sorte une phase préliminaire de conciliation dont le déroulement s'effectue totalement en dehors du cadre de la Commission ». Si, en effet, l'un des États parties à la Charte africaine, selon l'article 47 de la CADHP, « a de bonnes raisons de croire qu'un autre État partie à cette Charte a violé les dispositions de celle-ci, il peut appeler, par communication écrite, l'attention de cet État sur

Disponible [En ligne] : http://revdh.revues.org/803?lang=es#ftn18http://revdh.revues.org/803?lang=es - ftn18 (29 septembre 2018).

la question ». L'objectif de cette procédure est d'arriver à une solution amiable du différent dans un délai de trois mois, à compter de la date de réception de la communication originale par l'État destinataire. Si l'affaire n'est pas réglée dans ce délai chacun des deux États auront le droit, d'accord à l'article 48 de la Charte, de soumettre la communication à la Commission ADHP[1418].

Bien la solidarité qui a inspiré la méthode de contrôle contentieux par de pairs, qu'en principe « devrait inciter chacun des États parties à se sentir concerné par les violations [des obligations conventionnelles] constatées dans les autres États et à accepter l'éventualité de devoir lui-même se soumettre aux procédures suivies devant [les organes internationaux] »[1419], on est obligé de reconnaître par la force des choses, que la mise en œuvre des requêtes interétatiques est faite par de raisons plus politiques que juridiques[1420]. Cela explique pourquoi le nombre de requêtes de cette sorte s'est révélé peu élevé dans les trois systèmes régionaux de protection. Jusqu'en 2018 le nombre est de vingt-et-un dans le système du Conseil de l'Europe[1421], de deux dans le système interaméricain[1422], et d'une dans le système de l'UA[1423].

Dans un esprit préventif plutôt que correctif en matière de protection des droits de l'homme, il existe la voie différente de celle judiciaire, la voie consultative, recueillant plus d'intérêt de la part des États et des autorités étatiques, pour la promotion et protection.

2. *La voie consultative*

La juridictionnalisation universelle des droits de l'homme dans l'ordre régional, en plus de se matérialiser à travers la voie contentieuse, s'est accompagnée de la mise en fonctionnement de la fonction consultative accordée aux tribunaux régionaux des droits de l'homme. Cette fonction peut être *demandée par les États (a)* en vue de l'interprétation des traités régionaux de promotion et protection des droits de l'homme, ou bien *déclenchée par les organes internationaux (b)* appartenant à l'un des systèmes régionaux de protection.

[1418] Voir sur ce sujet, Fatsah OUGUERGOUZ, *La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples : présentation et bilan d'activités (1988 – 1989)*, Annuaire français de droit international, Paris, CNRS, 1989, Vol. 35, pp. 566 et 567.

[1419] Thomas HAMMARBERG, « La Cour européenne des droits de l'homme au « tribunal de l'opinion publique » », *in* COUR EDH, *Dialogue entre juges 2012 : « Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ? »*, Strasbourg, Cour Européenne des droits de l'homme, 2012, p. 33, Disponible [En ligne] : https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2012_FRA.pdf (29 septembre 2018).

[1420] CONSEIL DE L'EUROPE, *La conscience de l'Europe : 50 ans de la Cour européenne des droits de l'homme*, Londres, Third Millennium Publishing, 2010, p. 23

[1421] Voir, COUR EDH, *Tableau des requêtes interétatiques*, 2018, Disponible [En ligne] : https://www.echr.coe.int/Documents/InterStates_applications_FRA.pdf (29 septembre 2018).

[1422] Ana Belem GARCÍA CHAVARRÍA, *Los procedimientos ante la Comisión interamericana de derechos humanos*, Op. Cit., p. 59.

[1423] COMMISSION ADHP, *Communication 277/1999*, 20e rapport annuel d'activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 39e session ordinaire, 25 – 29 juin 2006. EX.CL/279 (IX), Annexe 4, §§ 1 – 98, pp. 98 – 114. Voir aussi, Rachidatou ILLA MAIKASSOUA, *La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples,* Op. Cit., pp. 26 – 28. D'après le juge à la Cour ADHP, Fatsah Ouguergouz, le manque de communications interétatiques dans le SADHP, « est loin d'être surprenant car il faut, en effet, compter avec la réticence naturelle des États à dénoncer des violations commises par d'autres États dès lors qu'eux-mêmes ne sont pas toujours irréprochables en la matière et risquent donc à leur tour de faire l'objet d'une telle dénonciation ». Fatsah OUGUERGOUZ, *La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples : présentation et bilan d'activités (1988 – 1989)*, Op. Cit., p. 567.

a. À la demande des États

Parmi les instruments internationaux constituant les systèmes régionaux des droits de l'homme, il faut souligner le rôle pionnier de la CADH, qui depuis 1969, date de son adoption, prévoit par son article 64 la possibilité aux États membres de l'OEA de saisir la Cour IDH « à propos de l'interprétation de la [CADH] ou de tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans les États américains » (§ 1).

L'exercice de cette voie consultative ainsi consacrée, a été sans doute très novateur dans l'activité juridictionnelle des tribunaux internationaux. À la fin des années 60, la seule fonction consultative connue dans l'ordre juridique international était celle qu'avait héritée la CIJ de son prédécesseur –la Cour permanente de justice internationale (CPJI)–[1424], et à travers laquelle seules sont habilités à sa saisine les organes ou institutions qui auront été autorisés à cet effet par les dispositions de la Charte des Nations Unies[1425].

Dans le système régional de protection déjà en fonctionnement pour les années 60 – celui du Conseil de l'Europe–, la fonction consultative n'était pas assez connue jusqu'au 1er novembre 1998, date d'entrée en vigueur du Protocole n° 11. Si, en effet, bien avant la forte réforme organique de 1998, il existait déjà le Protocole n° 2, et avec lui, la fonction consultative dans le SEDH[1426], celle-ci, d'après David Szymczak, ne portait qu'un « caractère purement ornemental »[1427].

Cependant, avec la toute récente entrée en vigueur du Protocole n° 16, le 1er août 2018, élargissant la compétence de la Cour EDH afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la CEDH, les hautes juridictions d'une Haute Partie contractante de la CEDH vont pouvoir adresser à la Cour EDH des demandes d'avis consultatifs

---

[1424] Marie-Clotilde RUNAVOT, « La fonction consultative de la Cour internationale de justice », *in* Alain ONDOUA et David SZYMCZAK (Dir.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2009, p. 23. Pour avoir une étude plus approfondie sur la compétence consultative de la CIJ. Voir aussi, Marie-Clotilde RUNAVOT, *La compétence consultative des juridictions internationales : reflet des vicissitudes de la fonction judiciaire internationale*, Paris, LGDJ, 2010.

[1425] Dans l'ordre international, la fonction consultative est apparue dès la création de la première juridiction universelle et permanente. « C'est même l'article 14 du Pacte de la SdN qui a introduit l'expression spécifique d' « avis consultatif » dans le vocabulaire juridique international. Les travaux préparatoires révèlent d'ailleurs que l'expression anglo-saxonne *« advisory jurisdiction »* fut le fruit d'un choix réfléchi de la part des rédacteurs du Pacte. C'est également en ces termes précis que l'article 96 de la Charte et l'article 65 du Statut de la CIJ décrivent sa compétence consultative ». Voir, Marie-Clotilde RUNAVOT, *La compétence consultative des juridictions internationales : reflet des vicissitudes de la fonction judiciaire internationale*, Op. Cit., p. 38.

[1426] Le Protocole n° 2 additionnel à la CEDH, qui est entré en vigueur le 21 septembre 1970, fut créé pour conférer à la Cour EDH la compétence de donner des avis consultatifs. Cependant, considérant la teneur de l'article 1 du Protocole, la nouvelle compétence consultative de la Cour n'était que résiduelle tant ce qui concerne la *ratione personae* que la *ratione materiae*. Lorsque « la Cour peut, à la demande du Comité des Ministres, donner des avis consultatifs sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses Protocoles » (§ 1), ne pouvant pas ces avis porter « sur les questions ayant trait au contenu ou à l'étendue des droits et libertés définis au titre I de la Convention et dans ses Protocoles, ni sur les autres questions dont la Commission, la Cour ou le Comité des Ministres pourraient avoir à connaître par suite de l'introduction d'un recours prévu par la Convention » (§ 2). Voir sur ce sujet, David SZYMCZAK, « La compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* Alain ONDOUA et David SZYMCZAK (Dir.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2009, pp. 91 – 98.

[1427] Ibid., p. 95.

sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles[1428]. Ce nouveau Protocole, très inspiré du modèle consultatif interaméricain, prévoit l'élargissement de la compétence consultative de la Cour EDH, dans le but de renforcer l'interaction entre la Cour et les autorités nationales et de consolider ainsi la mise en œuvre de la CEDH, conformément au principe de subsidiarité[1429].

Depuis le Pacte de San José, le déclenchement de la voie consultative par les États se montre comme une œuvre prétorienne d'originalité interaméricaine, tant au regard de la compétence matérielle du juge international des droits de l'homme que des actes qui pourront être soumis à son interprétation[1430]. De fait, la finalité préventive de la violation des droits de l'homme poursuivie par la CADH, avec la faculté donnée aux États de saisir la Cour IDH, fut bien comprise par cette dernière dès l'origine et relative à sa portée notamment[1431]. En effet, répondant à l'avis consultatif demandé par le Costa Rica, sur une proposition d'amendement de sa Constitution, la Cour a admis que la portée de sa compétence, orientée à la sauvegarde des droits humains, lui permet de connaître même de l'interprétation de la compatibilité des propositions législatives y compris les amendements constitutionnels, et non seulement des normes juridiques déjà en vigueur[1432].

Sur le continent africain, l'article 4 § 1 du Protocole de 1998 portant création de la Cour ADHP, est fortement influencé par l'esprit de l'article 64 de la CADH, et semble partager la finalité préventive interaméricaine, dès lors qu'il donne la compétence consultative à celle-ci pour connaître de toute demande d'avis présenté par un État membre de l'[UA], de l'[UA], de tout organe de l'[UA] ou d'une organisation africaine reconnue par l'[UA][1433], sur toute question juridique concernant la CADHP ou tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme[1434].

[1428] CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif au protocole n° 16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 2013, §§ 1 – 6, Disponible [En ligne] : https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_FRA.pdf (29 septembre 2018).

[1429] Ibid., Préambule § 1.

[1430] Hélène TIGROUDJA, « La fonction consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *in* Alain ONDOUA et David SZYMCZAK (Dir.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2009, p. 68. Dans le même sens voir, Marie-Clotilde RUNAVOT, « La fonction consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : splendeurs et misères de l'avis du juge interaméricain », *in* Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGROUDJA (Dir.), *Le particularisme interaméricain : en honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 122 – 123.

[1431] À vrai dire, la Cour IDH « exerce une fonction consultative extrêmement large qui lui a permis de s'imposer en tant que véritable Cour régionale de l'Organisation des États américains ». Ludovic HENNEBEL, « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », *in Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 56.

[1432] COUR IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Avis consultatif OC-4/84, Op. Cit., §§ 16 – 19 et 25 – 30. Voir aussi, Pedro NIKKEN, « La función consultiva de la Corte interamericana de derechos humanos », *in* CORTE IDH, *Memorias del seminario del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vol. 1, 2003, pp. 170 – 171, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/seminario1.pdf (29 septembre 2018) ; et Marie-Clotilde RUNAVOT, « La fonction consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : splendeurs et misères de l'avis du juge interaméricain », Op. Cit., pp. 139 – 144.

[1433] Le texte original fait référence à l'OUA, mais on l'a remplacé par l'UA, étant donné que celle fut remplacée par celle-ci avec l'entrée en vigueur de l'Acte constitutif de l'UA, le 26 mai 2001.

[1434] Alain ONDOUA, « La fonction consultative de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *in* Alain ONDOUA et David SZYMCZAK (Dir.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2009, p. 107.

D'autre part, bien que l'article 68 § 1 du Règlement intérieur de la Cour ADHP ait confirmé la compétence *ratione personae* et *ratione materiae* de cette juridiction pour l'exercice de la fonction consultative, il faut remarquer que cet article a laissé plusieurs lacunes à combler, parmi lesquelles on trouve deux principalement. La première, fait référence aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme que la Cour peut interpréter dans les avis consultatifs ; et la deuxième, sur la possibilité qu'elle a de soumettre une norme juridique étatique à son examen. Ces lacunes trouvent leur solution dans la jurisprudence de la Cour IDH, confirmant ainsi la forte influence du SIDH sur le système africain.

Par rapport à la première lacune, la Cour ADHP pourrait définir sa compétence, calquant son office sur celui de la Cour IDH, admettant qu'elle peut interpréter tout instrument international applicable dans les États de l'UA, qu'il soit bilatéral ou multilatéral, quel que soit son objet principal et quels que soient les États parties, même s'il s'agit d'États tiers au système africain[1435]. Concernant la deuxième lacune, et suivant la finalité préventive signalée par le juge interaméricain des droits de l'homme, la Cour ADHP pourrait, à partir d'une interprétation extensive de l'article 4 du Protocole de 1998, examiner une demande d'avis faite par un État de l'UA et consistant à l'interroger sur la compatibilité d'une disposition de son ordre juridique interne avec la CADHP autant qu'avec tout autre instrument de protection pertinent[1436].

« Une telle mobilisation par les États de la compétence consultative de la Cour africaine manifesterait la volonté de conférer une dimension préventive au système africain de protection des droits de l'homme »[1437], en harmonie avec l'esprit de l'article 64 de la CADH, comme source d'inspiration de l'article 4 du Protocole portant création de la Cour ADHP.

b. À la propre initiative des organes internationaux

Afin de renforcer le processus de juridictionnalisation universelle des droits, d'une manière plus restreinte ou large, tous les instruments constituant les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme ont prévu la possibilité de déclencher la voie consultative par des organes internationaux régionaux concernés.

Au niveau américain, dans le but de les aider tant à se conformer, qu'à appliquer les traités sur les droits de l'homme[1438], l'article 64 § 1 de la CADH prévoit pour tous les organes

[1435] COUR IDH, « *Otros tratados » objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención americana sobre derechos humanos)*, Avis consultatif OC-1/82, 24 septembre 1982, § 48.
[1436] Voir, COUR IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Avis consultatif OC-4/84, Op. Cit., §§ 16 – 19.
[1437] Alain ONDOUA, « La fonction consultative de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », Op. Cit., p. 111.
[1438] COUR IDH, *Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 et 4.4 Convención Americana de Derechos Humanos)*, Avis consultatif OC-3/83, 8 septembre 1983, § 43.

de l'OEA[1439], la possibilité de saisir la Cour IDH pour des questions lorsque ces organes ont « un intérêt légitime institutionnel »[1440].

En Afrique, le Protocole de 1998 portant création de la Cour ADHP, très influencé par son équivalent du SIDH, donne aussi à tous les organes de l'UA ainsi qu'à toutes les organisations africaines reconnues par l'UA, la légitimation active pour saisir le tribunal africain des droits de l'homme, si l'objectif de l'avis consultatif ne se rapporte pas à une requête pendante devant la Commission ADHP (article 4 § 1). Cependant, et malgré la grande portée de la compétence consultative de la Cour ADHP, ses avis ne sont pas nombreux ni d'une remarquable importance juridique[1441].

Dans le SEDH, au contraire, la légitimation active est très restreinte, et l'explication est d'ordre historique. Au début, la CEDH ne concevait pas pour la Cour EDH la compétence de rendre des avis consultatifs. Après, le Protocole n° 2 a élargi la compétence judiciaire de la Cour, la dotant de la fonction consultative, à la demande exclusive du Comité des Ministres, afin de « donner des avis consultatifs sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses Protocoles » (art. 1 § 1). Cependant, le même protocole n° 2 restreint cette compétence en affirmant que « ces avis ne peuvent porter sur les questions ayant trait au contenu ou à l'étendue des droits et libertés définis au titre I de la Convention et dans les protocoles ni sur les autres questions dont la Cour ou le Comité des Ministres pourraient avoir à connaître par suite de l'introduction d'un recours prévu par la Convention » (article 1 § 2).

Ces restrictions ont été reproduites par le Protocole n° 11 de l'année 1998, dotant la fonction consultative de la Cour EDH, tant dans sa logique de conception que dans ses modalités de mise en œuvre, d'une véritable portée étroite[1442]. En effet, ce Protocole a institué une fonction consultative résiduelle qui porte, jusque-là en qualité restreinte, davantage sur des questions techniques, administratives et formelles que sur des sujets

---

[1439] Il s'agit en concret des organes de l'OEA décrits dans l'actuel article 53 de la CADH, à savoir, l'Assemblée générale, la Réunion de consultation des ministres des relations extérieures, les Conseils, le Comité juridique interaméricain, la Commission IDH, le Secrétariat général, les conférences spécialisées, les organismes spécialisés. Ainsi qu'au futur, d'autres organes, organismes subsidiaires et institutions qui jugés comme nécessaires soient institués, conformément aux dispositions de la Charte de l'OEA.

[1440] COUR IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75)*, Avis consultatif OC-2/82, 24 septembre 1982, § 14.

[1441] La Cour ADHP, jusqu'à septembre 2018, a connu de 12 demandes d'avis consultatifs, deux en 2011, deux aussi en 2012, deux en 2013, une en 2014, une en 2015, et 4 en 2017. Selon l'information donnée par les moteurs de recherche de la Cour, tous les avis demandés sont rayés du rôle de la Cour ou rejetés, du fait qu'ils se rapportent à des affaires pendantes devant la Commission ADHP. La seule exception a été l'avis consultatif introduit par le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant, par rapport à sa capacité de présenter des avis consultatifs à la Cour ADHP ; demande devant laquelle, la Cour a jugé que « le Comité est un organe de l'Union africaine et a qualité pour demander un avis consultatif à la Cour, en vertu de l'article 4(1) du Protocole ». COUR ADHP, *Demande d'avis consultatif introduite par le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant au sujet du statut du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant*, Avis consultatif No. 002/2013, 5 décembre 2014. C'est-à-dire que pour le moment l'organe judiciaire africain des droits de l'homme, n'a pas eu l'opportunité d'exploiter les grandes compétences attribuées par le Protocole de 1998, portant sa création. Voir, http://fr.african-court.org/index.php/affaires/procedures-consultatives#avis-juridiques-finalis%C3%A9s (29 septembre 2018).

[1442] David SZYMCZAK, « La compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », Op. Cit., pp. 91 – 94. Un regard plus détaillé de la procédure de l'avis consultatif intégrée à la CEDH, laisse d'emblée comprendre que dès 1970, la Cour EDH a été dotée que d'une simple compétence consultative résiduelle, à l'avoir été exclu toute consulte sur le contenu ou l'étendue des droits et libertés.

juridiques des droits de l'homme[1443]. Si bien avec le Protocole n° 16 le SEDH avance vers une compétence consultative plus étendue, la légitimation active continue à être restreinte. L'article 5 du Protocole a limité la saisine de la Cour EDH seulement aux « plus hautes juridictions des Hautes Parties contractantes » et a mis en tant que condition requise que « la juridiction qui procède à la demande ne peut solliciter un avis consultatif que dans le cadre d'une affaire pendante devant elle ».

Pour l'instant, le seul système régional de protection des droits de l'homme qui renforce correctement le processus de juridictionnalisation universelle des droits de l'homme par la voie consultative est le système interaméricain, car l'africain et l'européen, comme on l'a vue, ont encore leurs limitations.

Il s'agit, en définitive, d'une compétence unique dans le droit international contemporain, qui constitue « un service que la Cour [IDH] est en capacité de fournir à tous les intégrants du système interaméricain, avec le propos de contribuer à l'accomplissement de leurs compromis internationaux »[1444], et d'aider les États autant qu'aux organes étatiques à accomplir et à appliquer les traités en matière des droits de l'homme, sans les soumettre au formalisme et au système des sanctions qui caractérise la procédure contentieuse »[1445].

La protection des droits de l'homme est devenue de plus en plus une question planétaire dans laquelle interviennent des nouveaux acteurs et sujets internationaux, qui font penser à un dépassement fonctionnel de l'entité étatique par rapport à cette fonction de protection. Il est vrai que dans le droit international humaniste, ce sont les juges qui ont principalement la responsabilité d'assurer la transition d'une protection exclusivement étatique à une protection universelle des droits de l'homme[1446].

Section 2 : Des lacunes de la protection étatique à la protection universelle réelle des droits de l'homme

Les problèmes actuels de l'humanité qui se développent la plupart du temps en dehors des frontières des États, ont commencé à dévoiler *l'incapacité étatique pour protéger et garantir efficacement les droits de l'homme (§ 1)*, et plaçant au premier rang la réalité d'une *universalisation de la protection et de la garantie des droits de l'homme (§ 2).*

[1443] Jusqu'à septembre 2018, la Cour EDH a connu seulement de trois demandes d'avis consultatifs, tous portant sur des questions qui semblent avoir un contenu plus technique que juridique. L'une sur la coexistence de la Convention des droits de l'homme de la Communauté et des libertés fondamentales des États indépendants et de la CEDH (COUR EDH, *Avis consultatif No. 1*, 2 juin 2004), et les deux autres, sur des questions relatives aux listes de candidats présentés en vue de l'élection des juges de la Cour EDH (COUR EDH, *Avis consultatif No. 2,* 12 février 2008 et *Avis consultatif No. 3,* 22 janvier 2010).

[1444] Cfr. COUR IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Avis consultatif OC-16/99, 1 octobre 1999, §§ 36 et 40 ; et *Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 et 4.4 Convención Americana de Derechos Humanos)*, Avis consultatif OC-3/83, Op. Cit., § 22.

[1445] COUR IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,* Avis consultatif OC-18/03, Op. Cit., § 64.

[1446] Voir *supra* Ière partie, Titre II, Ch. 1, Section 1, § 1 B.

§ 1 : L'incapacité étatique pour protéger et garantir efficacement les droits de l'homme

D'après la doctrine individualiste des droits de l'homme, l'être humain a des droits qui lui appartiennent parce qu'il fait partie de la famille humaine. Il a des droits qui sont inhérents à sa nature, dont il ne pourrait pas se dépouiller sans cesser d'être humain. Ces droits sont donc inaliénables et imprescriptibles, antérieurs et supérieurs à toute société, s'imposant au respect de celles-ci[1447]. À partir de cette doctrine, la pensée juridique s'est fondée sur deux piliers qui semblaient logiques. D'abord, la croyance que les hommes sont investis des droits naturels et évidemment supérieurs à la société, et ensuite, la conviction qu'en proclamant solennellement ces droits dans un instrument écrit dont l'observation stricte s'imposera au législateur, on garantira leur respect[1448].

L'organe étatique est contraint à se conformer, dans ses lois, aux principes consacrés par la Déclaration et aux droits consacrés par ces Pactes. Cependant, ce système ne constitue aucune garantie réelle et effective des droits de l'homme[1449]. Il y a encore des États, peu importe s'ils sont plus ou moins développés, qui présentent dans leurs systèmes juridiques internes *un manque des recours effectifs en droit interne (A)*, ou qui bien d'en être dotés, ont *des difficultés structurelles pour accomplir leurs obligations de protection (B)*.

A. Le risque du manque de recours effectifs dans l'ordre interne

Une analyse des statistiques publiées par les tribunaux internationaux des droits de l'homme sur les affaires qu'ils réceptionnent, laisse en évidence, à travers les *condamnations étatiques récurrentes*, *la carence de recours effectifs en droit interne pour protéger les droits de l'homme (I)*. De plus, une étude de leur jurisprudence, montre *la souplesse des juges des droits de l'homme par rapport à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, malgré le rôle subsidiaire des systèmes internationaux de protection*, *transformant l'exception en règle (II)* lorsque ces voies ne garantissent pas de manière effective le droit d'accès à la justice des requérants.

I. La récurrence des condamnations internationales de l'État : une preuve de la carence de protection étatique

Le droit à un recours effectif devant les instances nationales, tel que consacré par les instruments internationaux des droits de l'homme –d'abord dans la DADDH (article 18), puis dans la DUDH (article 8), grâce à la forte influence de celle-là sur celle-ci[1450], ainsi que, dans la

---

[1447] René BRUNET, *La garantie internationale des droits de l'homme d'après la Charte de San Francisco*, Op. Cit., p. 17.
[1448] Ibidem.
[1449] Ibid., p. 28.
[1450] La source d'inspiration du contenu de l'article 8 de la DUDH fut l'article 18 de la DADDH. Lorsque le délégué mexicain à la troisième Commission de l'Assemblée générale, M. Pablo Campos Ortiz, au nom de la délégation Latino-Américaine a formulé un amendement à l'article 6 du projet de la DUDH, dans lequel il « reprenait textuellement les termes de l'article 18 de la Déclaration des droits et devoirs de l'homme, adoptée quelques mois avant la rédaction de la Déclaration universelle à Bogotá ». Voir, Pierre MERTENS, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violations d'un droit de l'homme*, Op. Cit.,

CEDH (article 13), la CADH (article 25) et la CADHP (article 7)–, revêt de l'importance d'être conçu comme un grand instrument de protection des droits des individus à l'encontre des abus de l'autorité étatique[1451]. Le droit à des recours effectifs est considéré comme une protection à deux angles, l'un, subjectif, dans la mesure où il reconnaît un droit fondamental de l'individu, et l'autre, objectif, parce qu'il crée une obligation de résultat mise à charge de l'État[1452] : un recours effectif doit être reconnu à toute personne qui invoque un grief défendable sur le terrain des instruments des droits de l'homme[1453].

En effet, lorsque les instruments internationaux exigent des recours effectifs devant les instances nationales, cela signifie que les recours doivent être disponibles et suffisants, qu'ils doivent être suffisamment certains non seulement en théorie, mais également en pratique. Les recours doivent être effectifs tant en pratique qu'en droit, eu égard aux circonstances individuelles de l'affaire[1454]. Le droit à des recours effectifs devant les juges et tribunaux nationaux compétents constitue l'un des piliers de base de tous les instruments de protection des droits de l'homme et de l'État de droit dans une société démocratique[1455]. Pour cette raison, c'est aux États que revient en priorité la tâche d'intervenir pour sauvegarder les droits de l'homme à travers ces recours, confirmant ainsi, tous ces instruments, le caractère subsidiaire des mécanismes de protection internationaux[1456].

Néanmoins, d'après l'information statistique donnée par les tribunaux internationaux des droits de l'homme, l'incapacité étatique pour protéger et garantir les droits des individus est devenue de toute force une réalité[1457]. La plupart des États ne comptent pas dans leur

---

p. 24 ; voir également, Antônio CANÇADO TRINDADE, *The Contribution of Latin American Legal Doctrine to The Progressive Development of International Law*, Op. Cit., p. 78.

[1451] Ibid., p. 25. Cançado Trindade affirme que l'argument principal qui a conduit à l'insertion du droit à des recours effectifs tant dans la DADDH que dans la DUDH, fut la nécessité de remplir une lacune : protéger les droits des individus à l'encontre des abus du pouvoir public, soumettre tout et n'importe quel abus de tous les droits individuels à la connaissance du pouvoir judiciaire dans l'ordre du droit international. Antônio CANÇADO TRINDADE et Alfredo MARTÍNEZ MORENO, *Doctrina latinoamericana del derecho internacional*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, tome I, 2003, p. 60. Voir aussi, Antônio CANÇADO TRINDADE, *Évolution du droit international au droit des gens : L'accès des individus à la justice internationale, Le regard d'un juge*, Op. Cit., pp. 96 – 98 ; et Antônio CANÇADO TRINDADE, *The Contribution of Latin American Legal Doctrine to The Progressive Development of International Law*, Op. Cit., p. 78.

[1452] Pierre MERTENS, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violations d'un droit de l'homme*, Op. Cit., p. 48.

[1453] Donatienne de BRUYN, « Le droit à un recours effectif », *in Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p. 198. Voir aussi, Antônio CANÇADO TRINDADE, *Évolution du droit international au droit des gens : L'accès des individus à la justice internationale, Le regard d'un juge*, Op. Cit., pp. 100 – 102.

[1454] CONSEIL DE L'EUROPE, *Guide de bonnes pratiques en matière de voies de recours internes*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2013, p. 12.

[1455] COUR IDH, *Affaire Castillo Páez Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 34, Op. Cit., § 82.

[1456] Donatienne de BRUYN, « Le droit à un recours effectif », Op. Cit., p. 196.

[1457] En raison du nombre d'affaires conclues, on prendra en compte les statistiques de la Cour EDH et de la Cour IDH. Évidemment, la Cour ADHP est écartée dû au nombre réduit d'arrêts rendus. On précise que bien que cette Cour ait émis 42 décisions jusqu'à janvier 2018, seulement 12 ont été de fond, à savoir, COUR ADHP, *Affaires Tanganyika Law Society & The Legal and Human Rights Centre et Révérend Christopher R. Mtikila Vs. Tanzanie*, Requêtes n°s 009/2011 et 011/2011, 14 juin 2013 ; *Affaire Norberto Zongo, Abdoulaye Nikiema, Ernest Zongo, Blaise Ilboudo et Mouvement burkinabé des droits de l'homme et des peuples Vs. Burkina Faso*, Requête n° 013/2011, 28 mars 2014 ; *Affaire Lohé Issa Konaté Vs. Burkina Faso*, Requête n° 004/2013, 5 décembre 2014 ; *Affaire Alex Thomas Vs. Tanzanie*, Requête n° 005/2013, 20 novembre 2015 ; *Affaire Mohamed Abubakari Vs. Tanzanie*, Requête n° 007/2013, 3 juin 2016 ; *Affaire Wilfred Onyango Nganyi et autres Vs. Tanzanie*, Requête n° 006/2013, 18 mars 2016 ; *Affaire Commission africaine des droits de l'homme et des peuples Vs. Libye*, Requête n° 002/2013, 3 juin 2016 ; *Affaire Action pour la protection des droits de l'homme (APDH) Vs. Côte d'Ivoire*, Requête n° 001/2014, 18 novembre 2016 ; *Affaire African*

ordre juridique avec des voies de recours internes qui garantissent effectivement la défense et la protection des droits des personnes internationalement établis.

Le SEDH, par exemple, qui est le plus ancien, le plus important sur le plan de ses ressources économiques, mais qui rencontre également l'engorgement judiciaire le plus grave par l'augmentation exacerbée de la charge de travail vers la fin des années 1980[1458], présente, notamment à la conférence de Brighton de 2012, et au-delà, des chiffres alarmants d'engorgement qui révèlent une fois de plus, l'incapacité des États pour s'acquitter de leurs obligations internationales à l'égard des droits de l'homme[1459]. Ces chiffres, montrent que le droit à des recours effectifs constitue l'un des cinq droits les plus méconnus au sein des États membres dans le système du Conseil de l'Europe, avec 2345 arrêts retenant, au moins une fois, la violation de l'article 13 de la CEDH dès 1959 au 2017[1460].

La réflexion sur le droit à des recours effectifs devant une instance nationale, dévoile la portée étendue de l'article 13, dans son impact sur les droits substantiels dont il constitue le moyen de leur garantie et qui s'étend à tous « les droits et libertés reconnus » dans la CEDH. Il en est ainsi à l'occasion du droit à un procès équitable (article 6), à la protection de la propriété (Protocole n° 1, article 1), à la liberté et à la sûreté (article 5), et à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (article 3), qui sont d'ailleurs, les quatre droits les plus transgressés dans le SEDH avec des chiffres inquiétants[1461].

Dans le SIDH, la statistique donnée par la Cour IDH est aussi préoccupante. À la différence de la Cour EDH, le nombre d'arrêts de la Cour IDH n'est pas aussi nombreux. Néanmoins, il révèle déjà une carence des recours effectifs dans l'ordre interne des États

---

Commission on Human and Peoples' Rights Vs. Kenya, Requête n° 006/2012, 26 mai 2017 ; *Affaire Kennedy Owinio Onyachi et Charles Jhon Njoka Mwanini Vs. Tanzanie*, Requête n° 003/2015, 28 septembre 2017 ; *Affaire Christopher Jonas Vs. Tanzanie*, Requête n° 011/2015, 28 septembre 2017 ; et *Affaire Ingabire Victoire Umuhoza Vs. Rwanda*, Requête n° 003/2014, 24 novembre 2017.

[1458] CONSEIL DE L'EUROPE, *La conscience de l'Europe : 50 ans de la Cour européenne des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 52.

[1459] À cet égard, Kenneth Clarke, Lord Chancellor et Secrétaire d'État à la justice de l'Angleterre, dans la Conférence de haut niveau à Brighton du 19 à 20 avril 2012, sur l'avenir de la Cour EDH, a demandé l'attention sur le problème grave qui constitue l'avalanche des contentieux dans la Cour EDH. « Chaque année, la Cour reçoit beaucoup plus de requêtes recevables qu'elle n'est capable d'examiner correctement dans un délai raisonnable : très approximativement, 3000 requêtes recevables chaque année alors qu'elle peut n'en entendre qu'environ 2000 ». Pour prévenir l'engorgement de la Cour, « en principe et dans la pratique, on reconnaît depuis toujours que l'application des droits consacrés dans la Convention incombait en tout premier lieu aux États. Ceux-ci doivent être les premiers à mettre fin aux violations. Lorsque des violations ont lieu, les États doivent proposer des voies de recours adéquates dans le système judiciaire national ». CONSEIL DE L'EUROPE, *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme : Interlaken, Izmir, Brighton et au-delà : une compilation d'instruments et des textes relatifs à la réforme actuelle de la CEDH*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2014, p. 79.

[1460] COUR EDH, *Aperçu 1959 – 2017*, Op. Cit., p. 9 ; et COUR EDH, *La Cour européenne des droits de l'homme en faits & chiffres 2017*, Op. Cit., pp. 10 et 11. Voir aussi, COUR EDH, *Aperçu 1959 – 2016*, Strasbourg, Cour EDH, 2017, p. 9, Disponible [En ligne] : http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592016_FRA.pdf (29 septembre 2018) ; et COUR EDH, *La Cour européenne des droits de l'homme en faits & chiffres 2016*, Strasbourg, Cour EDH, 2017, pp. 10 et 11, Disponible [En ligne] : http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2016_FRA.pdf (29 septembre 2018).

[1461] Dans le « ranking » des droits plus violés dans le SEDH depuis 1959 jusqu'au 31 décembre 2017, se trouve d'abord, le droit à un procès équitable, avec 10388 arrêts, dont 5668 arrêts font référence à la durée de la procédure ; après, le droit à la liberté et à la sûreté, avec 3546 ; ensuite, le droit à la propriété, avec 3217 arrêts ; et enfin, l'interdiction à la torture et des traitements inhumains ou dégradants, avec 2192 arrêts rendus. COUR EDH, *Aperçu 1959 – 2017*, Op. Cit., p. 9 ; et COUR EDH, *La Cour européenne des droits de l'homme en faits & chiffres 2017*, Op. Cit., pp. 10 et 11.

américains concernés. Dès 1979 jusqu'au 31 décembre 2018, la Cour IDH a rendu 344 arrêts, dans lesquels, selon ses rapports annuels, 168 font référence à la méconnaissance du droit à des recours effectifs devant les instances nationales, consacré à l'article 25 de la CADH[1462].

De même que dans le SEDH, le regard sur le manque à des recours effectifs en droit interne dans le système interaméricain de protection, laisse une saveur plus amère dès lors que là aussi ce droit, est la garantie générale d'autres droits et libertés, relatifs aux garanties judiciaires (article 8), à l'intégrité (article 5), à la liberté personnelle (article 7), et à la vie (article 4), accompagnés d'obligations étatiques, comme celle de respecter les droits (article 1.1)[1463].

Les récurrentes condamnations internationales des États membres du Conseil de l'Europe et de l'Organisation des États américains, démontrent la carence des voies de recours effectifs devant la plupart des instances nationales et l'incapacité étatique actuelle de protéger autant que de garantir efficacement les droits de l'homme. C'est pourquoi les juges des droits de l'homme dans leur dynamique jurisprudentielle, ont flexibilisé la règle de l'épuisement de voies de recours internes pour accéder à la juridiction internationale, créant certaines exceptions allant jusqu'à dénaturer la règle.

II. Le non-épuisement des voies de recours internes : l'exception devenue presque la règle

---

[1462] COUR IDH, *Informe anual 2009*, Corte IDH, 2010, p. 7, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2009.pdf (29 septembre 2018) ; *Informe anual 2010*, Corte IDH, 2011, pp. 27 – 55, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2010.pdf (29 septembre 2018) ; *Informe anual* 2011, pp. 29 – 51, Corte IDH, 2012, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2011.pdf (29 septembre 2018) ; *Informe anual 2012*, pp. 30 – 67, Corte IDH, 2013, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2012.pdf (29 septembre 2018) ; *Informe anual 2013*, pp. 30 – 38, Corte IDH, 2014, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2013.pdf (29 septembre 2018) ; *Informe anual 2014*, pp. 25 – 32, Corte IDH, 2015, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2014.pdf (29 septembre 2018) ; *Informe anual 2015*, pp. 45 – 57, Corte IDH, 2016, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2015.pdf (29 septembre 2018) ; *Informe anual 2016*, pp. 56 – 64, Corte IDH, 2017, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2016.pdf (29 septembre 2018) ; et *Informe anual 2017*, pp. 53 – 68, Corte IDH, 2018, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2017/espanol.pdf (29 septembre 2018). Il faut préciser qu'avant le Règlement interne de la Cour IDH de l'année 2009, elle émettait plusieurs arrêts dans une même affaire. Ce qui fait, que la statistique donnée sur les violations des droits dans les arrêts de la Cour IDH ne correspond pas au nombre des violations exactes dans les affaires. Normalement, dans une seule affaire, elle émettait un arrêt d'exceptions préliminaires, un arrêt sur le fond et un autre sur les réparations, frais et dépens. Ce qui fait, que la statistique donnée des violations des droits dans les arrêts de la Cour IDH ne correspond pas au nombre des violations exactes dans les affaires.

[1463] En effet, ces droits et ces obligations sont les plus méconnus dans le système interaméricain. Jusqu'au 31 décembre 2017, la Cour IDH a constaté dans 190 arrêts, la méconnaissance à l'obligation de respecter les droits (article 1.1) ; dans 180 arrêts, la violation aux garanties judiciaires (article 8.1) ; dans 142 arrêts, la transgression à l'intégrité personnelle (article 5) ; dans 98 arrêts, l'atteinte au droit à la liberté personnelle (article 7) ; et dans 93 arrêts, l'infraction au droit à la vie (article 4). (COUR IDH, *Informe anual 2017*, Op. Cit., pp. 53 – 68. Sur l'étroite relation du droit à des recours effectifs avec les garanties judiciaires et l'obligation étatique de protection des droits de l'homme voir, (Antônio CANÇADO TRINDADE, *Évolution du droit international au droit des gens : L'accès des individus à la justice internationale, Le regard d'un juge*, Op. Cit., pp. 100 – 103).

D'abord, il faut préciser que la justice internationale par rapport à la responsabilité internationale des États en cas de lésion sur les droits de l'individu, est considérée comme subsidiaire et complémentaire de la justice étatique. Sur la justice internationale et sa subsidiarité, Witenberg, affirmait qu'ainsi comprise « l'action judiciaire internationale n'est que la conséquence du droit indiscutable pour l'État d'user des compétences que lui reconnaît le droit international »[1464]. Pour cette raison, l'accès à cette justice exige au préalable le fidèle accomplissement de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Cette règle, telle que reconnue par la CIJ depuis son arrêt *Interhandel*, est une règle bien établie de droit international coutumier[1465], pour laquelle, « avant de recourir à la juridiction internationale, il a été considéré en pareil cas nécessaire que l'État où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens, dans le cadre de son ordre juridique interne »[1466]. Il s'agit concrètement d'une règle de procédure fondée sur des aspects essentiellement politiques, créée pour assurer le respect mutuel des souverainetés étatiques[1467], et grâce à laquelle, les États impliqués dans une affaire de connotation internationale, ont en priorité la possibilité d'exercer leur souveraineté pour résoudre le conflit par le biais de leurs propres tribunaux. La règle évite ainsi, les interventions politiques abusives des organes internationaux ou des États dans les affaires internes d'autres États sous le prétexte de protéger les personnes humaines et juridiques, alors que ces dernières pourraient très bien trouver satisfaction devant les tribunaux internes[1468].

La règle de l'épuisement préalable de recours internes pour entreprendre la poursuite de la responsabilité internationale des États existe dans tous les systèmes internationaux de protection des droits de l'homme y compris les systèmes régionaux[1469], afin d'assurer les garanties judiciaires aux États en litige et de respecter leur souveraineté. Néanmoins, la reconnaissance de cette règle implique une obligation parallèle pour ceux-ci, elle suppose l'existence d'un appareil judiciaire fonctionnel et doué de recours appropriés offerts aux personnes dans l'exercice de leurs droits. Pour Cançado Trindade, « la règle relative à l'épuisement des voies de recours internes peut être interprétée non pas comme la condition préalable et nécessaire à l'exercice d'un recours international mais plutôt comme un moyen d'impliquer le droit interne dans la procédure juridique internationale »[1470]. C'est pourquoi la règle de l'épuisement est conçue comme une contrepartie au droit à des recours effectifs devant les instances nationales, lorsque les États sont obligés à les pourvoir et les particuliers sont contraints à les épuiser[1471].

[1464] Joseph-Charles WITENBERG, *La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1932-III, Vol. 41, p. 51.

[1465] Cette règle, affirme la CIJ, « a été généralement observée dans les cas où un État prend fait et cause pour son ressortissant dont les droits auraient été lésés dans un autre État en violation du droit international ». CIJ, *Affaire de l'Interhandel (Suisse Vs. États-Unis) (Exceptions préliminaires)*, Arrêt du 21 mars 1959, p. 27.

[1466] Ibidem.

[1467] Les règles de procédure ont généralement pour raison d'être la protection des garanties judiciaires des parties au litige ainsi que la bonne administration de la justice. Pour sa part, la règle de l'épuisement de recours internes « trouve également son fondement dans la défense des intérêts des États en litige et dans la sauvegarde des relations internationales pacifiques », ayant par effet direct la détermination de « l'ordre dans lequel doivent être successivement saisis les tribunaux internes et la juridiction internationale ». (Jean CHAPPEZ, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Pedone, 1972, pp. 25 – 27).

[1468] Ibid., p. 27.

[1469] Protocole I au PIDCP (article 2), Protocole additionnel au PIDESC (article 3.1), CEDH (article 35.1), CADH (article 46.1) ; et CADHP (article 50).

[1470] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine,* Op. Cit., pp. 280 – 284.

[1471] Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos : aspectos institucionales y procesales*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, p. 294,

Cependant, la logique d'équilibre entre droits et obligations avant ou autour de l'accès à la justice internationale n'est pas toujours dépourvue d'obstacles. L'obligation procédurale d'épuiser les voies de recours internes est l'une des conditions de recevabilité des requêtes qui porte les majeures difficultés dans la pratique. Dans son accomplissement, en plus de devoir s'interroger sur l'efficacité des recours, le temps que les recours vont prendre pour être résolus, les obstacles éventuellement rencontrés dans les États pour son utilisation, il faut également tenir compte qu'il n'est pas facile de déterminer quels sont les recours disponibles pour chaque affaire ni quels sont les recours que les requérants sont effectivement obligés d'épuiser[1472].

La complexité qui entoure l'épuisement des recours internes, ainsi que la méconnaissance des États à l'obligation de résultat pour laquelle ils sont tenus de les créer, a obligé aux auteurs des instruments internationaux et aux juges internationaux des droits de l'homme à assouplir cette condition procédurale par la création de quelques exceptions et limites d'une portée à géométrie évolutive, tendant à les transformer en quasi-règle[1473].

Le non-épuisement des voies de recours internes est généralement reconnu dans la plupart de systèmes de protection dans ces quatre exceptions « générales » : (i) lorsque l'ordre juridique interne de l'État n'offre aucune voie de recours à la personne lésée ; (ii) lorsque l'accès aux tribunaux est rendu impossible ; (iii) quand les lenteurs de la procédure retardent inconsidérément le jugement ; et (iv) lorsque les tribunaux internes n'offrent pas des garanties sérieuses d'impartialité ou d'indépendance adéquate aux requérants [1474].

Disponible [En ligne]: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf (29 septembre 2018).

[1472] Ibid., pp. 293 et 294. Voir aussi, Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine,* Op. Cit., pp. 294 – 297.

[1473] Dans le SEDH, l'exception et les limites à la règle de l'épuisement des voies des recours internes n'ont pas eu un développement conventionnel mais jurisprudentiel, commandé tant par l'ancienne Commission EDH que par la Cour EDH. Dans le SADHP, la création d'exceptions et limites à la règle de l'épuisement des voies des recours internes a été de sorte conventionnelle, dès lors que l'article 50 de la CADHP fait allusion à deux exceptions, la première, c'est la non-existence des recours, et la deuxième, c'est la transgression au délai raisonnable de ces recours. Pour sa part, dans le SIDH, les exceptions et les limites ont eu un double développement, d'abord par la voie de la prescription de certaines à l'article 46.2 de la CADH, et après, par la fixation d'autres dans la jurisprudence des organes interaméricains. Voir sur ce sujet, COUR IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención americana sobre derechos humanos)*, Avis consultatif OC-11/90, 10 août 1990 ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Guide pratique sur la recevabilité*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2017, p. 24, Disponible [En ligne] : https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_FRA.pdf (29 septembre 2018). Voir également, FIDH, *La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples vers la Cour africaine de justice et des droits de l'homme : Guide pratique*, Paris, Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, 2010, pp. 86 – 89, Disponible [En ligne] : https://www.fidh.org/IMG/pdf/GuideCourAfricaine.pdf (29 septembre 2018).

[1474] Pierre MERTENS, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violations d'un droit de l'homme*, Op. Cit., pp. 92 et 93 ; et Jean CHAPPEZ, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Op., Cit., pp. 216 – 234 ; et Alonso GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *Temas selectos de derecho internacional*, México, UNAM, 2003, pp. 209 – 229. Par rapport au système interaméricain voir, Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos : aspectos institucionales y* procesales, Op. Cit., pp. 316 – 334 ; et Andrés GONZÁLEZ SERRANO, *La excepción preliminar : falta de agotamiento de recursos internos ¿un mecanismo efectivo de defensa estatal ?* Revista Prolegómenos – Derechos y Valores, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, Vol. XIII, No. 26, 2010, pp. 245 – 265. Sur le SEDH voir, Michel PUÉCHAVY, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », *in Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, Vol. II, 2004, pp. 1299 – 1315.

Cependant, les particularismes de chaque système régional ont amené à la reconnaissance d'exceptions « spéciales ». Par exemple, dans le SIDH, en plus des quatre exceptions générales mentionnées, la règle de l'épuisement ne s'applique pas non plus lorsqu'il s'agit d'affaires générales de transgression des droits de l'homme, ou quand les requérants en état d'indigence requièrent effectivement d'assistance légale pour protéger un droit garanti par la CADH, et que l'indigence devient un obstacle pour l'obtenir[1475]. Également, dans le SADHP, la condition de l'épuisement des recours internes ne s'exige pas à la lettre lorsqu'elle devient illogique[1476], ou quand les violations des droits de l'homme sont graves et massives[1477].

Le développement progressif des exceptions à la « règle » de l'épuisement des voies de recours internes est plus qu'un fort indice du manque des recours effectifs, il est la preuve de l'actuelle incapacité étatique souvent structurelle, pour protéger et garantir efficacement les droits de l'homme.

B. Les difficultés structurelles des États pour accomplir leurs obligations de protection

La règle faisant l'objet de disposition commune des deux Conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et 1986 (article 27), qui interdit aux États d'invoquer des dispositions de leur droit interne pour justifier les difficultés qu'ils ont pour accomplir les traités y compris ceux concernant les droits de l'homme, est consacrée depuis une longue date par la jurisprudence internationale des deux Cours de La Haye[1478]. Néanmoins, il semble que la bonne foi demandée aux entités étatiques dans l'exécution des obligations internationales est perturbée dans les faits par des défaillances sans volonté de nuire mais qui empêchent la protection effective des droits des êtres humains.

En effet, l'existence de *dysfonctionnements des ordres juridiques internes (I)*, donnant lieu au phénomène des *violations répétitives des droits de l'homme consacrés internationalement (II),* ont été tellement nombreux, que des *réformes organiques et procédurales des juridictions internationales de protection des droits de l'homme ont été entreprises pour tenter de rayer leur répercussion sur l'engorgement et l'efficacité des recours juridictionnels internationaux (III)*.

I. Le dysfonctionnement de l'ordre juridique interne

[1475] COUR IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención americana sobre derechos humanos)*, Avis consultatif OC-11/90, Op. Cit., § 31. Voir aussi, Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos : aspectos institucionales y procesales*, Op. Cit., pp. 332 – 334.

[1476] COMMISSION ADHP, *Communication 103/93,* Alhassan Abubakar Vs. Ghana, 31 octobre 1996 ; et FIDH, *La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples vers la Cour africaine de justice et des droits de l'homme : Guide pratique*, Op. Cit., p. 88.

[1477] Ibid., p. 87.

[1478] CPJI, *Affaire sur les questions des « communautés » gréco-bulgares,* Avis consultatif, 31 juillet 1930, Série B n ° 11, p. 32 ; *Affaire sur le traitement des nationaux polonais et d'autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, Avis consultatif, 4 février 1932, Série A/B n ° 44, p. 24 ; et *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de* Gex, Arrêt du 7 juin 1932, Série A/B n ° 46, p. 75. Voir aussi, CIJ, *Affaire sur l'applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'organisation des Nations Unies*, Avis consultatif, 7 mars 1988, pp. 31 – 32, § 47.

L'analyse comparative du contentieux des systèmes régionaux des droits de l'homme, révèle que malgré leur éloignement par les spécificités culturelles, politiques et sociales de leurs populations, ils se rapprochent en ce qui concerne les dysfonctionnements des ordres juridiques étatiques à l'égard de la protection harmonieuse et compatible, exigée par les instruments de sauvegarde des droits de l'homme. C'est grâce à la globalisation des communications, aux échanges académiques –de plus en plus nombreux–, et au dialogue progressif entre juges, que le dysfonctionnement d'ordres juridiques étatiques commence à être connu et affronté[1479].

Les origines du dysfonctionnement structurel d'un ordre juridique peuvent avoir plusieurs sources. Ils peuvent se trouver dans l'absence de régulation du droit étatique pour permettre la jouissance effective des droits de l'homme reconnus et protégés par l'un des instruments internationaux ratifiés par l'État[1480], ou dans une régulation étatique existante mais non conforme aux obligations internationales acquises par l'État[1481]. Mais il est possible aussi de trouver ce dysfonctionnement dans les pratiques des autorités publiques violatrices des droits de l'homme, tels qu'ils sont reconnus par les instruments internationaux en la matière[1482].

Afin de résoudre cette problématique, les tribunaux des droits de l'homme ont commencé à mettre en œuvre –avec une fréquence qui monte exponentiellement– une nouvelle pratique. Elle consiste à déterminer, d'abord, quelles sont les causes des défaillances dans l'ordre interne, puis, à identifier quelles pourraient être les mesures curatives de caractère général à adopter, et enfin, à ordonner aux États la mise en place de ces mesures. L'objectif est d'aider les entités étatiques à régler le dysfonctionnement normatif vis-à-vis de l'obligation de protection des droits acquis internationalement[1483].

Cette pratique au sein du SIDH a eu un développement très fort durant les deux dernières décennies[1484] grâce à l'interprétation jurisprudentielle des obligations générales de

---

[1479] Géraud DE LA PRADELLE, « Rôles du « droit » et de la « justice » en matière d'interventions humanitaires », *in* Nils ANDERSSON et Daniel LAGOT (Dir.), *Responsabilité de protéger et guerres « humanitaires » : le cas de la Lybie*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 31. Voir aussi, Benoît FRYDMAN, « Conclusion : le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », *in Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 157 – 166.

[1480] COUR IDH, *Affaire Bulacio Vs. Argentine*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 100, 18 septembre 2003, §§ 122 – 144 ; e*t Affaire Institut de rééducation du mineur Vs. Paraguay*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 112, 2 septembre 2004, § 213 ; COUR EDH, *Affaire Ananyev et autres Vs. Russie*, Requête 42525/07, 10 avril 2012, §§ 184 – 190 et 210 – 213 ; et *Affaire Glykantzi Vs. Grèce*, Requête 40150/09, 30 janvier 2013, §§ 80 et 81.

[1481] COUR EDH, *Affaire Broniowski Vs. Pologne*, Requête nº 31443/96, 22 juin 2004, §§ 189 – 194 ; et COUR IDH, *Affaire Loayza Tamayo Vs. Pérou,* Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 42, 27 novembre 1998, §§ 159 – 164 et points résolutifs No. 5 et 6.

[1482] COUR EDH, *Affaire M.C. et autres Vs. Italie*, Requête 5376/11, 3 décembre 2013, §§ 113 – 120 ; *Affaire Greens et M.T. Vs. Royaume-Uni*, Requête 60041/08, 11 avril 2011, §§ 110 – 122 ; COUR IDH, *Affaire Gomes Lund et autres (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brésil*. Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens. Série C n ° 219, Op. Cit., §§ 172 – 174.

[1483] MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, *Diálogos : el impacto del sistema interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, Buenos Aires, Eudeba, 2013, pp. 28 et 29.

[1484] La première fois que la Cour IDH ordonna à un État de prendre des mesures générales dans l'ordre interne, fut le 27 novembre 1998, dans l'affaire *Loayza Tamayo Vs. Pérou*. Dans ce cas, la Cour IDH a déterminé que les décrets-lois 25.475, concernant au délit de terrorisme, et 25.659 réfèrent au délit de trahison de la patrie, n'étaient pas conformes à la CADH. Par conséquent, elle a condamné le Pérou à prendre

la CADH consacrées à l'article 1.1 relatif à l'obligation étatique de respecter et garantir les droits, et à l'article 2 relatif à l'obligation d'adopter des mesures de droit interne[1485]. À partir de cette interprétation jurisprudentielle, la Cour IDH a établi deux sortes de mesures générales afin de résoudre les dysfonctionnements des ordres juridiques étatiques. La première est la suppression des normes et pratiques de toute nature qui comportent la violation aux garanties prévues dans la Convention ou qui méconnaissent les droits reconnus par elle, ou qui empêchent leur exercice. La deuxième concerne la création des normes et le développement des pratiques tant administratives que judiciaires pertinentes pour l'accomplissement effectif des droits et garanties conventionnelles[1486].

Dans le SEDH, la pratique de mesures générales à de telles fins a eu un développement plus récent. Elle commence en 2004, tout au début, grâce à une résolution et à une recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. La résolution (Res(2004)3) du 12 mai 2004 vise à garantir l'effectivité du mécanisme d'exécution sur les arrêts qui révèlent un problème structurel sous-jacent. La Cour EDH est ainsi invitée dans toute la mesure du possible « à identifier dans les arrêts où elle constate une violation de la Convention ce qui, d'après elle, révèle un problème structurel sous-jacent et la source de ce problème, en particulier lorsqu'il est susceptible de donner lieu à de nombreuses requêtes de façon à aider les États à trouver la solution appropriée et le Comité des Ministres à surveiller l'exécution des arrêts ». Aussi, « à signaler spécialement tout arrêt comportant des indications sur l'existence d'un problème structurel et sur la source de ce problème non seulement à l'État concerné et au Comité des Ministres, mais aussi à l'Assemblée parlementaire, au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe et au Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, et à signaler de manière appropriée ces arrêts dans la base de données de la Cour »[1487]. La recommandation (Rec(2004)6) du même jour, cherche l'amélioration des recours internes des États. Pour cela, elle recommande aux États membres, d'une part, « de s'assurer par un suivi constant, à la lumière de la jurisprudence de la Cour, que des recours internes existent pour toute personne alléguant d'une façon défendable une violation de la Convention et que ces recours sont effectifs, dans la mesure où ils permettent d'aboutir à une décision sur le bien-fondé du grief et à un remède approprié de toute violation constatée », d'autre part, « de réexaminer, à la suite d'arrêts de la Cour qui révèlent des défaillances structurelles ou générales dans le droit ou la pratique de l'État, l'effectivité des recours internes existants et, le cas échéant, mettre en place des recours effectifs afin d'éviter que des affaires répétitives ne soient portées devant la Cour », et enfin, « de porter une

---

les mesures de droit interne nécessaires pour les conformer à la Convention. COUR IDH, *Affaire Loayza Tamayo Vs. Pérou,* Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 42, Op. Cit., point résolutif 5.

[1485] MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, *Diálogos : el impacto del sistema interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, Op. Cit., pp. 23 – 26.

[1486] COUR IDH, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50, y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Avis consultatif OC-13/93, 16 juillet 1993, § 26 ; *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 et 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Avis consultatif OC-14/94. Op. Cit., §§ 36 – 39 ; *Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 52, Op. Cit, § 207 ; *Affaire Durand et Ugarte Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 68, Op. Cit., § 137 ; et *Affaire « la dernière tentation du Christ » (Olmedo Bustos et autres) Vs. Chili*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 73, Op. Cit., § 85. Voir aussi, MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, *Diálogos : el impacto del sistema interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, Op. Cit., pp. 28 – 29.

[1487] CONSEIL DE L'EUROPE, *CEDH : mise en œuvre et contrôle. Garantir l'efficacité de la Convention européenne des droits de l'homme,* Op. Cit., p. 83 et 84. Voir également, Anne-Catherine FORTAS, *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme*, Op. Cit., pp. 203 – 205.

attention particulière […], à l'existence de recours effectifs en cas d'allégation défendables de durée excessive des procédures juridictionnelles »[1488].

En ce qui concerne le type de mesures générales à prendre par les États, la Cour EDH a été un peu timide. La Cour de Strasbourg n'a jamais ordonné la suppression des normes de l'ordre juridique interne, elle s'est limitée souvent à évoquer qu'il appartient aux États, à travers leur « marge d'appréciation »[1489], de déterminer les mesures plus adéquates pour résoudre le problème structurel[1490].

Cependant, il faut remarquer que dans certaines affaires sur la violation du délai raisonnable des procédures, la Cour EDH commence à s'inspirer du rôle joué par son homologue interaméricaine, en adressant aux États, de manière plus précise, la recommandation de « mettre en place un recours ou une combinaison de recours au niveau national qui garantissent réellement une réparation effective des violations de la Convention »[1491]. Ainsi, on pourrait dire que commencent à se cristalliser au sein de la juridiction européenne deux types de mesures générales : « l'adoption d'une législation particulière conforme à la CEDH et permettant de mettre un terme au problème systématique, d'une part, et la création d'un mécanisme permettant l'indemnisation des préjudices provoqués par le dysfonctionnement structurel, d'autre part »[1492].

Quoi qu'il en soit des mesures générales qui sont ordonnées par ces deux juridictions des droits de l'homme, l'important est qu'elles révèlent de plus en plus, les grandes défaillances des ordres juridiques étatiques et l'incapacité des États pour s'acquitter, tous seuls, de leurs obligations de protéger et garantir les droits de l'homme. De plus, les mesures générales permettent, en s'attaquant à la cause, de trouver les moyens pour aiguiller les États face aux violations répétitives des droits de l'homme.

II. Les violations répétitives des droits de l'homme

L'une des conséquences issues des difficultés structurelles qui touchent actuellement les États et les empêchent d'être capables de protéger efficacement les droits de l'homme, c'est le nombre en augmentation des violations répétitives des droits. Les statistiques des systèmes de protection des droits de l'homme ont averti l'arrivée de ce phénomène assez préoccupant, qui touche l'effectivité de leur travail juridictionnel et met en péril leur stabilité. Lorsque dans un État existe un dysfonctionnement de l'ordre juridique qui empêche la pleine jouissance des droits des individus, ce dysfonctionnement est susceptible de créer matériellement ou potentiellement des violations répétitives, massives ou systématiques des

---

[1488] Voir, CONSEIL DE L'EUROPE, *CEDH : mise en œuvre et contrôle. Garantir l'efficacité de la Convention européenne des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 73 ; voir aussi, Anne-Catherine FORTAS, *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme*, Op. Cit., pp. 193 et 194.

[1489] Jacques VELU et Rusen ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 56, Cfr. Dimitrios EVRIGENIS, *Recent case-law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Law Review, 1982, No. 3, p. 121.

[1490] Voir par exemple, COUR EDH, *Affaire Greens et M.T. Vs. Royaume-Uni*, Requêtes n°s 60041/08 et 60054/08, Op. Cit., §§ 113 et 114.

[1491] COUR EDH, *Affaire Vassilios Athanasious et autres Vs. Grèce*, Requête n° 50973/08, 21 mars 2011, § 57 ; et *Affaire Glykantzi Vs. Grèce*, Requête n° 40150/09, Op. Cit., § 81.

[1492] Affef BEN MANSOUR, « Un processus inédit : les arrêts « pilotes » de la CEDH », *in* Ismaël OMARJEE et Laurence SINOPOLI, *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Paris, Dalloz, 2014, p. 231.

droits de l'homme qui vont être perçues à travers l'augmentation des requêtes portant sur les mêmes problèmes juridiques identiques[1493].

La Cour IDH en 1994, prévoyant déjà le péril potentiel des lois inconventionnelles, comme créatrices de problèmes structuraux dans l'ordre juridique interne, a conclu que « la promulgation d'une loi manifestement contraire aux obligations acquises par un État, ayant ratifié ou adhéré à la Convention constitue une violation de celle-ci »[1494]. La Cour a précisé aussi, que si cette « violation porte atteinte aux droits et libertés protégés à l'égard des individus déterminés, elle entraîne la responsabilité internationale de l'État »[1495].

La Cour interaméricaine, se fondant sur le « devoir de prévention » des États[1496], mais aussi sur son devoir d'éviter que les lois inconventionnelles, porteuses de défaillances aux ordres juridiques internes, puissent avoir des effets nuisibles à l'avenir, a commencé à exercer une fonction préventive. Elle a déclaré d'une part, qu'il y a des normes qui violent par leur seule existence la CADH[1497], et d'autre part, que ces normes doivent être reformées par les

---

[1493] Dans le SEDH l'augmentation du nombre des requêtes depuis 2001 est impressionnante. Il a eu une croissance exponentielle. En 2001, le nombre des requêtes attribuées à une formation judiciaire était de 13800. En 2002, elles se sont doublées à 28200, et depuis cette époque elles ne laissent pas d'augmenter. 27200, en 2003 ; 32500, en 2004 ; 35400, en 2005 ; 39200, en 2006 ; 41600, en 2007 ; 49700, en 2008 ; 57000, en 2009 ; 61100, en 2010 ; 64300, en 2011 ; 64900, en 2012 ; et 65800, en 2013. En 2014, le nombre des requêtes a eu une petite diminution du 15%, restant à 56250. Cette tendance s'est maintenue en 2015, avec un total de 40600, mais en 2016, le nombre de requêtes a monté à nouveau, restant à 53200. Dans les dernières années l'augmentation du nombre de requêtes est une tendance, puisqu'en 2017, elles sont montées à 63400. COUR EDH, *Analyse statistique 2017,* Strasbourg, Cour EDH, 2018, p. 7, Disponible [En ligne] : https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2017_FRA.pdf (29 septembre 2018). Par ailleurs, dans le SIDH, le nombre des pétitions reçues chaque année par la Commission IDH est aussi en augmentation, mais moins exorbitant que dans le système du Conseil de l'Europe. En 2001, la Commission a reçu 885 pétitions ; en 2002, 979 ; et en 2003, 1050. Entre 2004 et 2006, elle a eu une stabilisation du nombre des pétitions reçues : 1319, en 2004 ; 1330, en 2005 ; et 1325 en 2006. L'année 2007, le nombre des pétitions a monté à 1456, mais en 2008, il a même baissé à 1323. Cependant, dès 2009 le nombre des pétitions est à nouveau en augmentation : 14131 cette année ; 1598, en 2010 ; 1658, en 2011 ; 1936, en 2012 ; 2061, en 2013 ; 1758, en 2014 ; 2164, en 2015 ; et 2567, en 2016. Le 2017, il y a eu une légère diminution des pétitions, 2494. COMMISSION IDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2017*, 2018, p. 56, Disponible [En ligne] : http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/IA2017cap.2-es.pdf (29 septembre 2018) ; voir aussi, COMMISSION IDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010*, 7 mars 2011, p. 35 ; et COMMISSION IDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003*, 23 avril 2004, p. 50.

[1494] COUR IDH, *Affaire Suárez Rosero Vs. Équateur*, Arrêt de fond, Série C n ° 35, Op. Cit., §§ 98 et 99 ; *Affaire Hilaire, Constantine, Benjamin et autres Vs. Trinité-et-Tobago*. Arrêt de fond, réparations, frais et dépens. Série C n° 94. Op. Cit, § 114.

[1495] Ibid., § 116.

[1496] Le devoir de prévention, selon la Cour IDH, « comprend tous les moyens d'ordre juridique, politique, administratif et culturel, propres à favoriser la protection des droits de l'homme et veiller que toute violation à ceux-ci, soit effectivement considérée et traitée comme un fait illicite que, en tant que tel, est susceptible d'entraîner des sanctions pour ceux qui les réalisent, ainsi que l'obligation d'indemniser aux victimes de leurs conséquences nuisibles ». COUR IDH, *Affaire Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Arrêt de fond, Série C n° 4, Op. Cit., § 175 ; *Affaire Godínez Cruz Vs. Honduras*, Arrêt de fond, Série C n° 5, 20 janvier 1989, § 185 ; *Affaire González et autres (« Campo Algodonero ») Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 205, 16 novembre 2009, § 252 ; *Affaire Luna López Vs. Honduras*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 269, Op. Cit., § 118 ; *Affaire Veliz Franco et autres Vs. Guatemala*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 277, 19 mai 2014, § 135.

[1497] COUR IDH, *Affaire Suárez Rosero Vs. Équateur*, Arrêt de fond, Série C n ° 35, Op. Cit., §§ 98 et 99 ; *Affaire Hilaire, Constantine, Benjamin et autres Vs. Trinité-et-Tobago*. Arrêt de fond, réparations, frais et dépens. Série C n° 94. Op. Cit, §§ 114 et 116.

États, afin d'assurer, sans aucune exception, la jouissance effective des droits consacrés dans la CADH à toutes les personnes soumises à leur juridiction[1498].

Pour sa part, la Cour EDH en 2004, enthousiaste par l'invitation du Comité des Ministres à identifier les arrêts qui révèlent un problème structurel susceptible de donner lieu à de nombreuses requêtes[1499], a signalé que les défaillances de l'ordre juridique interne sont susceptibles de surcharger le système instauré dans la CEDH par un grand nombre de requêtes résultant de la même cause[1500]. Pour cette raison, elle a décidé, comme déjà rappelé, d'adopter une nouvelle approche juridictionnelle pour traiter les problèmes systématiques ou structurels apparaissant dans l'ordre juridique national à travers une procédure où les problèmes systématiques sont identifiés et les mesures générales pour les résoudre sont indiquées. Ceci, « dans le souci de faciliter la suppression rapide et effective d'un dysfonctionnement constaté dans le système national »[1501].

III. Les conséquences indirectes sur la réforme procédurale et organique du contrôle des juridictions régionales

Les violations répétitives des droits de l'homme ont généralement leur source dans les dysfonctionnements de l'ordre juridique interne pouvant provoquer par là même l'engorgement judiciaire des tribunaux nationaux. Pour cela, dans le système interaméricain et le système européen, des réformes procédurales et organiques ont été faites afin de renforcer les systèmes juridictionnels de protection, face aux conséquences indirectes des violations répétitives sur leur suffisance et leur efficacité.

Par exemple, dans le SIDH à partir des réformes du règlement intérieur de la Cour IDH (1996, 2000, 2003 et 2009), il y a eu un renforcement progressif de la capacité procédurale des individus dans les procédures instaurées aux termes de la CADH. Ainsi, les victimes présumées, leurs proches ou leurs représentants, ont désormais tous les droits et devoirs en matière procédurale, devenant véritables parties du contentieux interaméricain. Lorsqu'elles n'ont pas les moyens économiques, elles se sont également vues reconnaître l'assistance

---

[1498] COUR IDH, *Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens. Série C n ° 52, Op. Cit., point résolutif No. 14. Il faut préciser que ces conclusions sont arrivées à la réflexion de la Cour IDH grâce à l'opinion dissidente du juge Cançado Trindade, donnée dans l'affaire *El Amparo Vs. Venezuela*. À cette occasion, le juge s'opposait à la décision de la Cour IDH de ne pas examiner l'incompatibilité de l'article 54.2 et 54.3 du Code de justice militaire de ce pays à l'égard de la CADH, et de ne pas reconnaître une réparation non-pécuniaire demandée par la Commission IDH, pour avoir considéré qu'il s'agissait d'une analyse *in abstacto* de la disposition normative, sur laquelle, elle n'avait pas compétence dans l'exercice de sa fonction contentieuse. Pour Cançado Trindade, « l'existence même d'une disposition légale peut *per se* créer une situation qui affecte directement les droits protégés par la Convention américaine ». « Il ne semble pas nécessaire d'attendre la survenance d'un dommage (physique ou morale) pour qu'une loi puisse être contestée, elle peut l'être sans que ceci représente un examen ou une détermination *in abstracto* de son incompatibilité avec la Convention. S'il était nécessaire d'attendre l'application effective d'une loi causant des dommages, il serait insoutenable le devoir de prévention ». Antônio CANÇADO TRINDADE, *Opinion dissidente de réparations, frais et dépens*, COUR IDH, Affaire El Amparo Vs. Venezuela, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 28, 14 septembre 1996, §§ 2 et 3.

[1499] CONSEIL DE L'EUROPE, *CEDH : mise en œuvre et contrôle. Garantir l'efficacité de la Convention européenne des droits de l'homme,* Op. Cit., pp. 83 et 84.

[1500] COUR EDH, *Affaire Broniowski Vs. Pologne*, Requête nº 31443/96, Op. Cit., § 193.

[1501] COUR EDH, *Affaire Broniowski Vs. Pologne*, Requête nº 31443/96, Arrêt de règlement amiable, 28 septembre 2005, §§ 34 et 35.

légale, avec la création, au cours de l'année 2008, du « Fond d'assistance légale du système interaméricain des droits de l'homme » [1502].

Par rapport au SEDH, il y a eu aussi de réformes très importantes. La réforme portée par le Protocole n° 11 de 1998, qui vise à faire plus efficace le système, supprimant la Commission EDH, transformant la Cour EDH en tribunal permanent, et en changeant sa structure (Comités, Chambres et Grande Chambre)[1503]. La réforme du Protocole n° 14 de 2010, qui complète les changements déjà intervenus en 1998, et crée la figure du juge unique pour l'analyse de la recevabilité des requêtes[1504]. Aussi, il faut tenir compte des réformes qu'amèneront les deux derniers protocoles adoptés par le Comité des Ministres, quand ils seront entrés en vigueur. Le Protocole n° 15, créé pour réaffirmer le principe de subsidiarité du système et la marge d'appréciation des États dans la mise en œuvre de la CEDH ; et le Protocole n° 16, précité, visant à développer la fonction consultative de la Cour EDH (au style interaméricain), et prévoyant la possibilité pour les plus hautes juridictions des États parties, d'adresser des demandes d'avis consultatif à la Cour sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention et ses protocoles[1505].

Cependant, il devient évident de plus en plus que les États sont incapables de protéger les droits de l'homme tous seuls. Ils ont besoin d'être aidés et accompagnés pour accomplir cette fonction. De cette évidence, il apparaît, comme l'avait bien affirmé René Brunet il y a un peu plus d'un demi-siècle,

> « Qu'on ne peut pas s'en rapporter uniquement aux États du soin de sauvegarder sur leur territoire le respect des droits de l'homme : non seulement certains d'entre eux, gouvernés despotiquement, sont, par principe et nécessité, contempteurs de libertés, mais d'autres ont des législations internes insuffisamment sûres pour qu'on puisse leur faire entièrement confiance et se reposer sur eux du devoir qui leur incombe de protéger les droits de l'homme : la communauté internationale doit dès lors intervenir »[1506].

[1502] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine,* Op. Cit., pp. 203 – 214 ; et Cecilia MEDINA QUIROGA, *Modificación de los reglamentos de la Corte interamericana de derechos humanos y de la Comisión interamericana de derechos humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte*, Anuario de derechos humanos, Santiago de Chile, Universidad de Chile, No. 7, 2011, pp. 117 – 126, Disponible [En ligne] : http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/17001/20530 (29 septembre 2018).

[1503] CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif du protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Strasbourg, 1994, §§ 26 – 56, Disponible [En ligne] : https://rm.coe.int/16800cb623 (29 septembre 2018).

[1504] Voir, Gérard COHEN-JONATHAN et Jean-François FLAUSS (Dir.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; et Corneliu BÎRSAN, « Les aspects nouveaux de l'application des articles 41 et 46 de la Convention dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* Hanno HARTIG (Dir.), *Trente ans de droit européen des droits de l'homme : études à la mémoire de Wolfgang Strasser*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 19 – 44.

[1505] CONSEIL DE L'EUROPE, *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme : Interlaken, Izmir, Brighton et au-delà : une compilation d'instruments et des textes relatifs à la réforme actuelle de la CEDH*, Op. Cit ; et COMITÉ DES MINISTRES, *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme,* 7e Rapport annuel du Comité des Ministres 2013, Op. Cit., pp. 25 – 30.

[1506] René BRUNET, *La garantie internationale des droits de l'homme d'après la Charte de San Francisco*, Op. Cit., p. 29.

§ 2 : L'universalisation de la protection et de la garantie des droits de l'homme

Il est certain que les États tous seuls sont limités dans leurs efforts pour protéger et garantir efficacement les droits de l'homme. La diversification autant que la montée des problèmes de l'humanité qui dépassent les limites territoriales des États rend nécessaire un appui extérieur qui puisse les aider à surmonter toutes les défaillances empêchant d'accomplir l'une de leurs fonctions plus importantes, à savoir, la réussite du bien-être des humains à travers une protection universelle des droits de l'homme.

Tant le concept de *responsabilité de protéger (A)*, que *les efforts mis en place pour protéger les droits des migrants dans cette ère de la mobilité humaine massive (B),* procèdent de la perspective de cette fonction.

A. La responsabilité de protéger de la communauté internationale

D'abord, il faut préciser que la « responsabilité de protéger » apparaît dans le monde juridique comme le fruit de la méfiance à l'égard des excès commis dans le passé avec ses notions prédécesseurs de « l'intervention d'humanité » et de « l'intervention humanitaire »[1507]. Grâce à cette responsabilité, indépendamment des fortes et vives critiques compréhensibles dans sa mise en œuvre récente[1508], l'on peut constater néanmoins une transition intéressante du partage de la responsabilité vis-à-vis de la protection des humains, au départ *de l'État et de la communauté internationale (I)*, et ouvrant la voie d'une responsabilité *de la communauté internationale vers la communauté humaine globale (II)*.

I. De l'État vers la communauté internationale

Le concept de la « responsabilité de protéger » (R2P), tel qu'il a été créé par la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États (CIISE) dans un rapport de l'année 2001[1509], et repris partiellement par l'Assemblée générale des Nations Unies dans la Déclaration finale du Sommet mondial de 2005[1510], fixe et réaffirme une responsabilité initiale des États vis-à-vis de leur population. Mais le concept va plus loin pour établir une responsabilité complémentaire de la communauté internationale lorsque l'État ne

---

[1507] Jean-Marc THOUVENIN, « Genèse de l'idée de responsabilité de protéger », *in La responsabilité de protéger : colloque de Nanterre*, Paris, Pedone, 2008, p. 23 ; et Melik ÖZDEN, *Responsabilité de protéger : progrès ou recul du droit international public*, Cahier critique, Genève, Cetim, 2013, No. 12, pp. 9 – 12.

[1508] On fixe ici l'attention sur les critiques portées sur les excès commis dans l'intervention de l'OTAN en Libye en 2011, où le Conseil de sécurité, à travers la Résolution 1973 de cette année, a autorisé à mettre en place « toutes les mesures nécessaires » « pour protéger les populations et zones civiles menacées d'attaque ». (UN. SECURITY COUNCIL, *Resolution 1973 (2011),* S/RES/1973 (2011), 17 Mars 2011, § 4). Grâce à cette résolution les États membres de l'OTAN, en particulier les États également membres permanents du Conseil de sécurité (les États-Unis, la France et le Royaume-Uni), ont déroulé l'opération d'intervention militaire en Libye dans toute l'illégalité, arrivant même à changer le régime politique établit au nom de la « responsabilité de protéger la population civile ». Voir, Melik ÖZDEN, *Responsabilité de protéger : progrès ou recul du droit international public*, Op. Cit., p. 23 ; et Hans KÖCHLER, *« All necessary means », United Nations Vs. Libyan Arab Jamahiriya : Humanitarian Intervention or Colonial War ?* Vienne, International Progress Organization, 2011, Disponible [En ligne] : http://www.i-p-o.org/IPO-nr-UN-Libya-28Mar.htm (29 septtembre 2018). Voir aussi, Vinodh JAICHAND, *After human rights standard setting, what's new ?* Sur : International Journal on Human Rights, 2014, Vol. 11, No. 20, pp. 37 – 39.

[1509] ICISS, *The responsibility to protect*, Ottawa, IDRC, 2001.

[1510] UN. GENERAL ASSEMBLY, *2005 World Summit Outcome*, Op. Cit.

peut pas s'acquitter de cette responsabilité, qui lui incombe certes en premier, ou lorsque le gouvernement du dit État ne veut pas le faire[1511].

Ainsi, la théorie de la responsabilité de protéger repose sur trois piliers. Le premier, reconnaît l'État comme le responsable initial de la protection de sa population sur son territoire. Le deuxième, précise le rôle de la communauté internationale, établissant qu'elle doit porter assistance aux États, si nécessaire, pour qu'ils puissent s'acquitter de cette obligation. Le troisième pilier, transmet à la communauté internationale le devoir d'entreprendre en temps voulu une action collective –en accord avec les principes de la Charte des Nations Unies–, en cas d'échec des moyens pacifiques, et lorsque les autorités nationales n'assurent manifestement pas la protection de leurs populations[1512].

Le rapport de la CIISE est éclairant des mutations du contexte international, où « les enjeux et préoccupations du XXIe siècle posent des problèmes nouveaux et, souvent, fondamentalement différents de ceux auxquels le monde devait faire face en 1945, lorsque l'Organisation des Nations Unies a été fondée »[1513]. « Les mandats et les moyens [des] institutions internationales n'ont pas évolué aussi rapidement que les besoins de la communauté internationale et les attentes du monde moderne »[1514]. En d'autres mots, la réalité internationale d'aujourd'hui est complément différente de celle de la deuxième moitié du siècle passé, alors que le système international est resté dans son optique interétatique, ne pouvant faire face aux problèmes de l'humanité d'aujourd'hui avec les mesures et les moyens du passé.

La vision interétatique du droit international est dépassée par la réalité contemporaine du monde. Les États sont incapables de gérer tous seuls, la responsabilité de protéger et garantir les droits humains. Depuis la fin de la guerre froide, le contexte international « fait entrevoir la possibilité d'une action internationale collective face aux problèmes de la paix, de la sécurité, des droits de l'homme et du développement durable à l'échelle planétaire »[1515].

L'Assemblée générale des Nations Unies l'a bien compris en 2005, lorsqu'elle reconnaît « l'importance vitale d'un système multilatéral efficace fondé sur le droit international pour mieux affronter les menaces et défis multiformes et interdépendants auxquels le monde doit faire face et pour aller de l'avant dans les domaines de la paix et de la sécurité, du développement et des droits de l'homme »[1516].

Elle est consciente « qu'aujourd'hui plus que jamais, le monde vit à l'heure de la [globalisation] et de l'interdépendance, aucun État ne pouvant faire véritablement cavalier seul »[1517].

[1511] Ibid., §§ 138 et 139.
[1512] Ibid., § 139. Sur le sujet, voir aussi, UN. GENERAL ASSEMBLY, *Implementing the responsibility to protect*, A/63/677, 2009 ; et Julie LEMAIRE, *La responsabilité de protéger : un nouveau concept pour de vielles pratiques ?* Note d'analyse, Groupe de rechercher et d'information sur la paix et la sécurité, 2012, p. 8, Disponible [En ligne] : http://archive.grip.org/fr/siteweb/images/NOTES_ANALYSE/2012/NA_2012-01-31_FR_J-LEMAIRE.pdf (29 septembre 2018) ; Nabil HAJAMI, *La responsabilité de protéger*, Bruxelle, Bruylant, 2013 ; et Samia AGGAR, « *La responsabilité de protéger : un nouveau concept ?* », Op. Cit., p. 15.
[1513] ICISS, *The responsibility to protect*, Op. Cit., p. 3, § 1.10.
[1514] Ibid., p. 3, § 1.11.
[1515] Ibid., pp. 3 et 4, §§ 1.12.
[1516] UN. GENERAL ASSEMBLY, *2005 World Summit Outcome*, Op. Cit., § 6.
[1517] Ibid., § 7.

À cette réalité, il faut l'ajouter que les droits de l'homme ont saisi tout le droit international, et leur respect est devenu un sujet et un objet d'importance capitale dans les relations internationales. La multiplication des instruments pour les protéger fait preuve de cette réalité. La mise en place d'une Charte universelle des droits de l'homme et la construction collective d'un Code international en la matière précités, ainsi que des instruments et systèmes de protection, laissent en évidence que la protection et la garantie des droits humains ne sont plus une affaire étatique.

Bien que les États au nom de leur souveraineté soient les premiers responsables de la protection des humains –pour des questions de proximité et de praticité–, lorsqu'ils échouent dans ce but, c'est la communauté internationale qui a la responsabilité de protéger[1518]. Tout cela, revient à confirmer la nécessité de concevoir d'une nouvelle manière la souveraineté étatique. « L'évolution du droit international a imposé de nombreuses limites à la liberté d'action des États »[1519]. La souveraineté dans l'actualité doit se concevoir comme une obligation qui implique une double responsabilité : d'un côté, externe, ce qui oblige à « respecter la souveraineté d'autres États », et de l'autre, interne, ce qui rend impératif de « respecter la dignité et les droits fondamentaux de toute personne vivant sur le territoire de l'État »[1520].

Par ailleurs, la notion de justice universelle contribue à rapprocher le droit international des droits de l'homme à l'idée d'une « justice sans frontières »[1521], dans laquelle tous les acteurs et sujets du droit international sont impliqués. On est indiscutablement dans la transition « d'une culture de l'impunité souveraine à une culture de la responsabilité nationale et internationale »[1522]. La protection et la garantie des droits de l'homme cessent d'être une question étatique pour devenir une affaire universelle, où les systèmes juridiques nationaux et le système juridique international convergent et s'imbriquent[1523].

L'universalisation de la protection et garantie des droits de l'homme exige une complémentarité entre l'action étatique et l'action de la communauté internationale. En principe, les systèmes judiciaires des États souverains sont les mieux placés pour assurer la défense des droits humains. C'est seulement lorsque les systèmes de justice nationaux ne peuvent pas ou ne veulent pas s'acquitter de cette obligation que la justice internationale doit intervenir[1524].

[1518] Maria Rita MAZZANTI, *From state sovereignty to responsibility to protect*, Op. Cit., p. 90.
[1519] ICISS, *The responsibility to protect*, Op. Cit., p. 8, § 1.33.
[1520] La CIISE remarque que « la souveraineté considérée comme responsabilité représente désormais la condition minimale à remplir pour les États désireux de montrer qu'ils sont capables de se comporter en bons citoyens de la communauté internationale ». Ibid., p. 9, § 1.35.
[1521] Ibid., p. 15, § 2.19.
[1522] Ibid., p. 14, § 2.18.
[1523] Tel qu'il est affirmé par Barbara Delcourt, on est devant « un renversement de la représentation classique du monde westphalien dans lequel l'ordre règne à l'interne, au sein de l'État et grâce à lui, mais pas dans le système international dans lequel l'anarchie, voire le chaos, est la règle ». L'arrivée de la responsabilité de protéger « fait entrevoir une perspective inversée dans laquelle l'ordre interne est, dans certaines circonstances le produit de l'ordre international, l'usage légitime du pouvoir normalement dévolu à l'État souverain pouvant être assuré par la communauté internationale ». Barbara DELCOURT, « L'introduction de la notion de responsabilité de protéger dans les autorisations données par le Conseil de sécurité : enjeux politiques et paradoxes », *in* Karine CHRISTAKIS MOLLARD-BANNELIER et Cyrille PISON (Dir.), *Le recours à la force autorisé par le Conseil de sécurité*, Paris, Pedone, 2014, p. 65.
[1524] Ibid., p. 54.

L'universalisation de la protection des droits de l'homme se rapproche à la notion de sécurité humaine. La prétendue universalité des droits humains, accompagnée nécessairement par leur protection aussi universelle, signifie qu'il faut garantir la sécurité des gens, c'est-à-dire « leur sûreté physique, leur bien-être économique et social, le respect de leur dignité et de leurs métiers en tant qu'êtres humains, et la protection de leurs droits et de leurs libertés fondamentales »[1525].

Le partage étendu des responsabilités voulu par la CIISE met en évidence la transition de la responsabilité de protéger de l'État vers la communauté internationale. Néanmoins, l'Assemblée générale dans le document final du Sommet mondial de 2005, suivant son regard progressif sur le sujet, a circonscrit cette transition exclusivement à quatre situations concrètes qui semblaient d'alors être les plus graves. Il s'agit des atrocités criminelles : « du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité »[1526].

La responsabilité de protéger se distingue de la sécurité humaine par deux caractéristiques. D'une part, le champ de la responsabilité de protéger est limité à quatre catégories des crimes, tandis que la sécurité humaine « vise à mettre en place des politiques et des pratiques de fond face à des phénomènes mondiaux de nature plus structurelle que circonstancielle, tels le changement climatique, la lutte contre la pauvreté, le sida, etc. »[1527]. D'autre part, « le seul manquement avéré à la responsabilité de protéger peut emporter une réaction éventuellement armée de la communauté internationale, action tout à fait exclue dans le cadre de la mise en œuvre de la sécurité humaine »[1528].

Par ailleurs, et vu les excès qui ont été commis par quelques États au nom de la protection de l'humanité –se disant représenter la communauté internationale–, particulièrement en Libye et en Côte d'Ivoire[1529], la responsabilité de protéger a besoin d'être renforcée. Ainsi a été souligné à travers une initiative Latino-Américaine au cours du débat

---

[1525] ICISS, *The responsibility to protect*, Op. Cit., p. 15, § 2.21. Voir sur le sujet, la définition de sécurité humaine donnée par l'Assemblée générale en 2005. « Les êtres humains ont le droit de vivre dans la dignité, à l'abri de la pauvreté et du désespoir […] que toutes les personnes, en particulier les plus vulnérables, ont le droit de vivre à l'abri de la peur et du besoin et doivent avoir la possibilité de jouir de tous leurs droits et de développer pleinement leurs potentialités dans des conditions d'égalité ». UN. GENERAL ASSEMBLY, *2005 World Summit Outcome*, Op. Cit., § 143 ; et Rahim KHERAD (Dir.), *Sécurité humaine. Théorie(s) et pratique(s). Colloque international en l'honneur du Doyen Dominique Breillat,* Paris, Pedone, 2010.

[1526] Ibid., § 139. L'une des critiques aux limitations de la responsabilité de protéger faites par l'Assemblée générale, se centre sur l'imprécision conceptuelle de ces quatre crimes choisis par l'Assemblée. En effet, « il n'existe pas de définition universelle de ces crimes et il convient de noter que la plupart des statuts des tribunaux internationaux (Tribunal sur l'ex-Yougoslavie, Tribunal sur le Rwanda [et la Cour Pénale Internationale]) ont leur définition propre de ces crimes ». En autre, « il n'existe pas de définition précise du nettoyage ethnique en droit international ». Melik ÖZDEN, *Responsabilité de protéger : progrès ou recul du droit international public*, Op. Cit., pp. 14 et 15. Il y a seulement une approche au concept faite par l'ancien Secrétaire général des Nations Unies, M. Ban Ki-Moon en 2009, en disant que « le nettoyage ethnique n'est pas en soi un crime en droit international, mais des actes de purification ethnique peuvent constituer l'un des trois autres crimes ». UN. GENERAL ASSEMBLY, *Implementing the responsibility to protect*, Op. Cit., § 3.

[1527] Sandra SZUREK, *La responsabilité de protéger : mauvaises querelles et vraies questions*, Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Bogotá, 2011, Vol. 4, p. 55.

[1528] Ibidem.

[1529] À ce propos, « changer de régime et défendre la démocratie ne sont pourtant pas des objectifs qui ont été mentionnés au cours du processus d'élaboration doctrinale du principe de responsabilité de protéger. Si tel avait été le cas, nul doute qu'il n'aurait pas été avalisé par les chefs d'État et de Gouvernement en 2005 ». Barbara DELCOURT, « L'introduction de la notion de responsabilité de protéger dans les autorisations données par le Conseil de sécurité : enjeux politiques et paradoxes », Op. Cit., p. 62.

général sur la matière en septembre 2011[1530] par la Présidente du Brésil, Dilma Rousseff, qui a parlé de la nécessité de mettre en œuvre une « responsibility while protecting » (RwP), afin que le concept de R2P « soit appliqué de maniéré compatible avec les buts, principes et dispositions de la Charte [de l'ONU] et avec l'intention exprimée par les chefs d'État et de gouvernement lors du Sommet mondial 2005 »[1531], sans les excès et les abus des États membres de l'OTAN commis en Libye[1532].

Pour sa part, en 2013, à l'occasion du cinquième rapport sur la responsabilité de protéger, le Secrétaire général de l'ONU a attiré l'attention sur un nouvel aspect nécessaire pour améliorer la R2P. Il s'agit de la relevance de reconnaître les « facteurs de risque relatifs aux conflits armés » et les « facteurs de risques relatifs aux atrocités criminelles »[1533], pour prendre des mesures de prévention adéquates tant pour les conflits armés que pour les atrocités criminelles.

« La variété des facteurs de risque montre que les atrocités criminelles ne sont pas des événements isolés qui surviennent du jour au lendemain, mais de processus qui s'inscrivent dans la durée »[1534]. Ainsi les génocides perpétrés dans l'Holocauste et au Rwanda « ont débuté [auparavant] par des discours haineux, des discriminations et une marginalisation »[1535]. C'est pourquoi la prise des mesures préventives très tôt peut aider à créer des solutions structurelles qui attaquent aux causes profondes des atrocités criminelles et éliminent les sources qui provoquent la commission de telles atrocités[1536]. Renforcer la résilience nationale, promouvoir et protéger les droits de l'homme, adopter les mesures ciblées dans les droits étatiques pour prévenir les atrocités criminelles, de même que créer des partenariats au service de la prévention, sont quelques solutions structurelles et opérationnelles qui peuvent prendre les États pour s'acquitter de leur responsabilité de protéger[1537].

[1530] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Responsibility to protect : timely and decisive response*, A/66/874-S/2012/578, 2012, § 50. Voir aussi, Ricardo ARREDONDO, *La responsabilidad de proteger : la perspectiva latinoamericana*, Araucaria, Revista iberoamericana de filosofía, política y humanidades, Sevilla, Año 16, No. 32, 2014, pp. 269 – 290.
[1531] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Responsibility to protect : timely and decisive response*, Op. Cit., § 50.
[1532] Barbara DELCOURT, « L'introduction de la notion de responsabilité de protéger dans les autorisations données par le Conseil de sécurité : enjeux politiques et paradoxes », Op. Cit., pp. 58 – 61.
[1533] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Responsibility to protect : state responsibility and prevention*, A/67/929-S/2013/399, 2013, § 12. En effet, « les conflits armés comportent un risque intrinsèque d'atrocités criminelles, et inversement, ces dernières peuvent augmenter le risque de conflit armé. Mais tous les conflits armés n'entraînent pas des atrocités criminelles, et toutes les atrocités criminelles ne sont pas commises dans un contexte de conflit armé. Les atrocités criminelles se caractérisent par le fait que certains groupes, communautés ou populations sont délibérément ciblés, notamment des personnes protégées par les Conventions de Genève, et parfois, par des cycles d'agression et de représailles entre communautés ».
[1534] Ibid., § 30.
[1535] Ibidem.
[1536] Ibid., § 31.
[1537] Ibid., §§ 35 – 70.

Ces nouvelles propositions à l'égard de la R2P finissent pour nourrir le terrain de son développement dans le but d'arriver à une deuxième transition[1538], cette fois de la communauté internationale vers la communauté humaine globale[1539].

II. De la communauté internationale vers la communauté humaine globale

En 2009, le Secrétaire général des Nations Unies dans le premier rapport sur la responsabilité de protéger a indiqué qu'elle « ne visait nullement à minimiser l'ensemble beaucoup plus large d'obligations résultant du droit international humanitaire, du droit international des droits de l'homme, du droit des réfugiés et du droit pénal international »[1540]. En 2010, dans le deuxième rapport, il a remarqué l'importance de l'information, l'évaluation et l'alerte rapide pour faciliter l'action préventive et la coopération multilatérale[1541].

Pendant l'année 2011, un peu après que le Conseil de sécurité a adopté la Résolution 1973, le Secrétaire général de l'ONU dans le troisième rapport émis sur la responsabilité de protéger, a mis l'accent sur l'impact positif de la réponse régionale aux problèmes des pays. « Les accords régionaux et sous-régionaux peuvent encourager les gouvernements à reconnaître les obligations mises à leur charge par les conventions internationales pertinentes » ainsi qu' « à déterminer et éliminer les sources de friction au sein de leur société avant que la situation ne tourne à la violence ou à des atrocités »[1542].

Le rapport met en exergue, également, le rôle de la société civile dans la prévention des massacres et des atrocités. Si la prévention initiale est de la responsabilité juridique de l'État, il est toutefois nécessaire d'agir en partenariat avec les groupes des femmes, les groupes civiques, le clergé, le secteur privé, les milieux universitaires, les médias, entre autres[1543]. Dans son quatrième rapport en 2012, le Secrétaire général en plus de souligner que « les organisations nationales et internationales de la société civile disposent d'une gamme de moyens de prévention ou d'action face aux crimes et violations relevant de la responsabilité de protéger » et qu'elles « peuvent jouer un rôle important d'alerte rapide sur

---

[1538] Voir sur ce sujet, Anne-Cécile ROBERT, « Hier et aujourd'hui : ces guerres qu'on dit humanitaires », *in* Nils ANDERSSON et Daniel LAGOT (Dir.), *Responsabilité de protéger et guerres « humanitaires » : le cas de la Libye*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 126 – 130 ; Julie LEMAIRE, *La responsabilité de protéger : un nouveau concept pour de vielles pratiques ?* Op. Cit., pp. 10 et 11 ; et Monica SERRANO, *The responsibility to protect : Libya and Côte d'Ivoire*, Amsterdam, Amsterdam Law Forum, 2011, Vol. 3, No. 3, pp. 99 – 101, Disponible [En ligne] : http://amsterdamlawforum.org/article/view/226/416 (29 septembre 2018).

[1539] L'usage instrumentalisé de la responsabilité de protéger par des États ou organisations qui poursuivent des intérêts politiques, économiques et militaires déterminés, preuve pourquoi elle a eu une application à « géométrie variable » selon le profit et les chances de succès de chaque opération. « Sa mise en œuvre montre clairement la réticence des gouvernements à mettre leurs ressources au service de l'ONU pour des [missions qui ne leur présentent aucun intérêt], et lorsqu'ils le font, à considérer que la protection de leurs soldats en opération est au moins sinon plus importante que l'objectif de protection des populations civiles ». Barbara DELCOURT, « L'introduction de la notion de responsabilité de protéger dans les autorisations données par le Conseil de sécurité : enjeux politiques et paradoxes », Op. Cit., p. 66.

[1540] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Implementing the responsibility to protect*, Op. Cit., § 3.

[1541] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Early warning, assessment and the responsibility to protect*, A/64/864, 2010, § 8 ; sous cet angle, voir Samia AGGAR, *La responsabilité de protéger : un nouveau concept ?*, Op. Cit., p. 15.

[1542] UN. GENERAL ASSEMBLY, *The role of regional and sub-regional arrangements in implementing the responsibility to protect*, A/65/977-S/2011/393, 2011, § 17.

[1543] Ibid., § 12. Voir sur ce sujet, Maria Rita MAZZANTI, *From state sovereignty to responsibility to protect*, Op. Cit., pp. 151 – 154.

le terrain »[1544], il a étendu cette responsabilité aux individus. En effet, il a précisé que chaque individu « exerce une certaine influence », dans la mesure où les individus peuvent demander « des comptes aux États et à leurs dirigeants quand ils manquent à leur devoir de protection »[1545]. Ainsi, la responsabilité de protéger commence peu à peu à rassembler tous les éléments nécessaires pour évoluer vers un devoir de la communauté humaine globale.

Dans le sixième rapport sur la R2P, le Secrétaire général de l'ONU a confirmé, comment grâce à la mise au point du concept, des nouveaux acteurs et sujets internationaux sont impliqués dans la responsabilité de protéger[1546]. Il a aussi accordé une importance significative à la prévention, non seulement parce que le fait d'agir tôt aidera à pallier les risques latents avant qu'ils se manifestent, mais également parce qu'il est plus efficient, en termes de coût de l'intervention[1547], laissant comme dernier ressort le recours à la force militaire[1548]. Tout cela, fondé sur l'appui des partenariats entre différents acteurs, parmi lesquels se trouvent les organisations et les organes internationaux et régionaux, les États, le secteur privé, la société civile et les individus[1549].

Il est ainsi confirmé que l'obligation de protéger la population civile ouvre une transition de la communauté internationale vers la communauté humaine globale, et qu'ainsi comme l'universalisation des droits de l'homme est une réalité, l'universalisation de leur protection s'avère aussi réelle y compris dans d'autres matières autres que la lutte contre des atrocités criminelles, comme le cas des droits des migrants et tous les efforts déployés pour mettre en œuvre leur protection universelle.

B. L'exemple des droits des migrants et les efforts de leur protection universelle

La protection du migrant et de leur famille a cessé d'être une affaire entre pays d'origine et pays d'accueil pour devenir une question d'intérêt global, fondée sur *la prééminence des droits de l'homme à travers le principe d'égalité et la non-discrimination (I)*, et dont *le principe de non-refoulement se voit muni d'une portée universelle (II)*.

I. La prééminence des droits de l'homme à travers le principe d'égalité et la non-discrimination

Les réflexions d'Hannah Arendt sur l'existence du « droit d'avoir des droits »[1550], se confirment aussi dans l'actualité de la situation des migrants.

Arendt affirme que « les droits de l'homme, en principe inaliénables, se sont révélés impossibles à faire respecter, même dans les pays dont la constitution se fondait sur eux,

---

[1544] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Responsibility to protect : timely and decisive response*, A/66/874-S/2012/578, 2012, § 45.
[1545] Ibid., § 47.
[1546] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Fulfilling our collective responsibility : international assistance and the responsibility to protect*, A/68/947-S/2014/449, 2014, § 13.
[1547] Ibid., § 18.
[1548] Ibid., § 79.
[1549] Ibid., §§ 21 – 27.
[1550] Hannah ARENDT, *Les origines du totalitarisme : l'impérialisme*, Paris, Fayard, 1982, p. 281.

chaque fois qu'y sont apparus des gens qui n'étaient plus citoyens d'un État souverain »[1551]. Ces gens, maux nommés les « sans droits » paraissent avoir perdu leurs droits de l'homme. Arendt situe cette perte à deux moments. La première perte fut, selon elle, de leur résidence, « ce qui voulait dire la perte de toute trame sociale dans laquelle ils étaient nés et dans laquelle ils s'étaient aménagés une place distincte dans le monde »[1552]. La seconde perte, fut celle de la protection d'un gouvernement, « ce qui n'implique pas seulement la perte de leur statut juridique dans leur propre pays, mais dans tous »[1553].

Si les réflexions de cette philosophe politique semblent pertinentes, c'est juste parce que la situation des milliards de migrants aujourd'hui, surtout de ceux qui sont nommés sous des mauvais qualificatifs, tels « les irréguliers » ou « les sans-papiers », est tellement critique qu'ils sont devenus les apatridies du XXIe siècle.

Pour reprendre l'expression d'Antônio Cançado Trindade, « l'idolâtrie du marché » a réduit les hommes à des simples agents de la production économique[1554]. Il est ironique que dans le monde « globalisé » les frontières soient ouvertes aux capitaux, biens et services mais fermées aux êtres humains[1555]. Ceci, c'est le calvaire des migrants. Pour l'éminent juge,

> « Cette nouvelle tragédie contemporaine, essentiellement créée par l'homme et qui aurait pu être parfaitement évitée si la solidarité humaine avait prévalu sur l'égoïsme individuel, a donné naissance au nouveau phénomène des flux massifs de migration forcée qui émerge et s'intensifie –des millions d'êtres humains cherchent à échapper, non plus à une persécution individuelle et politique mais plutôt à la faim, à la misère et aux conflits armés– avec des graves conséquences pour l'application des normes internationales de protection de la personne humaine »[1556].

Le progrès matériel de certains s'est accompagné de la fermeture des frontières aux êtres humains ainsi que de l'apparition de nouvelles formes de criminalité autour des flux migratoires, telles que l'exploitation au travail, le trafic clandestin des personnes et la prostitution forcée, dont les migrants dits « irréguliers » ou « sans papiers » sont souvent les victimes[1557].

Face aux flux migratoires et les violations des droits de l'homme qui sont toujours présents dans ce phénomène, réapparu lors des années 1990, plusieurs efforts ont été faits pour traiter ce problème, et en vue de renforcer le cadre normatif international existant depuis 1951 avec la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, qui a été créée initialement pour aider aux Européens déplacés par les graves conflits vécus d'alors dans ce continent[1558]. Bien que la Convention ait été conçue comme un instrument destiné à

[1551] Ibid., p. 276.
[1552] Ibidem.
[1553] Ibidem.
[1554] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Uprootedness and the protection of migrants in the International Law of Human Rights*, Op. Cit., p. 139.
[1555] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine*, Op. Cit., p. 217.
[1556] Ibid., pp. 217 et 218.
[1557] Ibid., p. 219.
[1558] Cette convention qui est considérée la « Charte des droits des réfugiés », fut adoptée le 28 juillet 1951 et entra en vigueur le 22 avril 1954 avec le dépôt du sixième instrument de ratification, tel qu'il avait été prévu dans son article 43, dans l'ordre : le Danemark, la Norvège, la Belgique, le Luxembourg, l'Allemagne et l'Australie. Pour savoir plus sur cette convention, voir l'édition spéciale du magazine de l'Agence des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR) : UNHCR, *50th anniversary the 1951 Genève Convention : the wall*

réglementer un phénomène qu'on croyait temporaire et limité géographiquement aux seuls réfugiés provenant d'Europe, la persistance et la multiplication du phénomène des migrations forcées amenèrent à l'amendement de la Convention par le Protocole du 31 janvier 1967 relatif au statut des réfugiés, en levant les limitations temporaires et géographiques, mais en conservant les dispositions essentielles de la Convention.

Les efforts se sont appuyés sur la base commune du principe d´égalité et la non-discrimination, qui a été renforcé et adapté au phénomène planétaire des nouvelles migrations forcées. L'article 3 de la Convention de Genève 1951 signale expressément dans son contenu la non-discrimination : « les États contractants appliqueront les dispositions de cette Convention aux réfugiés sans discrimination quant à la race, la religion, ou les pays d'origine »[1559].

Dans le continent africain, l'article 4 de la Convention de l'OUA, aujourd'hui l'UA, régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, a prescrit aussi que « les États membres s'engagent à appliquer les dispositions de la présente Convention à tous les réfugiés, sans distinction de race, de religion, de nationalité, d'appartenance à un certain groupe social ou d'opinions politiques »[1560].

Également en Amérique, le principe d'égalité et la non-discrimination est reconnu avec la Déclaration de Cartagena sur les réfugiés du 22 novembre 1984, et la Déclaration de San José sur les réfugiés et les personnes déplacées du 5 au 7 décembre 1994, qui se reconnaissent toutes les deux comme des instruments complémentaires de la Convention de Genève 1951 et de son Protocole de 1967. La conclusion 10 de la Déclaration de San José réaffirme, en particulier,

> « Tant les réfugiés que les personnes qui migrent par d'autres raisons y compris les économiques, sont titulaires des droits de l'homme qui doivent être respectés à tout moment, circonstance et lieu. Ces droits inaliénables doivent être respectés avant, pendant et après leur exode ou du retour dans leurs pays, [ayant en plus les États] le devoir de leur fournir de tout ce qui est nécessaire pour garantir leur bien-être et leur dignité humaine ».

De même en Europe, où l'article 4 de la Convention européenne d'établissement du 13 décembre 1955 a consacré que « les ressortissants des Parties contractantes bénéficient sur le territoire d'autres Parties d'un traitement égal à celui des nationaux en ce qui concerne la jouissance et l'exercice des droits civils, soit de nature personnelle, soit de nature patrimoniale ». Le paragraphe 1, de l'article 5, de la Convention sur la nationalité du 6 novembre 1997, a confirmé aussi le principe d'égalité et de la non-discrimination, lorsqu'il affirme que « les règles d'un État Partie relatives à la nationalité ne doivent pas contenir de

---

behind which refugees can shelter, Refugees, Vol. 2, No. 123, 2001 ; et Jean-Yves CARLIER, « Et Genève sera... la définition du réfugié : bilan et perspective », *in* Vincent CHETAIL et Jean-François FLAUSS (Dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 63 – 89.

[1559] Voir sur ce sujet, Vincent CHETAIL, « Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international », *in* Vincent CHETAIL et Jean-François FLAUSS (Dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 4.

[1560] La convention fut faite le 10 septembre 1969 dans le capital de l'Éthiopie, Addis-Abeba, et entra en vigueur le 20 juin 1974.

distinction ou inclure des pratiques constituant une discrimination fondée sur le sexe, la religion, la race, la couleur ou l'origine nationale ou ethnique ».

Ces instruments montrent l'existence d'une indiscutable évolution dans la protection des droits de l'homme, qui tient compte de l'universalité des droits des individus, pour franchir le domaine dévolu à la protection étatique et chercher une véritable protection universelle à partir du principe d'égalité et le droit à la non-discrimination. Telle a été la posture des organes du SIDH par rapport à la protection des droits des étrangers et des migrants y compris des migrants mineurs.

Dans l'avis consultatif 16 du 1er octobre 1999 relatif au droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre du procès équitable, la Cour IDH a souligné « que pour aboutir à ses objectifs, le procès [judiciaire] doit identifier et corriger les facteurs d'inégalité réelle de ceux qui sont amenés en justice. C'est ainsi qu'il est entendu le principe d'égalité devant la loi et les tribunaux, et la corrélative prohibition de discrimination »[1561]. Pour cette raison, il faut fournir « un traducteur à ceux qui ne connaissent pas la langue dans laquelle se déroule la procédure, mais aussi pour la même circonstance, est attribué à l'étranger le droit d'être informé qu'il peut compter avec l'assistance consulaire »[1562].

La Cour IDH est plus sage dans ses arguments sur la protection des migrants dans l'avis consultatif 18 du 17 septembre 2003, lorsqu'elle « considère que le principe d'égalité devant la loi, la protection égale devant la loi et la non-discrimination, appartient au *jus cogens*, puisque sur lui repose toute la structure juridique de l'ordre public national et international, en plus d'être un principe fondamental qui imprègne tout l'ordre juridique »[1563]. Selon la Cour « tous les États, en tant que membres de la communauté internationale, doivent s'acquitter de leurs obligations sans aucune discrimination, parce que cela se trouve intrinsèquement en relation avec le droit à une protection égalitaire devant la loi »[1564]. L'obligation étatique de traiter les êtres humains de manière égale et sans discrimination se dérive « directement de l'unité de nature du genre humain, qui est inséparable de la dignité essentielle de la personne »[1565].

Pour la Cour IDH le principe d'égalité et la non-discrimination imprègne tout exercice du pouvoir étatique en relation avec le respect et la garantie des droits de l'homme. L'État, soit au niveau international, soit dans l'ordre interne, et pour les actes de toutes ses autorités, et même de tiers qui agissent sous sa tolérance, acquiescence ou négligence, ne peut pas agir contrairement au principe d'égalité et au droit à la non-discrimination, au préjudice d'un

---

[1561] Selon la Cour IDH, « la présence des conditions d'inégalité réelle oblige à adopter des mesures compensatoires qui contribuent à réduire ou éliminer les obstacles et les défaillances qui entravent ou diminuent la défense efficace des intérêts propres. Sans l'existence de ces mesures compensatoires, largement reconnues dans divers stades de la procédure, difficilement on pourrait dire que ceux qui se trouvent en conditions de désavantage jouissent d'un véritable accès à la justice et profitent d'un procès équitable en conditions d'égalité avec ceux qui n'ont pas ces désavantages ». COUR IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Avis consultatif OC-16/99, Op. Cit., § 119.

[1562] Ibid., § 120. Voir aussi sur le sujet, Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine*, Op. Cit., pp. 230 et 231.

[1563] COUR IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,* Avis consultatif OC-18/03, Op. Cit., § 101.

[1564] Ibid., § 100.

[1565] COUR IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Avis consultatif OC-17/02, 28 août 2002, § 45 ; et *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Avis consultatif OC-4/84, Op. Cit., § 55.

groupe déterminé de personnes, tels que les migrants « sans papiers »[1566]. « Les États ne peuvent subordonner ou poser des conditions à l'observance du principe d'égalité devant la loi et de la non-discrimination à la réalisation de leurs politiques publiques, quelles qu'elles soient, y compris celles de caractère migratoire »[1567].

Plus récemment dans l'avis consultatif 21 du 19 août 2014, la Cour IDH a réaffirmé que les États ont des obligations générales par rapport aux migrants, particulièrement s'il s'agit des mineurs. Elle a signalé qu'il existe un « devoir étatique de respect et garantie des droits de l'homme par rapport à « toute personne qui soit soumise à la juridiction » de l'État »[1568]. C'est-à-dire avec toute personne « qui se trouve dans son territoire ou que de n'importe quelle manière se trouve soumise à son autorité, responsabilité ou contrôle, en essayant d'entrer au son territoire, et tout cela, sans aucune discrimination »[1569].

Pour sa part, la Commission IDH dans son récent rapport sur les droits de l'homme des migrants et d'autres personnes dans le contexte de la mobilité humaine, a mis en évidence que « dans les Amériques, les principes de l'égalité et la non-discrimination constituent l'axe central du système interaméricain des droits de l'homme »[1570]. Dans « le droit international des droits de l'homme ne sont pas seulement interdites les politiques et pratiques discriminatoires, mais aussi celles dont l'impact soit discriminatoire contre une certaine catégorie de personnes, même en l'absence de preuve de l'intention discriminatoire »[1571].

Selon la Commission IDH, les États ont des obligations positives à l'égard des migrants quelle que soit leur situation migratoire. Ces obligations se matérialisent particulièrement, avec le devoir de respecter et le devoir de garantir les droits[1572]. Cela implique que « les États doivent arranger tout l'appareil gouvernemental et, en général, toutes les structures à travers lesquelles se manifeste l'exercice du pouvoir étatique, de telle sorte qu'ils soient capables d'assurer juridiquement le libre et plein exercice des droits de l'homme de toutes les personnes qui se trouvent soumises à leur juridiction »[1573].

Par rapport à la crise migratoire du Méditerranée, où les États européens et même l'UE ont montré un manque de responsabilité[1574], voire d'humanité, en souscrivant des accords

---

[1566] COUR IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,* Avis consultatif OC-18/03, Op. Cit., § 100.
[1567] Ibid., point 10.
[1568] COUR IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional*, Avis consultatif OC-21/14, 19 août 2014, § 61.
[1569] Ibidem.
[1570] La Commission IDH précise que dans l'application des lois migratoires, l'égalité devant la loi et la non-discrimination « obligeant aux États à faire que leurs politiques et pratiques législatives ne soient pas dirigées de manière injustifiée vers certains individus sur la base uniquement de leurs caractéristiques ethniques ou raciales, telles que la couleur de la peau, l'accent, l'ethnie, ou l'endroit de résidence qui soit connu par avoir une population ethnique particulière ». COMMISSION IDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, Op. Cit., §§ 357 et 358. Voir sur le sujet, Bernard DUHAIME, « Vers une Amérique plus égalitaire ? L'interdiction de la discrimination et le système interaméricain de protection des droits de la personne », *in* Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGROUDJA (Dir.), *Le particularisme interaméricain : en honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 151 – 182.
[1571] COMMISSION IDH, *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*, Op. Cit., § 358.
[1572] Ibid., §§ 362 – 365.
[1573] Ibid., § 365.
[1574] Catherine TEULE, *« Accord » EU-Turquie : le troc indigne*, Plein droit, 2017, Vol. 3, No. 114, pp. 23 – 26 ; Maybritt Jill ALPES, Sevda TUNABOYLU et Ilse Van LIEMPT, *Human Rights Violations by Design : EU-Turket*

bilatéraux avec des États tiers[1575], dans le but de renvoyer les migrants hors du territoire européen, la Cour EDH a manifesté son désaccord. Dans l'affaire *Hirsi Jamaa et autres Vs. Italie*, relative à l'interception en haute mer de navires avec de migrants par les autorités militaires italiennes, puis le renvoie collectif de ceux-ci à la Libye dans le cadre d'accords bilatéraux, la Cour a trouvé responsable l'État italien pour la violation de l'article 3 de la CEDH et l'article 4 de son Protocole n° 4, à l'avoir renvoyé aux requérants (11 ressortissants somaliens et 13 ressortissants érythréens) à Tripoli, les exposants au risque d'être victimes de torture, des peines et de traitements inhumains ou dégradants[1576], ainsi que d'être rapatriés arbitrairement en Érythrée et en Somalie[1577].

Pour la Cour, aucune des dispositions de droit international « ne justifiait le renvoi des requérants vers la Libye, dans la mesure où tant les normes en matière de secours aux personnes en mer que celles concernant la lutte contre la traite des êtres humains imposent aux États le respect des obligations découlant du droit international en matière de réfugiés, dont le « principe de non-refoulement »[1578]. En plus, la Cour a observé que « la Libye n'a pas ratifié la Convention de Genève relative au statut des réfugiés »[1579], ce qui dans le « moment de transférer les requérants vers la Libye, les autorités italiennes savaient ou devaient savoir qu'il n'existait pas de garanties suffisantes protégeant les intéressés du risque d'être renvoyés arbitrairement dans leurs pays d'origine, compte tenu notamment de l'absence d'une procédure d'asile et de l'impossibilité de faire reconnaître par les autorités libyennes le statut de réfugié octroyé par le HCR »[1580].

Bien que cette jurisprudence établie ait été suivie par la Cour EDH[1581], il semble que tout n'est pas gagné ni conclu dans cette situation, dans la mesure où l'Europe est, comme l'a exprimé le juge Pinto de Albuquerque, en train d'établir « une politique de « crimmigration » réellement inhumaine, sans pour autant offrir la moindre justice pour les victimes de graves infractions telles que la torture »[1582], montrant « le pire visage de l'Europe dans l'histoire récente »[1583]. Plus encore, si on tient compte que l'UE a commencé à renforcer sa politique d'externalisation des procédures d'asile par le biais d'accords bilatéraux avec de pays tiers de l'Afrique du Nord[1584].

Statement Prioritises Returns from Greece Over Access to Asylum, RSCAS, 2017, Issue 29, pp. 1 – 10 ; et Yiota MASOURIDOU et Evi KYPRIOTI, *The EU-Turkey Statement and the Greek Hostposts. A Failed European Pilot Project in Refugee Policy*, Brussels, Belgium, The Greens/European Free Alliance in the European Parliement, 2018.

[1575] Voir par exemple, COUNCIL EU, *EU-Turkey Statement, 18 March 2016*, 2016, Diponible [En ligne] : http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/ (29 septembre 2018).

[1576] COUR EDH, *Affaire Hirsi Jamaa et autres Vs. Italie*, Requête n° 27765/09, 23 février 2012, §§ 137 et 138.

[1577] Ibid., §§ 155 – 158.

[1578] Ibid., § 134.

[1579] Ibid., § 153.

[1580] Ibid., § 154.

[1581] COUR EDH, *Affaire S.J. Vs. Belgique*, Requête n° 70055/10, 19 mars 2015 ; *Affaire Abdullahi Elmi et Aweys Abubakar Vs. Malte*, Requêtes nos 25794/10 et 28151/13, 22 novembre 2016 ; et *Affaire Paposhvili Vs. Belgique*, Requête n° 41738/10, 13 décembre 2016.

[1582] Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE, *Opinion en partie concordante, en partie séparée de l'arrêt du fond*, COUR EDH, Affaire G.I.E.M. S.R.L. et autres Vs. Italie, Requêtes nos 1828/06, 34163/07 et 19029/11, 28 juin 2018, § 62, et note de bas de page 160.

[1583] Ibidem.

[1584] Voir notamment, UE. ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE, *Résolution 2228 (2018)*, 2018, *Résolution 2215 (2018)*, 2018, *Résolution 2147 (2017)*, 2017, *Résolution 2109 (2016)*, 2016, et *Résolution 2000 (2014)*, 2014.

Par chance, ce même esprit ne se trouve pas à niveaux de l'ONU. En mars 2014, l'Agence des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR), a émis un rapport intitulé « *Children on the run* », à travers lequel ont été confirmées les obligations générales des États vis-à-vis des migrants y compris des mineurs, mais surtout, l'Agence a précisé la signification de la notion de « protection internationale » dans ce domaine. D'après l'UNHCR la protection internationale des migrants s'avère très proche de celle de la responsabilité de protéger, parce qu'initialement « il est de la responsabilité des États de protéger à leurs ressortissants »[1585], mais lorsque « les gouvernements de leurs pays d'origine ne protègent pas les droits basiques de ces personnes, la communauté internationale doit intervenir pour assurer que lesdits droits, comme il est prévu par des différents instruments régionaux et internationaux, soient respectés »[1586].

D'autre part, l'Assemblée générale des Nations Unies, le 19 septembre 2016, a adopté avec l'appui des 193 membres de l'ONU, la Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants. Dans cette déclaration s'est exprimé que « les déplacements massifs de réfugiés et de migrants » sont « un phénomène mondial appelant des approches et des solutions mondiales »[1587], puisque « aucun État ne peut à lui seul gérer ces déplacements »[1588].

À cet égard, comme engagement général, l'annexe I de la Déclaration propose un « cadre d'action global » pour les réfugiés et définit des mesures en vue de l'adoption d'un « pacte mondial sur les réfugiés en 2018 »[1589], « fondé sur le principe de la coopération internationale et le partage des charges et des responsabilités » afin de « protéger et d'aider les réfugiés et de prêter assistance aux États d'accueil et aux communautés concernées »[1590]. Également, l'annexe II de la Déclaration prévoit l'adoption d'un « pacte mondiale pour des migrations sûres, ordonnées et régulières en 2018 »[1591], dans le but d'établir « un ensemble de principes, d'engagements et d'accords entre les États Membres concernant les migrations internationales sous tous leurs aspects », ainsi que de proposer « un cadre pour une coopération internationale globale en matière de migrations et de mobilité humaine »[1592].

Le 2 août 2018, le Haut-commissaire des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) a émis le texte final du pacte mondial sur les réfugiés, en précisant que « la situation des réfugiés constitue une préoccupation commune pour l'humanité »[1593], vu que « la portée, l'étendue et la complexité des situations de réfugiés ont augmenté, et les réfugiés ont besoin de protection, d'assistance et de solutions »[1594]. D'après le document, « le Pacte mondial s'inspire des principes fondamentaux d'humanité et de la solidarité internationale »[1595], se

---

[1585] UNHCR, *Children on the run*, Washington, 2014, p. 8, Disponible [En ligne] : http://www.unhcr.org/about-us/background/56fc266f4/children-on-the-run-full-report.html (29 septembre 2018).
[1586] Ibidem.
[1587] UN. GENERAL ASSEMBLY, *New York Declaration for Refugees and Migrants*, A/RES/71/1, 19 September 2016, § 7.
[1588] Ibidem.
[1589] Ibid., § 21.
[1590] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Annex I of New York Declaration for Refugees and Migrants (Comprehensive Refugee Response Framework)*, A/RES/71/1, 19 September 2016, § 1.
[1591] UN. GENERAL ASSEMBLY, *New York Declaration for Refugees and Migrants*, Op. Cit., § 21.
[1592] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Annex II of New York Declaration for Refugees and Migrants (Towards a Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration)*, A/RES/71/1, 19 September 2016, § 2.
[1593] UNHCR, *Global Compact on Refugee*, New York, 2018, § 1, Disponible [En ligne] : http://www.unhcr.org/gcr/GCR_English.pdf (29 septembre 2018).
[1594] Ibidem.
[1595] Ibid., § 5.

déclare « totalement apolitique », et est guidé « par les instruments internationaux pertinents relatifs aux droits de l'homme, le droit international humanitaire » et par « les principes d'humanité, de neutralité, d'impartialité et d'indépendance »[1596].

Le pacte, s'est fixé quatre objectifs fondamentaux afin de bien garder des droits des réfugiés, « i) alléger la pression sur les pays d'accueil, ii) renforcer l'autonomie des réfugiés, iii) élargir l'accès aux solutions dans des pays tiers ; et iv) favoriser les conditions d'un retour dans les pays d'origine en sécurité et dans la dignité »[1597]. D'autre part, bien que le pacte établisse qu' « il incombe aux pays à l'origine des déplacements de réfugiés de s'attaquer aux causes profondes », il exprime aussi que « la prévention et la gestion d'importantes situations de réfugiés sont également des sujets de préoccupation majeurs pour la communauté internationale dans son ensemble, nécessitant des efforts en temps voulu pour s'attaquer à leurs facteurs et déclencheurs, ainsi qu'une meilleure coopération entre les acteurs politiques, humanitaires, de développement et de paix »[1598].

Grâce à cette évolution sur les droits des migrants, malgré les manifestations d'inhumanité et de manque de solidarité[1599], on peut percevoir qu'il existe sur la protection des droits de l'homme, toute une transition, voire une transmission de la responsabilité de l'État à la communauté internationale, et de cette dernière à la communauté humaine globale[1600]. Ce phénomène prouve l'existence de l'universalisation de la protection et garantie des droits, laquelle devient encore plus évidente par le biais du principe de non-refoulement et sa portée universelle.

II. La portée universelle du principe de non-refoulement

La première référence au non-refoulement dans la pratique du droit international, apparaît dans la période d'entre deux guerres avec l'article 3 de la Convention du 28 octobre 1933 relative au statut international des réfugiés, lequel prévoyait déjà la prohibition pour les parties contractantes de « refouler les réfugiés sur les frontières de leur pays d'origine »[1601]. Cependant, c'est dans la période historique subséquente à la deuxième guerre mondiale que le non-refoulement est reconnu comme un principe cardinal du droit international des réfugiés avec l'article 33 de la Convention de Genève 1951 et l'article 2.3 de la Convention de l'OUA de 1969 sur les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique[1602].

L'importance donnée après la deuxième guerre mondiale au principe de non-refoulement a été tellement forte que l'article 42 de la Convention de Genève 1951 interdit catégoriquement la formulation de réserves à son égard, et quelques années plus tard à la fin

---

[1596] Ibidem.
[1597] Ibid., § 7.
[1598] Ibid., § 8.
[1599] Marie MARTIN, *Prioritising Border Control over Human Lives : Violations of the Rights of Migrants and Refugees at Sea*, Copenhagen, Euro-Mediterranean Human Rights Network, 2014 ; et Luc LEBOEUF, « L'Union européenne et la lutte contre l'immigration irrégulière : entre souveraineté et droits fondamentaux », *in* Dominique BERLIN, Francesco MARTUCCI, et Fabrice PICOD (Dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 161 – 171.
[1600] Voir, UNHCR, *Towards a Global Compact on Refugees : A Roadmap*, 2017, §§ 1 – 5, Disponible [En ligne] : http://www.unhcr.org/58e625aa7 (29 septembre 2018).
[1601] Sur l'évolution des droits de réfugiés et de l'évolution historique de leur protection internationale voir, AMNESTY INTERNATIONAL, *Réfugiés : un scandale planétaire*, Paris, Autrement, 2012, pp. 12 – 21.
[1602] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 520.

de la guerre du Vietnam, la Déclaration de Cartagena sur les réfugiés de 1984 a établi que le non-refoulement « doit être reconnu et respecté dans l'état actuel du droit international, comme un principe du *jus cogens* »[1603].

Néanmoins, les États à l'heure actuelle des déplacements massifs ont de plus en plus de difficultés à distinguer les réfugiés des migrants économiques, par le fait qu'aujourd'hui les migrations mixtes sont plus fréquentes[1604], et le principe de non-refoulement s'avère une protection initiale pour les uns comme pour les autres.

En effet, les difficultés pratiques survenues pour faire la distinction entre réfugiés et migrants économiques, ont élargi la protection donnée par le principe de non-refoulement à tout migrant en attendant la procédure de reconnaissance du statut de réfugié. Autour de la notion de réfugié existe une présomption qui doit être respectée. « Selon la Convention de Genève de 1951, les personnes sont réfugiées à partir du moment où elles sont sorties de leur pays pour fuir des menaces, avant même d'être reconnues comme telles dans un autre État ». De cette manière, elles doivent bénéficier de la protection donnée par ce statut présumé, « tant que rien ne vient prouver le contraire »[1605]. Ainsi, « toute personne qui se présente à un poste frontière se trouve déjà, de fait, à l'intérieur du territoire et sous la juridiction des autorités de cet État, qui seront donc tenues de lui accorder la protection due au titre de l'article 33 de la Convention de Genève »[1606].

Cette interprétation a été confirmée par le Comité exécutif de l'UNHCR dans ses conclusions sur la situation des réfugiés, lorsqu'il a réaffirmé « l'importance fondamentale de l'observation du principe du non-refoulement –tant à la frontière qu'à partir du territoire d'un État– »[1607], et lorsqu'il a précisé vis-à-vis de la protection internationale de l'être humain que « le principe fondamental du non-refoulement y compris le non-refus d'admission à la frontière doit être scrupuleusement respecté »[1608]. Même dans les « mouvements massifs de populations » et les situations de « récession économique »[1609], le principe de non-refoulement ne peut pas se déroger par son caractère de norme de *jus cogens*[1610].

Par essence, comme l'affirme Amnistie International, « le principe de non-refoulement concerne toute personne qui craint des persécutions dans son pays d'origine »[1611]. Ce principe protège « donc toutes les personnes qui risqueraient de subir des atteintes graves à leurs

---

[1603] OAS, *Cartagena Declaration on refugees*, Cartagena - Colombia, 19 – 22 November 1984, fifth conclusion, Disponible [En ligne] : http://www.oas.org/dil/1984_cartagena_declaration_on_refugees.pdf (29 septembre 2018).

[1604] Actuellement, les migrants économiques et les réfugiés « voyagent souvent côte à côte, empruntent les mêmes itinéraires, utilisent les mêmes modes de transport et ont recours aux services des mêmes trafiquants d'êtres humains pour tenter d'atteindre les mêmes pays de destination ». Jeff CRISP, *Distinction vital*, Refugees, Genève, UNHCR, No. 148, Vol. 4, 2007, p. 6.

[1605] AMNESTY INTERNATIONAL, *Réfugiés : un scandale planétaire*, Op. Cit., p. 16.

[1606] Vincent CHETAIL, *Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international*, Op. Cit., p. 19.

[1607] UNHCR EXCOM, *Conclusion n° 6 (XXVIII)*, 12 October 1977, § c.

[1608] UNHCR EXCOM, *Conclusion n° 81 (XLVIII)*, 21 October 1981, Measures of protection, § 2. Voir aussi, UNHCR, *A thematic compilation of Executive Committee conclusions*, 2014, p. 14, Disponible [En ligne] : http://www.unhcr.org/53b26db69.html (29 septembre 2018).

[1609] UNHCR EXCOM, *Conclusion n° 25 (XXXIII)*, 20 October 1982, § d.

[1610] UNHCR EXCOM, *Conclusion n° 79 (XLVII)*, 11 October 1996, § i ; et Jean ALLAIN, *The jus cogens nature of non-refoulement*, International journal of refugee law, Oxford, Oxford University Press, Vol. 13, No. 4, 2002, p. 539.

[1611] AMNESTY INTERNATIONAL, *Réfugiés : un scandale planétaire*, Op. Cit., p. 17.

droits fondamentaux, quand bien même elles ne sont pas considérées comme réfugiées au sens de la Convention de Genève »[1612]. De cette manière, le principe de non-refoulement tel que d'autres principes basiques, comme le principe d'égalité et la non-discrimination, le principe d'inviolabilité et la sécurité de la personne humaine, le principe d'inaliénabilité et la « *non-renounceability* » aux droits de l'homme, fait partie de l'irréductible minimum de protection des droits des individus[1613].

D'après le juge international Cançado Trindade, le cadre d'application du principe de non-refoulement s'est élargi dès les années quatre-vingt, dans son champ *ratione personae* comme dans son champ *ratione materiae*, au profit de sujets distincts des réfugiés, tels que les étrangers en général, mais aussi à chaque individu dans le cas d'extradition, expulsion, déportation ou refoulement vers un État dans lequel il pourrait avoir le risque d'être soumis à la torture, aux traitements cruels, inhumains ou dégradants[1614].

L'extension donnée au principe de non-refoulement a redéfini son cadre universel de protection ainsi que déterminé sa nature de *jus cogens*[1615]. Désormais, le non-refoulement constitue une limitation à l'action souveraine des États en faveur de l'intégrité et du bien-être de la personne humaine[1616], sur lequel ne peut exister aucune opposabilité de la part des États, car, il s'agit d'une obligation impérative *erga omnes*.

Enfin, « le principe de non-refoulement demeure l'ultime rempart contre l'oppression, le dernier des droits de l'homme lorsque tous les autres ont été bafoués »[1617]. Il constitue, plus que jamais, « partie intégrante du patrimoine juridique commun de l'humanité »[1618]. L'un des principes qui s'intègrent aux droits étatiques et témoignant de l'universalisation des droits humains.

[1612] Ibid., p. 19.
[1613] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 520 et 523.
[1614] Ibidem.
[1615] Jean ALLAIN, *The jus cogens nature of non-refoulement*, Op. Cit., pp. 538 – 548.
[1616] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., p. 524.
[1617] Vincent CHETAIL, *Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international*, Op. Cit., p. 61.
[1618] Ibidem.

Conclusion Chapitre 1

La conception anthropocentriste du droit a été capitale pour le processus d'universalisation des droits de l'homme. Cette conception, liée à la formation contractualiste de l'État, a permis de trouver dans la motivation des hommes de vivre ensemble, la raison pour laquelle l'être humain est conçu comme créateur de l'État et du droit, ainsi que de démontrer pourquoi dans la vie sociale l'humain est le principe, et pourquoi il s'érige comme une « œuvre quasi divine »[1619].

La première démonstration, celle où l'être humain est le créateur de l'État autant que du droit, soutient la nécessaire soumission de l'État aux intérêts des individus. Pour sa part la deuxième démonstration, celle qui reconnaît à l'être humain comme le principe de la vie sociale, qui guidé par le « principe raisonnable » a réussi toujours à faire primer la raison dans ses actions[1620], montre que les créations juridiques humaines les plus importantes du XXe siècle (les Nations Unies et la Charte de San Francisco), ont eu pour objectif de soumettre l'action étatique au profit des humains et non pas à l'inverse. Cela dans la mesure où les droits de l'homme reconnus aux personnes humaines sont confiés principalement aux États, afin d'en assurer, par des mesures progressives, leur reconnaissance et leur application universelle et effective[1621].

Par ailleurs, l'être humain étant le créateur universel de la vie sociale, telle qu'on la connaît aujourd'hui, il est logique qu'il soit aussi dans la vie sociale le sujet de protection universelle. L'établissement de la Charte internationale des droits de l'homme autant que de son enrichissement permanent par la voie du Code international en la matière, explique la progressive juridictionnalisation et contrôle du respect des droits de l'homme à l'ordre universel et à l'ordre régional. On ne saurait expliquer autrement pourquoi dans les dernières décennies les droits de l'homme sont devenus l'un des sujets les plus juridictionnalisés du droit international (par le biais des mécanismes conventionnels et non conventionnels, autant que par la voie contentieuse et par la voie consultative), si ce n'est pas parce que la montée de l'être humain sur la scène internationale le positionne à nouveau au sommet du système juridique international[1622].

Cependant, l'identification des problèmes actuels de l'humanité a dévoilé l'incapacité des États pour protéger et garantir seuls les droits de l'homme[1623]. C'est pourquoi vis-à-vis de la protection effective des êtres humains, il est demandé dans l'état actuel du droit international que la protection de ceux-ci, en plus d'être une question étatique soit également une question de la communauté humaine globale. À ce propos, on trouve deux cas assez représentatifs. Il s'agit de la responsabilité internationale de protéger et des efforts déployés pour protéger universellement les migrants, principalement par la voie du principe de non-refoulement. Ces deux cas, par son importance et sa sensibilité sociales, démontrent que l'obligation de protéger aux êtres humains est en train de vivre un renforcement et une

---

[1619] André CLAIR, *Droit, communauté et humanité*, Op. Cit., pp. 37 et 38.
[1620] ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque,* Op. Cit., I, 13, 1102 b, 15 – 1103 a, 5, pp. 84 – 86.
[1621] René CASSIN, *La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme,* Op. Cit., p. 242.
[1622] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine,* Op. Cit., p. 28.
[1623] CONSEIL DE L'EUROPE, *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme : Interlaken, Izmir, Brighton et au-delà : une compilation d'instruments et des textes relatifs à la réforme actuelle de la CEDH*, Op. Cit., p. 80 ; et Antônio CANÇADO TRINDADE, *Évolution du droit international au droit des gens : L'accès des individus à la justice internationale, Le regard d'un juge*, Op. Cit., pp. 100 – 103.

multiplication des sujets responsables, passant de l'État à la communauté internationale, et de cette dernière vers la communauté humaine globale[1624].

[1624] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Fulfilling our collective responsibility : international assistance and the responsibility to protect*, Op. Cit., §§ 21 – 27.

Chapitre 2 : L'intégration des règles et des principes des droits de l'homme aux droits internes

L'une des conséquences la plus notoire du processus d'universalisation des droits de l'homme étant l'intégration continue de ses règles et principes dans les droits internes. Cette intégration juridique, doit être examinée sous deux aspects. En premier lieu, par le biais de l'analyse *des techniques d'intégration des droits de l'homme dans les droits internes (Section 1)*, vu que ces techniques sont en étroite relation avec des phénomènes juridiques très déterminants pour les droits étatiques (constitutionnalisation et conventionnalisation du droit). En second lieu, par l'étude de *l'impact sur les droits internes d'une telle intégration continue des droits de l'homme (Section 2)*, en tenant compte que l'intégration normative n'a pas toujours des portées positives.

Section 1 : Les techniques d'intégration des droits de l'homme dans les droits internes

Parmi les techniques pour intégrer les droits de l'homme aux ordres juridiques internes, pratiquées par les autorités étatiques comme par les organes des systèmes régionaux de protection, se trouvent d'une part, la constitutionnalisation du droit interne grâce au bien connu concept ou phénomène de la constitutionnalisation. En accord avec Christian Walter, on doit préciser que le terme « constitutionnalisation » est assez ambigu[1625]. Dans l'ordre national et dans le cadre international il a été utilisé en divers contextes. Par exemple, dans l'ordre étatique il a été employé pour parler des effets du droit constitutionnel sur les normes inférieures, dans l'ordre communautaire pour transformer les traités constitutifs en constitutions, et dans la scène internationale, pour décrire comment la Charte des Nations Unies est devenue la Constitution de la société internationale[1626]. Cependant, ici, l'on va examiner *le concept de constitutionnalisation (§ 1)* comme l'évolution du droit interne, le processus grâce auquel le droit interne, dont les droits de l'homme qu'il contient, passe d'un stade d'imperfection à un stade de clarté[1627].

D'autre part, la technique de *la conventionnalisation du droit étatique (§ 2)* encouragée par le phénomène de « l'internationalisation du droit constitutionnel et la constitutionnalisation du droit international »[1628], a réussi également à l'intégration de la dimension universelle des droits de l'homme dans les droits internes.

§ 1 : Par le biais de la constitutionnalisation du droit interne

---

[1625] Christian WALTER, « International law in a process of Constitutionalization », *in* André NOLLKAEMPER et Janne E. NIJMAN, *New perspectives on the divide between national & international law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 191.
[1626] Ibid., pp. 191 et 192.
[1627] Ibid., p. 193.
[1628] Susana ALBANESE, « La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional », *in* Susana ALBANESE (Coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 15. Voir aussi dans le même sens, Carlos PÉREZ VÁSQUEZ et Javier HERNÁNDEZ VALENCIA (Coord.), *A Dialogue between Judges : Writings of the Summit of Presidents of Constitutional, Regional and Supreme Courts (Mexico 2012)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, pp. XXXIV et XXXV.

Bien que le débat sur la constitutionnalisation du droit interne ait eu son succès il y a trois décennies dans le contexte de la communauté européenne[1629], son analyse semble encore pertinente notamment à cause de l'interaction normative qu'il implique. La constitutionnalisation a permis l'insertion de nouveaux éléments axiologiques au droit national, grâce auxquels se sont fixées les basses pour l'humanisation du droit des États à travers les principes et libertés concrets qui font naître le besoin de « prendre les droits au sérieux »[1630].

En effet, la constitutionnalisation du droit interne a permis par *le phénomène du bloc de constitutionnalité (A)* que les droits humains prennent une primauté dans l'ordre juridique étatique qu'avant été impensable, en créant une hiérarchie constitutionnelle des normes et un à catalogues élaboré des droits. Néanmoins, devant les changements de la société civile un tel phénomène avait ses exigences et ses périls, la limitation future des catalogues des droits reconnus vis-à-vis des nécessités de la population, auxquels la constitutionnalisation du droit a fait face par *la découverte, voire la reconnaissance, des nouveaux droits à travers la doctrine des droits innomés (B)*.

A. Par la voie du phénomène du bloc de constitutionnalité

L'objectif de clarté du droit interne à travers la constitutionnalisation va se consolider par un bloc de normes de caractère supérieur qui peut être défini *lato (II)* ou *stricto sensu (I)*.

I. Le bloc de normes de rang supérieur stricto sensu

La notion de bloc de constitutionnalité a ses origines dans la discussion sur le potentiel rang constitutionnel de certaines normes y compris les instruments internationaux, dans le niveau interne[1631]. Cette discussion a enrichi le débat sur l'intégration dans l'ordre étatique d'un nombre des règles, revêtues d'importance supérieure, qui constituent l'essence du système juridique national et qui doivent être respectées par les autorités ainsi que les particuliers.

Tout au début, l'expression de « bloc de constitutionnalité » a été utilisée par Claude Émeri, dans sa chronique sur la décision du Conseil constitutionnel français du 21 novembre 1969, relative aux modifications apportées au règlement de l'Assemblée nationale de ce pays[1632]. À ce propos, il a exprimé qu' « on peut à juste titre s'étonner que la Haute juridiction construise ainsi un véritable « bloc de la constitutionnalité » composé de la Constitution et des ordonnances de l'article 92 qui posent « les principes d'organisation du parlementarisme limité »[1633]. Ensuite, la notion de bloc a été théorisée dans un article rédigé en 1975, par celui

---

[1629] Thomas COTTIER et Maya HERTIG, *The prospects of 21st century constitutionalism*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, 2003, Vol. 7, No. 1, p. 270.
[1630] Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 279.
[1631] Manuel Eduardo GÓNGORA MERA, *Inter-American judicial constitutionalism*, San José, Inter-American Institute on Human Rights, 2011, p. 175.
[1632] Charlotte DENIZEAU, *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité*, Paris, LGDJ, 1997, p. 11.
[1633] Claude ÉMERI et Jean-Louis SERIN, *Les suites du référendum et l'élection présidentielle de 1969 : les modifications apportées au règlement de l'Assemblée nationale*, Revue du droit public, 1970, No. 3, p. 678.

qui deviendrait « le père adoptif de la notion »[1634], Louis Favoreu, à la suite de trois décisions rendues par le Conseil constitutionnel français[1635].

À cette occasion, Favoreu s'est mis à examiner quels sont les éléments pris en compte par le Conseil constitutionnel au moment de faire le contrôle de conformité des règles juridiques avec la Constitution[1636], pour conclure que « la notion de Constitution » a été dotée d' « une définition extensive puisqu'à l'égard des lois cette notion recouvre le texte constitutionnel, le Préambule et tous les principes issus des textes visés par celui-ci, les traités ou accords, les ordonnances et les lois organiques »[1637]. Ainsi pour lui, la constitutionnalité, à la différence de ce que pensait Charles Eisenmann, n'est pas la conformité à une norme expresse de la Constitution[1638], mais il s'agit au contraire, d'un processus qui englobe « la conformité à des textes exprès mais inclus dans des textes extérieurs à la Constitution ; mais surtout le fait que la conformité est vérifiée à l'égard des principes fondamentaux ou généraux que le juge constitutionnel définit lui-même à partir des textes dont ils sont issus »[1639].

De cette manière, selon Louis Favoreu, suivant le Conseil constitutionnel français dans sa décision du 19 juin 1970, la conformité s'apprécie, évidemment au regard du texte constitutionnel en *stricto sensu* « mais aussi du Préambule […] et plus précisément de la Déclaration des droits [de l'homme et du citoyen] de 1789, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, et du préambule de la Constitution [française] de 1946 »[1640].

À partir de cette notion du bloc de constitutionnalité, les tribunaux constitutionnels du monde entier ont développé le concept, en lui donnant une meilleure précision et définition, ainsi qu'en l'adaptant « comme mécanisme pour la reconnaissance de rang constitutionnel aux traités des droits de l'homme »[1641], tel que l'ont fait les tribunaux constitutionnels interaméricains[1642], comme celui de la Colombie[1643].

[1634] Charlotte DENIZEAU, *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité*, Op. Cit., p. 13.
[1635] Il s'agit des décisions 70-39 DC, du 19 juin 1970 ; 71-44 DC, du 16 juillet 1971 ; et 73-51 DC, du 27 décembre 1973. Voir notamment, Louis FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité : essaie de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in* Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Paris, Cujas, 1975, pp. 33 – 48.
[1636] Ibid., p. 34.
[1637] Ibid., p. 40.
[1638] Charles EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la haut Cour constitutionnelle d'Autriche*, LGDJ, 1928, p. 21.
[1639] Louis FAVOREU, *Le principe de constitutionnalité : essaie de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Op. Cit., p. 40.
[1640] Ibid., p. 38. Voir aussi, Manuel Eduardo GÓNGORA MERA, « La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano », *in* Armin Von BOGDANDY, Héctor FIX-FIERRO et Mariela MORALES ANTONIAZZI (Coord.), *Ius constitutionale commune en América Latina : rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 306.
[1641] Ibid., p. 302.
[1642] Manuel Eduardo GÓNGORA MERA, *I*nter-*American judicial constitutionalism*, Op. Cit., pp. 178 - 182. « Alors qu'en Europe le concept de bloc se réfère principalement à un ensemble de règles d'origine nationale utilisé en tant que paramètre dans le contrôle de constitutionalité, le bloc en Amérique Latine intègre les règles d'origine internationale, essentiellement les instruments des droits de l'homme, dans le paramètre de constitutionnalité ». Manuel Eduardo GÓNGORA MERA, « La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano », Op. Cit., p. 308.
[1643] En effet, « la visibilité et la réputation de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne ont influencé significativement les développements constitutionnels des pays de la Communauté Andine des Nations, bien comme modèle durant les processus constitutionnels (comme a été le cas au Venezuela en

En ce sens, la Cour constitutionnelle colombienne a signalé sur la base du *corpus juris* constitutionnel[1644] –particulièrement sur l'article 93–[1645], que le bloc de constitutionnalité en *stricto sensu* est formé par les « principes et normes de valeur constitutionnelle » contenus dans le « texte de la Constitution proprement dite » et dans « les traités internationaux qui consacrent des droits de l'homme dont leur limitation se trouve interdit dans les états d'exception »[1646].

On parle des normes et principes qui sont prévus par le texte constitutionnel et qui sont intégrées directement par l'un de ses articles, comme le 93 de la Constitution colombienne[1647], qui expressément indique que « les traités et les conventions internationaux ratifiés par le Congrès qui reconnaissent les droits de l'homme et interdisent leur limitation dans les états d'exception, prévalent dans l'ordre interne », et le 94 qui intègre au bloc *stricto sensu* les normes qui appartiennent au *jus cogens*[1648], comme celles du droit international humanitaire[1649].

Ainsi progressivement dans le droit constitutionnel, les règles et principes provenant du droit international commencent à être intégrés dans l'ordre juridique interne. Ce qui a amené à changer la tâche du juge constitutionnel, qui « ne consiste plus seulement à comparer terme à terme deux textes, l'un inférieur, l'autre supérieur ; mais à établir d'abord

---

1999, l'Équateur en 1998 et 2008, et dans la Bolivie en 2009), bien comme référent avec autorité persuasive dans la jurisprudence locale, par exemple, en Bolivie et Pérou ». Ibid., p. 314. Sur ce sujet, voir aussi l'illustration faite par Laurence Burgorgue-Larsen à la Constitution colombienne, pour démontrer l'ouverture d'esprit du bloc de constitutionnalité Latino-Américain au droit international des droits de l'homme. Laurence BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », Op. Cit., p. 114.

[1644] En 1992, la Cour constitutionnelle en définissant le caractère fondamental du droit d'association syndicale, a utilisé l'institution du bloc de constitutionnalité, intégrant à l'analyse du texte constitutionnel, les instruments et conventions internationaux ratifiés par la Colombie. Parmi eux, la DUDH, la DADDH, la Charte internationale américaine de garanties sociales (1947) et les conventions 87 y 98 de l'OIT. Voir, COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-418-92*, Requête T-398, 19 juin 1992, pp. 8 – 10, fondements juridiques 4.5 – 4.7. Sur l'intégration au bloc de constitutionnalité d'autres conventions de l'OIT –par exemple, la convention 169 relative aux droits des peuples indigènes et tribaux– voir, COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt d'unification SU-039-97*, Requête T-84771, 3 février 1997, p. 20, fondements juridiques 3.3.

[1645] Article 93 : Les traités et les conventions internationaux ratifiés par le Congrès qui reconnaissent les droits de l'homme et interdisent leur limitation dans les états d'exception, prévalent dans l'ordre interne. Les droits et devoirs consacrés par cette Charte sont interprétés en conformité avec les traités internationaux sur les droits de l'homme ratifiés par la Colombie.

[1646] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-191-98*, Requête D-1868, 6 mai 1998, p. 16, fondement juridique 5. Voir aussi, COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-225-95*, Requête L.A.T.-040, 18 mai 1995, p. 94.

[1647] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-358-97*, Requête D-1445, 5 novembre 1997, pp. 80 et 81, fondement juridique 6.

[1648] « Les règles constitutionnelles relatives aux valeurs et principes, ainsi que les normes internationales qui appartiennent aux « ius cogens » ne sont pas des proclamations programmatiques ou de simples aspirations qui ont une valeur juridique que dans la mesure où elles sont légalement assumées. Ces règles doivent être respectées dans toutes les applications du droit ; aucune décision juridique ne peut les méconnaître. De cette manière, indirectement, elles envahissent toute l'application juridique jusqu'à ses champs plus spécifiques ». COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-027-93*, Requêtes D-018, D-116 et D-136, 5 février 1993, p. 104, fondement juridique 4.

[1649] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-574-92*, Requête AC-TI-06, 28 octobre 1992, p. 94 ; et *Arrêt de constitutionnalité C-225-95*, Op. Cit., p. 92.

le terme supérieur, puis à effectuer la comparaison »[1650], avant de décider sur la compatibilité normative.

« Dans ce contexte exceptionnel d'ouverture au droit international des droits de l'homme ainsi qu'au *jus in bello* »[1651], l'intégration des règles et des principes d'origine internationale aux textes constitutionnels, laisse voir que « la normativité constitutionnelle n'est pas du privilège absolu des articles qui formellement intègrent la Charte Politique »[1652]. Désormais, la *Grundnorm* « est formée d'un groupe plus large de principes, règles et normes de droit positif que donnent naissance au dénommé « bloc de constitutionnalité », et partagent avec les articles du texte de la Charte la plus grande hiérarchie normative dans l'ordre interne »[1653].

Néanmoins, le travail d'intégration normative du juge constitutionnel ne finit pas avec le bloc de constitutionnalité *stricto sensu* ; il va au-delà avec la notion *lato sensu* de l'unité normative qui lui sert de paramètre du contrôle de constitutionnalité.

II. Le bloc de constitutionnalité lato sensu

De manière parallèle à la notion de bloc de constitutionnalité formée par les normes et principes contenus dans la Constitution et les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne a élaboré une doctrine sur le bloc de constitutionnalité élargi[1654], afin de trouver dans son contenu tous les éléments nécessaires qui vont lui servir de paramètre pour déterminer la constitutionnalité de la normativité interne[1655].

D'après cette notion, le bloc ne serait pas seulement formé par les articles de la Constitution et les traités internationaux mentionnés par les articles 93 et 94 de la Charte, mais aussi « par les lois organiques, et dans certains cas, par les lois statutaires »[1656]. Selon la Cour constitutionnelle, les normes qui font partie de cette notion élargie du bloc ont des caractéristiques spéciales qui aident à leur identification.

[1650] Louis FAVOREU, *Le principe de constitutionnalité : essaie de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Op. Cit., p. 41.
[1651] Laurence BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », Op. Cit., p. 114.
[1652] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-067-03*, Requête D-4111, 4 février 2003, p. 7.
[1653] Ibidem.
[1654] Antonio MOREIRA MAUÉS, *Supra-legality of International Human Rights Treaties and Constitutional Interpretation*, Sur International Journal on Human Rights, 2013, Vol. 10, No. 18, pp. 214 et 215.
[1655] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-191-98*, Op. Cit., p. 17, fondement juridique 5. Voir sur le sujet, Sergio Iván ESTRADA VÉLEZ, *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*, Medellín – Colombia, Universidad de Medellín, 2006, pp. 102 – 108.
[1656] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-191-98*, Op. Cit., p. 17, fondement juridique 5. En Colombie, les « lois statutaires » sont des normes juridiques qui ont une valeur supra légale mais infraconstitutionnel. Selon l'article 152 de la Constitution à travers ces lois, le Congrès de la République règlera les droits et devoirs fondamentaux des personnes ainsi que les mécanismes et recours pour leur protection ; l'administration de justice ; tout ce qui concerne à l'organisation et le régime des partis et mouvements politiques ; le statut de l'opposition, et les fonctions électorales. Également, les institutions et les mécanismes de participation citoyenne, les états d'exception et l'égalité électorale entre candidats à la présidence de la République.

En premier lieu, elles servent en tant que paramètre pour effectuer le contrôle de constitutionnalité du droit interne[1657]. Ainsi, le juge dans l'exercice de son labeur interprétatif de conformité, doit confronter la norme questionnée à la lumière de tous les éléments du bloc de constitutionnalité. Même s'il s'agit d'une norme provenant d'un amendement constitutionnel, puisque le juge dans ce cas-là, doit tenir compte des « limites intrinsèques au pouvoir de réforme qui se trouvent dans la Constitution elle-même ou dans les éléments du bloc de constitutionnalité »[1658]. C'est-à-dire du bloc *lato sensu*.

En second lieu, cette sorte de normes est investie d'un rang normatif supérieur aux lois ordinaires, ayant dans certains cas la hiérarchie intermédiaire entre la Constitution et la loi ordinaire[1659], et sert comme paramètre du contrôle de constitutionnalité.

Enfin, en troisième lieu, les normes *lato sensu* font partie du bloc grâce à la rémission expresse faite par l'une des dispositions constitutionnelles[1660]. Sur cette dernière caractéristique, la Cour a précisé que les traités qui définissent les limites du territoire par exemple, grâce à la rémission normative faite par l'article 101 de la Constitution colombienne, « font partie aussi du bloc de constitutionnalité *lato sensu* »[1661]. Par conséquent, « les normes édictées par les autorités publiques ne peuvent pas les contrevenir au risque d'être déclarées invalides par violation de l'article 101 du Statut Supérieur »[1662].

La Cour a également intégré au bloc *lato sensu*, les conventions de l'OIT, parce qu'en plus de servir comme paramètre du contrôle, elles aident à mieux interpréter les droits des personnes humaines.

Dans l'arrêt de constitutionnalité C-891-02, du 22 octobre 2002, la Cour a précisé que l'analyse de conformité des normes relatives à l' « exploitation des ressources naturelles ayant lieu dans les territoires des peuples indigènes », doit tenir compte de toutes « les dispositions constitutionnelles –y compris les traités internationaux qui font partie du bloc de constitutionnalité, comme c'est le cas de la Convention 169 de l'OIT– »[1663] . Ainsi pour la Cour, chaque fois qu'il est envisagé l'exploitation des ressources naturelles ayant lieu dans les territoires autochtones, les communautés indigènes doivent être consultées préalablement[1664].

De même dans l'arrêt de constitutionnalité du 25 juin 2008, la Cour constitutionnelle en plus d'assurer qu'en vertu du paragraphe 4 de l'article 53 de la Constitution[1665], les conventions internationales du travail dûment ratifiées par l'État font partie du bloc de constitutionnalité *stricto sensu* –dans le sens qu'elles interdissent la limitation des droits

---

[1657] Ibidem.
[1658] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-574-11*, Requête D-8371, 22 juillet 2011, p. 56, fondement juridique 4.44 ; et *Arrêt de constitutionnalité C-249-12*, Requêtes D-8673, D-8679, et D-8680, 22 mars 2012, p. 35, fondement juridique 5.2.12.
[1659] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-191-98*, Op. Cit., p. 17, fondement juridique 5.
[1660] Ibidem.
[1661] Ibid., p. 18, fondement juridique 7.
[1662] Ibidem.
[1663] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-891-02*, Requête D-4022, 22 octobre 2002, p. 46, fondement juridique 6.1.
[1664] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-401-05*, Requête D-5355, 14 avril 2005, p. 32, fondement juridique 10.
[1665] Article 53.4 : Les conventions internationales du travail dûment ratifiées, font partie du droit interne.

humains dans les états d'exception–, elle a déclaré qu'il y a d'autres conventions de l'OIT qui font partie du bloc de constitutionnalité *lato sensu*. C'est le cas des normes conventionnelles de l'OIT qui « servent de référent pour interpréter les droits des travailleurs et pour donner plaine effectivité au principe de la protection du travailleur et au droit du travail »[1666].

En termes généraux, « la doctrine du bloc de constitutionnalité [a permis] de reconnaître la hiérarchie constitutionnelle des normes qui ne sont pas incluses dans la Constitution, généralement dans le but de les interpréter systématiquement avec le texte de la Constitution »[1667], ayant pour conséquence deux résultats concluants. En premier lieu, l'intégration dans l'ordre juridique interne des développements du droit international des droits de l'homme ; et en deuxième lieu, la création d'une unité normative tendant à élargir la protection de l'être humain ainsi qu'à préserver sa dignité.

B. Par la découverte jurisprudentielle des droits innomés

L'une des avancées du droit constitutionnel a été la création des catalogues de droits définis dans les Constitutions. Néanmoins, la situation n'a pas été toujours de la même manière. La Constitution de Philadelphie de 1787 avait comme caractéristique le manque d'un catalogue explicite des droits. Ce manquement a été corrigé à travers les 27 amendements que le texte constitutionnel a connu au long de l'histoire ; le neuvième, étant le plus important, reconnaît l'existence des droits innomés « unnamed-rights »[1668]. Grâce à ces droits, le droit interaméricain a eu une évolution de grande envergure avec l'identification jurisprudentielle permanente des nouveaux droits innomés *provenant du travail interprétatif des juges nationaux (I)* ou *découlant de l'activité judiciaire des juges internationaux des droits de l'homme (II)*.

I. Provenant des juges nationaux

Il est opportun de rappeler que le neuvième amendement de la Constitution des États-Unis d'Amérique prescrit que « l'énumération de certains droits dans la Constitution ne pourra être interprétée comme déniant ou restreignant d'autres droits conservés par le peuple ». De plus, cet amendement a été la source d'inspiration –malgré les ambiguïtés historiques de son interprétation–[1669] de ce qui sera connu dans les textes constitutionnels comme « la clause des droits implicites »[1670], en tant que clause constitutionnelle qui va

---

[1666] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-617-08*, Requêtes D-7051, D-7032, D-7054 et D-7056, 25 juin 2008, p. 15, fondement juridique 3.2.1.

[1667] Manuel Eduardo GÓNGORA MERA, « La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano », Op. Cit., p. 301.

[1668] Charles L. BLACK JR, *« One nation indivisible » : Unnamed human rights in the States*, New York, St. John's law review, 1991, Vol. 65, Issue 1, No. 1, p. 26.

[1669] Pour plus de 150 ans de jurisprudence relative au neuvième amendement, les droits innomés ont été appliqués comme limite à l'exercice du pouvoir fédéral. Néanmoins, la Cour suprême de justice de plus en plus a utilisé le neuvième amendement pour élargir le catalogue des droits de la Constitution. Kurt T. LASH, *The lost jurisprudence of the ninth amendment*, Texas law review, 2005, Vol. 83, No. 3, pp. 708 – 716. Voir aussi, Kurt T. LASH, *Of inkblots and originalism : historical ambiguity and the case of the ninth amendment*, Harvard journal of law & public policy, 2008, Vol. 31, No. 2, pp. 467 – 472.

[1670] Germán José BIDART CAMPOS, « Los derechos « no enumerados » en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional », *in* Ricardo MENDEZ SILVA (Coord.), *Derecho internacional de los*

permettre de reconnaître l'existence de nouveaux droits en harmonie aux nouvelles réalités de la société civile[1671].

Selon Bidart Campos, la reconnaissance des droits innomés a laissé en évidence « qu'il y a des droits « avec normes » et « sans normes » parce que les droits ne finissent pas dans le catalogue écrit »[1672]. La reconnaissance de ces droits nous a aussi appris sur l'importance de « non clôturer les droits dans de casiers rigidement fermés »[1673], puisque les changements sociaux ont besoin des nouvelles manières de compréhension. Lorsque la société change, les droits doivent la suivre. Pour le faire, il faut prévoir l'identification des nouveaux droits ou la complémentation des droits déjà existants, à travers une interprétation constitutionnelle qui comble les lacunes tenant compte des principes et des valeurs[1674].

La réflexion de Bidart Campos est en complète harmonie avec la téléologie du neuvième amendement. En effet, son analyse historique démontre que les fondateurs étasuniens, en plus de voir dans l'amendement l'impossibilité de réduire la protection des droits à la littéralité de la Constitution, mettant ainsi de limites à l'exercice du pouvoir fédéral[1675], voyaient dans l'idée des droits innomés les droits naturels[1676]. En d'autres termes, les fondateurs ont encadré le neuvième amendement avec deux connotations, l'une préventive et l'autre constructive. La préventive faisant référence à la présomption que les droits des personnes seraient mieux protégés par les États fédéraux que par l'État fédéral, limitant ainsi le pouvoir des autorités de ce dernier. La constructive, suggérant l'existence de droits au-delà de ceux expressément mentionnés dans le texte constitutionnel[1677].

Pour sa part, le constitutionnalisme interaméricain a développé le deuxième élément de l'amendement établissant des « clauses d'ouverture »[1678], aussi bien pour l'incorporation des nouveaux droits que pour compléter des droits déjà reconnus dans la plupart de textes constitutionnels. L'Argentine a été l'un des premiers systèmes juridiques à incorporer la clause d'ouverture des droits innomés. L'article 33 de l'amendement constitutionnel de 1860[1679] a établi que « les déclarations, les droits et les garanties énumérés par la Constitution, ne seront pas entendues comme une négation d'autres droits et garanties non énumérés, mais qui

---

derechos humanos : memoria del VII congreso Iberoamericano de derecho constitucional, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 108.

[1671] Aux États-Unis par exemple, grâce à cette clause d'ouverture constitutionnelle des droits et libertés non énumérés ont été reconnus appartenir au texte constitutionnel, la liberté d'avortement reconnue jurisprudentiellement par la Cour suprême. Voir à cet égard, Dominique CUSTOS, *La Cour suprême américaine et la liberté d'avortement*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris, LGDJ, 1995, No. 5, pp. 1119 – 1155.

[1672] Germán José BIDART CAMPOS, « Los derechos « no enumerados » en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional », Op. Cit., p. 104.

[1673] Ibidem.

[1674] Ibidem.

[1675] Kurt T. LASH, *The lost original meaning of the ninth amendment*, Texas law review, 2004, Vol. 83, No. 2, p. 402.

[1676] Ibid., p. 401. Voir aussi, Ryan C. WILLIAMS, *The ninth amendment as a rule of construction*, Columbia law review, 2011, Vol. 111, pp. 522 - 532.

[1677] Ibid., p. 568.

[1678] Armin Von BOGDANDY, « Ius constitutionale commune latinoamericanum : una aclaración conceptual », *in* Armin Von BOGDANDY, Héctor FIX-FIERRO et Mariela MORALES ANTONIAZZI (Coord.), *Ius constitutionale commune en América Latina : rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 9. Cfr. Héctor FIX-ZAMUDIO, *El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Op. Cit., pp. 141 – 180.

[1679] Il s'agit du premier amendement de la Constitution argentine de 1853.

naissent du principe de la souveraineté populaire et de la forme républicaine du gouvernement »[1680].

Ce développement commencé par l'Argentine a continué dans toute l'Amérique jusqu'à la fin du XXe siècle, période à laquelle la clause des droits innomés a été déjà incorporée dans la plupart de textes constitutionnels du continent américain, notamment avec des renforcements par rapport aux accords et engagements internationaux des entités étatiques. Le premier État à prévoir ce renforcement a été la Colombie à travers l'article 94 de sa Constitution de 1991 ; selon lequel « l'énonciation des droits et garanties contenues dans la Constitution et dans les accords internationaux en vigueur, ne doit pas être interprétée comme une négation d'autres droits, qui étant inhérents à la personne humaine, ne sont pas expressément mentionnés en tant que tels ». Ensuite, l'ont suivi l'Équateur[1681], le Venezuela[1682], et la Bolivie[1683] avec des clauses d'ouverture aux droits innomés très semblables à celle de la Constitution de la Colombie.

Il est intéressant de voir que dans les textes constitutionnels qui ont intégré ce renforcement, la clause des droits innomés permet l'identification des droits inhérents à la personne humaine non seulement à l'égard de ceux qui sont énumérés dans les constitutions mais aussi dans les instruments internationaux, mettant ainsi au-dessus du droit constitutionnel et du droit international conventionnel, le droit naturel. Pour Bidart Campos, grâce à l'incorporation de cette clause il a été mis en valeur le « système axiologique » des Constitutions et des instruments internationaux, afin de donner aux droits des personnes un endroit « démocratiquement [plus] généreux » à celui du catalogue expressément énoncé[1684].

[1680] RÉPUBLIQUE D'ARGENTINE, *Constitución de la Nación argentina : publicación del bicentenario*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Biblioteca del Congreso de la Nación, Biblioteca Nacional, 2010, p. 56, Disponible [En ligne] : http://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf (29 septembre 2018).

[1681] L'Équateur, suivant l'exemple colombien a incorporé dans l'article 19 de la Constitution de 1998, la clause des droits innomés sous ce teneur : « les droits et les garanties prévus par la présente Constitution et dans les instruments internationaux n'excluent pas d'autres droits qui découlent de la nature de la personne et qui sont nécessaires pour leur plein développement moral et matériel ». Dans l'article 11.7 de la Constitution de 2008, la clause a été conservée ainsi : « la reconnaissance des droits et des garanties prévues dans la Constitution et dans les instruments internationaux des droits de l'homme, ne doit pas exclure d'autres droits découlant de la dignité des individus, des communautés, des peuples et nationalités, qui sont nécessaires à leur plein épanouissement ». RÉPUBLIQUE DE L'ÉQUATEUR, *Constitución Política de 1998,* Political Datebase of the Americas, 2009, Disponible [En ligne] : http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html (29 septembre 2018) ; et RÉPUBLIQUE DE L'ÉQUATEUR, *Constitución Política de 2008,* Political Datebase of the Americas, 2011, Disponible [En ligne] : http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html (29 septembre 2018).

[1682] Dans l'article 50 de la Constitution du Venezuela de 1961, il existait déjà la clause des droits innomés sans faire référence aux accords internationaux. Il a été nécessaire l'arrivée de la Constitution de 1999 –très influencée par la Constitution colombienne de 1991– pour voir dans son article 22 une clause contenant ce dernier élément. Voir, RÉPUBLIQUE DU VENEZUELA, *Constitución de la República de Venezuela 1961*, Disponible [En ligne] : http://www.acnur.org/Pdf/0251.pdf?view=1 (29 septembre 2018).

[1683] L'article 13.II de la Constitution bolivienne de 2009 établit : « les droits proclamés par cette Constitution ne doivent pas être interprétés comme une négation d'autres droits qui ne sont pas énoncés ». Voir, RÉPUBLIQUE DE LA BOLIVIE, *Constitución política del Estado plurinacional de Bolivia*, Disponible [En ligne] : http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf (29 septembre 2018).

[1684] Germán José BIDART CAMPOS, « Los derechos « no enumerados » en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional », Op. Cit., p. 104.

Grâce à la clause des droits innomés les systèmes juridiques interaméricains ont élargi le catalogue des droits par le biais de la jurisprudence nationale arrivant à reconnaître de nouveaux droits[1685]. Par exemple, aux États-Unis d'Amérique ont été reconnus comme nouveaux droits l'avortement[1686], fondé sur « la notion de liberté individuelle contenue dans le quatorzième amendement »[1687], et tout récemment le mariage pour les couples du même sexe[1688]. Selon l'arrêt *Obergefell Vs. Hodges* de la Cour suprême, le mariage est un droit fondamental inhérent à la liberté de la personne, et pour cette raison, en vertu du « due process » et l' « equal protection » du quatorzième amendement, les couples du même sexe ne peuvent pas être privés de ce droit et de cette liberté[1689].

Également, en Colombie ont été reconnus de nouveaux droits comme le droit au « mínimo vital »[1690] et le droit à la stabilité renforcée du travail[1691], provenant des principes de la dignité humaine, de la solidarité et de l'égalité[1692]. À cet égard, la Cour constitutionnelle colombienne a déclaré que « la Constitution donne une protection juridique aux différents secteurs, groupes ou personnes dans une situation de désavantage, marginalité ou faiblesse manifeste (Art. 13). Secteurs de la population tels que les enfants (Art. 44), les personnes âgées (Art. 46), les personnes handicapées (Art. 47), les minorités ethniques (Art. 47) etc., doivent bénéficier d'une protection spéciale de l'État par la volonté du constituant. De cette façon, il est recherché de promouvoir les conditions d'égalité réelle et effective et non seulement un paramètre formel qui laisse intactes les inégalités substantielles existantes dans la société »[1693].

En définitive, l'incorporation de la clause d'ouverture dans les textes constitutionnels a été comprise dans le continent américain à partir de la connotation constructive donnée par les fondateurs étasuniens au neuvième amendement ; celle qui voit dans les droits innomés l'existence d'un nombre supérieur de droits qui ne se trouvent pas dans le contenu de la

---

[1685] Ryan C. WILLIAMS, *The ninth amendment as a rule of construction*, Op. Cit., p. 523.

[1686] En 1973, l'arrêt *Roe Vs. Wade* de la Cour suprême de justice des États-Unis a autorisé par première fois l'interruption volontaire de la grossesse. À partir de ce moment, cet arrêt est devenu la pierre angulaire du droit à la liberté individuelle des femmes aux États-Unis, puisqu'il a disposé la modification des lois fédérales et étatiques qui sanctionnaient l'avortement. Voir, SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Case Roe Vs. Wade*, 410 US 113 (1973), 22 January 1973.

[1687] Dominique CUSTOS, *La Cour suprême américaine et la liberté d'avortement*, Op. Cit., p. 1122.

[1688] SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Case Obergefell Vs. Hodges*, 14 US 556 (2015) 26 June 2015, pp. 18 – 22.

[1689] Ibid., p. 22.

[1690] Selon la Cour constitutionnelle colombienne, le droit au « mínimo vital » « est conséquence directe des principes de la dignité humaine et de l'État social de droit qui définissent l'organisation politique, sociale et économique juste, accueillie comme but par le peuple colombien dans sa Constitution ». COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-426-92,* Op. Cit., p. 7, fondement juridique 5.

[1691] D'après la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne, il s'agit de la stabilité renforcée du travail à des sujets de spéciale protection constitutionnelle. En 1996, cette protection fut créée pour protéger les travailleuses enceintes à travers le « fuero de maternidad » « immunité de maternité ». Juste un an après, la protection a été élargie pour protéger à d'autres sujets comme les travailleurs investis de l'immunité syndicale ainsi qu'aux handicapés. COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-568-96,* Requête T-100861, 28 octobre 1996, p. 6, fondement juridique 5 ; et *Arrêt de constitutionnalité C-470-97,* Requête D-1606, 25 septembre 1997, p. 13, fondement juridique 8.

[1692] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-427-92,* Requête T-936, 24 juin 1992, p. 5, fondement juridique 7. Voir dans le même sens, Carlos MOLINA, *La protection des droits sociaux en Colombie*, Revue des droits de l'homme, 2013, No. 3, Disponible [En ligne] : http://revdh.revues.org/432#authors (29 septembre 2018).

[1693] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-427-92,* Requête T-936, Op. Cit., p. 5, fondement juridique 7.

Constitution écrite[1694]. Mais en plus, elle a été réceptionnée comme mécanisme pour détacher le droit constitutionnel du « positivisme de la normativité écrite »[1695], afin de créer des ordres juridiques plus dynamiques et en accord avec les réalités et plus congruents aux besoins des personnes humaines.

En effet, la congruence des ordres juridiques recherchée par la clause des droits innomés a été tellement bien reçue par les juges nationaux qu'ils se sont engagés avec elle, en s'inspirant soit des principes, soit des droits déjà existants, pour leur travail d'identification de nouveaux droits[1696]. En constatant ainsi la « montée en puissance des juges »[1697] –en tant que chercheurs de la dignité humaine et de l'ordre juste–, et prouvant que le pouvoir des juges est « le plus universalisable, mais aussi le plus universalisant, des trois pouvoirs décrits par Montesquieu »[1698].

Cependant, le pouvoir des juges de découvrir dans leur activité interprétative de nouveaux droits va franchir les frontières nationales pour devenir une pratique de plus en plus constante au sein des tribunaux internationaux[1699]. Par cette voie, on n'aura plus seulement un dialogue croisé des juridictions nationales et internationales, mais une véritable intégration au droit interne des règles et des principes des droits de l'homme à travers la création d'un « forum mondial des juges »[1700].

II. En provenance des juges internationaux des droits de l'homme

La découverte de nouveaux droits, des droits innomés, ne va plus être une activité exclusive du juge national. Elle va se mobiliser à l'ordre international trouvant même appui dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. En effet, les juges internationaux des droits de l'homme vont trouver dans les instruments fondant leur fonction, la source adéquate pour dynamiser le droit international autant que le droit étatique.

Un regard détaillé sur les principaux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme va confirmer cette idée. Dans l'ordre universel, le PIDCP autant que le PIDESC, établissent clairement dans leurs articles 5 § 2 communs aux deux pactes une « the saving clause »[1701], au terme de laquelle « il ne peut être admis aucune restriction ou dérogation aux droits fondamentaux de l'homme reconnus ou en vigueur dans tout État partie au présent

---

[1694] Ryan C. WILLIAMS, *The ninth amendment as a rule of construction*, Op. Cit., p. 568.
[1695] Germán José BIDART CAMPOS, « Los derechos « no enumerados » en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional », Op. Cit., p. 110.
[1696] Ibid., p. 112.
[1697] Mireille DELMAS-MARTY, « Mondialisation et montée en puissance des juges », *in Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 95.
[1698] Julie ALLARD et Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation* : *la nouvelle révolution du droit*, Op. Cit., p. 84.
[1699] Francis JACOBS, *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal System : The European Court of Justice*, Op. Cit., pp. 547 – 556 ; et Angela DI STASI, *The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights : Towards a "Cross Fertilization" ?*, Op. Cit., pp. 97 – 111.
[1700] Julie ALLARD et Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation* : *la nouvelle révolution du droit*, Op. Cit., p. 11.
[1701] Magdalena SEPULVEDA, *The nature of the obligation under the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, New York, Intersentia, 2003, p. 303 ; et Florent MAZERON, « Article 5 », *in* Emmanuel DECAUX et Fanny MARTIN (Dir.), *Le pacte international relatif aux droits civils et politiques : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011, p. 167.

Pacte en application de lois, de conventions, de règlement ou de coutumes, sous prétexte que le présent Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré ».

Cette clause de protection ne contient pas la même phraséologie des clauses des droits innomés déjà exposées mais conserve la même téléologie du neuvième amendement de la Constitution de Philadelphie : l'ouverture du catalogue des droits à des droits qui sont inhérents à la personne humaine pour être mis en relation avec sa dignité, c'est-à-dire aux droits naturels. Les articles 5 § 2 communs mettent en jeu aussi l'application du principe *pro homine* dans la mesure où ils prescrivent « qu'en cas de définitions concurrentes d'un même droit, le niveau de protection offert par [les Pactes] ne représente qu'un standard minimum qui devra s'effacer devant un niveau de garantie plus élevé »[1702].

De même, dans la CEDH, qui dans son article 60 –devenu l'article 53 suite au Protocole n° 11– a consigné une clause d'ouverture des droits de l'homme selon laquelle, « aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie ».

Dans le même esprit, mais d'une manière beaucoup plus riche que la CEDH[1703], la CADH a établi une clause d'ouverture pour la protection des droits de l'homme en trois parties dans le cadre de son article 29[1704]. La première, formée par l'alinéa b) énonce qu'aucune disposition de la CADH ne peut être interprétée comme restreignant « la jouissance et l'exercice de tout droit ou de toute liberté reconnus par la législation d'un État partie ou dans une convention à laquelle cet État est partie ». La deuxième, intégrée par l'alinéa c), et inspirée notamment par l'amendement constitutionnel argentin de 1860, dispose que les dispositions de la CADH ne peuvent être interprétées de manière que soient « [exclus] d'autres droits et garanties inhérents à la personne humaine ou qui dérivent de la forme démocratique représentative du gouvernement ». La troisième, composée par l'alinéa d) de l'article 29, établit que nulle interprétation de la CADH ne peut être faite dans le sens de supprimer ou limiter « les effets que peuvent avoir d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme » tels que « la Déclaration américaine des Droits et Devoirs de l'Homme et tous autres actes internationaux de même nature ».

Pour sa part, la CADHP ne reconnaît pas de manière expresse la clause d'ouverture à de nouveaux droits, mais la rémission normative que son article 60 fait à d'autres instruments des droits de l'homme la contenant peut le permettre. En effet, l'article 60 de la Charte signale que la Commission ainsi que la Cour ADHP[1705] dans l'exercice de leurs fonctions s'inspirent « du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples », tels que les dispositions « de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine [et] de la

---

[1702] Ibid., p. 171.

[1703] Vassilis CHIRDARIS, « The limits of interpretation of the Strasbourg Court and the principle of non-regression », *in* Dean SPIELMANN et Marialena TSIRLI (Ed.), *The European Convention on human rights, a living instrument : Essays in honour of Christos L. Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 81.

[1704] Germán José BIDART CAMPOS, « Los derechos « no enumerados » en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional », Op. Cit., p. 107.

[1705] Cela en vertu de l'article 2 du Protocole additionnel à la CADHP de 1998 qui a donné naissance à la Cour ADHP, et par lequel a été précisé que la Cour « complète les fonctions de protection que la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples a conférées à la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ».

Déclaration Universelle des Droits de l'Homme », ainsi que celles « des autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de l'homme et des peuples ». Ayant en compte que, la plupart des États africains ont ratifié le PIDCP et le PIDESC[1706], il existe alors dans le SADHP la clause à de droits innomés via les articles 5 § 2 communs de ces deux pactes.

Quoi qu'il en soit, la manière pour laquelle ces instruments internationaux se sont ouverts à d'autres normes juridiques, en englobant l'ensemble de sources de droit interne – comme l'ont fait les deux Pactes des Nations Unies (PIDCP et PIDESC), la CEDH et la CADH– et du droit international, les juges internationaux des droits de l'homme ont bien profité du renvoi normatif pour les appliquer.

Dans l'exercice de cette entreprise, les juges ont démontré que le sujet juridique directement protégé est l'être humain, en appliquant les instruments internationaux dans le sens d'une meilleure garantie de la protection intégrale des éventuelles victimes des violations des droits humains[1707]. Mais en plus, ils ont tenu compte que l'interprétation desdits instruments doit être « évolutive » et « progressive »[1708].

Ainsi l'ont fait savoir les juges de la Cour EDH dans l'interprétation de la CEDH à la lumière du droit international. Dans l'affaire *Varnava et autres* qui porte sur la disparition forcée de neuf individus qu'on soupçonnait avoir été « disparu après avoir été appréhendés par les forces militaires turques en 1974 » sans que « les autorités turques n'[aient] donné aucune indication de ce qu'il était advenu d'eux depuis lors »[1709], la Cour EDH a précisé deux points. D'abord, que « la Convention est un mécanisme de protection des droits de l'homme et qu'il est d'une importance cruciale qu'elle soit interprétée et appliquée d'une manière qui garantisse des droits concrets et effectifs, et non pas théoriques et illusoires »[1710]. Ensuite, par rapport au droit à la vie la Cour a précisé que « l'article 2 doit être interprété dans la mesure du possible à la lumière des principes du droit international, notamment des règles du droit international humanitaire, qui jouent un rôle indispensable et universellement reconnu dans l'atténuation de la sauvegarde et de l'inhumanité des conflits armés »[1711] .

À ce propos dans une opinion séparée, le juge Pinto de Albuquerque a récemment rappelé qu' « en vertu de l'article 53 de la Convention, si le droit international humanitaire prévoit un degré de protection plus élevé que la Convention, les États parties ne peuvent invoquer la Convention pour se soustraire au respect du droit international humanitaire »[1712],

---

[1706] UN, *International Covenant on Civil and Political Rights : Status of ratification, reservation and declarations*, Disponible [En ligne] : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en&clang=_en (29 septembre 2018) ; et *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : Status of ratification, reservation and declarations*, Disponible [En ligne] : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en&clang=_en (29 septembre 2018).

[1707] Gabriela RODRÍGUEZ, « Artículo 29. Normas de interpretación », *in* Christian STEINER et Patricia URIBE (Ed.), *Convención Americana sobre derechos Humanos : Comentario*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 710.

[1708] Ibidem.

[1709] COUR EDH, *Affaire Varnava et autre Vs. Turquie*, Requêtes nos 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90, 16073/90, 18 septembre 2009, § 3.

[1710] Ibid., § 160.

[1711] Ibid., § 185.

[1712] Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE, *Opinion séparée de l'arrêt du fond*, COUR EDH, Affaire Sargsyan Vs. Azerbaïdjan, Requête no 40167/06, 16 juin 2015, § 20, note de bas de page 23.

parce que la clause d'ouverture de l'article 53, « qui va dans le sens de l'article 31 § 3 c) de la [CVDT], offre à la Cour un grand potentiel d'application du droit international humanitaire »[1713].

Pour leur part, les juges de la Cour IDH, en appliquant la clause d'ouverture prévue par l'article 29 de la CADH, ont donné naissance à l'un des droits contemporains, droit à la vérité, ayant reçu la plus grande acceptation au sein d'organismes[1714] et d'instruments internationaux[1715], malgré les discussions que sa reconnaissance a suscité au sein de quelques tribunaux, comme celui du SEDH[1716].

La reconnaissance par la Cour IDH du droit à la vérité a débuté en 1988 par l'affaire *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*[1717]. Dans cette affaire qui portait sur la disparition forcée d'un étudiant par les membres des forces armées honduriennes, la Cour a précisé que « l´État est tenu […] d'enquêter sur toute situation impliquant une violation des droits protégés par la Convention »[1718]. Ceci, afin de garantir « le droit de la famille de la victime de savoir quel a été le sort de celle-ci » et de pouvoir déterminer « où se trouvent ses dépouilles mortelles »[1719].

[1713] Ibidem.

[1714] COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, *Schedko et Bondarenko Vs. Belarus*, Communication n° 886/99, 3 avril 2003, § 10.2 ; et *Mariam, Philippe, Auguste et Thomas Vs. Burkina Faso*, Communication n° 1159/03, 11 avril 2006, § 12.2. HUMAIN RIGHTS CHAMBER FOR BOSNIA AND HERZEGOVINA, *The « Srebrenica Cases »*, Cases n^{os} CH/01/8365 and others, 3 March 2003, § 191. ICC, *Prosecutor Vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victims at the Pre-Trial Stage of the Case, ICC-01/04-01/07-474, 13 May 2008, § 32.

[1715] Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2006 (article 24 § 2) ; UN. HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Resolution 9/11 (2008)*, A/HCR/RES/9/11, 18 September 2008 ; et *Resolution 12/12 (2009)*, A/HCR/RES/12/12, 1 October 2009. Voir sur le sujet, Yasmin NAQVI, *The right to the truth in international law : fact or fiction ?* International Review of the Red Cross, Vol. 88, No. 862, 2006, pp. 245 – 273 ; et Patricia NAFTALI, *La construction du droit à la vérité en droit international : une ressource ambivalente à la croisée de plusieurs mobilisations*, Thèse, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 2013.

[1716] La reconnaissance du droit à la vérité au sein de la Cour EDH a été controversée. Bien qu'en 2011 dans l'affaire *Association « 21 décembre 1989 » et autres Vs. Roumanie*, la Cour a souligné pour sa première fois l'importance du droit des victimes et de leurs familles à « connaître la vérité sur les circonstances d'événements impliquant la violation massive de droits aussi fondamentaux que la vie », les opinions concordantes des juges dans l'affaire *El-Masri Vs. Macédoine*, attestent qu'en Europe ce droit est actuellement au cœur de vives discussions. COUR EDH, *Affaire Association « 21 décembre 1989 » et autres Vs. Roumanie*, Requêtes n°s 33810/07 et 18817/08, 28 novembre 2011, § 144 ; Françoise TULKENS, Dean SPIELMANN, Linos-Alexandre SICILIANOS, et Helen KELLER, *Opinions concordantes de l'arrêt du fond*, COUR EDH, Affaire El-Masri Vs. Macédoine, Requête n° 39630/09, 13 décembre 2012. Voir aussi, Josep CASADEVALL et Luís LÓPEZ GUERRA, *Opinions concordantes de l'arrêt du* fond, COUR EDH, Affaire El-Masri Vs. Macédoine, Requête n° 39630/09, 13 décembre 2012. Néanmoins, il est clair que dans ces dernières années la Cour EDH et ses juges ont fait référence au droit à la vérité. COUR EDH, *Affaire Margus Vs. Croatie*, Requête n° 4455/10, 27 mai 2014, § 199. Voir aussi, Ineta ZIEMELE, Vincent DE GAETANO, Julia LAFFRANQUE et Helen KELLER, *Opinions séparées de l'arrêt du fond*, COUR EDH, Affaire Janowiec et autres Vs. Russie, Requêtes n°s 55508/07 et 29520/09, 21 octobre 2013, § 9. Également, Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE, *Opinion séparée de l'arrêt du fond*, COUR EDH, Affaire Mocanu et autres Vs. Roumanie, Requêtes n°s 10865/09, 45886/07 et 32431/08, 17 septembre 2014, § 7, note de bas de page 24.

[1717] Damián GONZÁLEZ-SALZBERG, *El derecho a la verdad en situaciones de post-conflicto bélico de carácter no-internacional,* International Law Revista colombiana de Derecho Internacional, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008, No. 12, pp. 441 et 442.

[1718] COUR IDH, *Affaire Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Arrêt de fond, Série C n° 4, Op. Cit., § 176.

[1719] Ibid., § 181.

Par le biais jurisprudentiel, la Cour a continué à développer le droit à la vérité tant dans sa portée individuelle que dans sa portée collective[1720]. Dans sa portée individuelle le développement du droit à la vérité s'est réalisé à partir de sa relation avec les « garanties judiciaires » (Art. 8 CADH)[1721] et la « protection judiciaire » (Art. 25 CADH)[1722]. Ainsi a été précisé dans l'arrêt de fond *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, où la Cour a déterminé que « le droit à la vérité se trouve subsumé dans le droit des victimes ou de leurs familles à obtenir des organismes compétents de l'État l'élucidation des violations et les responsabilités correspondantes, à travers les enquêtes et les poursuites prévues aux articles 8 et 25 de la Convention »[1723].

La portée collective a été construite sur le droit à l'information (Art. 13 CADH) autant que sur le droit qu'a la société en général de connaître la vérité. Pour la Cour IDH, il est clair que l'interprétation des articles 8, 25 et 13 de la CADH, donne à toute personne le droit à connaître la vérité[1724]. Cependant, pour la Cour, l'obligation de faire connaître la vérité des faits que doit accomplir l'État est une modalité de réparation pour les familles des victimes mais aussi pour la société dans son ensemble[1725].

Quelques exemples très précis permettent de mieux illustrer cette portée. Dans l'affaire *Enfants de la rue Vs. Guatemala*, la Cour a condamné l'État à dénommer un centre éducatif avec un nom qui soit allusif aux jeunes victimes d'enlèvement, torture et assassinat par l'omission des autorités étatiques, dans le but de faire connaître la vérité des faits, garder dans la mémoire de la société les événements survenus et d'éviter avec cela leur répétition à l'avenir[1726]. À l'occasion des réparations de l'affaire *Barrios Altos*, la Cour a établi que par la violation du droit à la vie de 15 personnes et du droit à l'intégrité de 4 autres, le Pérou a l'obligation de « publier l'arrêt de la Cour dans le journal officiel El Peruano, et de diffuser son contenu dans d'autres moyens de communication »[1727], de demander pardon publiquement aux victimes par les graves dommages infligés[1728], ainsi que de construire un monument en leur honneur[1729]. Plus récemment, dans l'affaire *Contreras et autres*, la Cour a ordonné au Salvador de « faire un documentaire sur la disparition forcée d'enfants pendant le conflit armé au Salvador, avec une mention spéciale de cette affaire où soit inclus le travail de l'Association

---

[1720] Dermot GROOME, *The right to truth in the fight against impunity,* Berkeley Journal of International Law, 2011, Vol. 29, Issue 1, pp. 178 et 184. Voir aussi, Karine BONNEAU, « La jurisprudence innovante de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en matière de droit à réparations de victimes de violations des droits de l'homme », Op. Cit., pp. 370 – 372 ; et Ludovic HENNEBEL, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme : entre particularisme et universalisme », Op. Cit., pp. 101 – 103.
[1721] COUR IDH, *Affaire Blake Vs. Guatemala*, Arrêt de fond, Op. Cit., § 97.
[1722] COUR IDH, *Affaire Durand et Ugarte Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 68, Op. Cit., § 130.
[1723] COUR IDH, *Affaire Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, Arrêt de fond, Série C n ° 70, Op. Cit., § 201.
[1724] COUR IDH, *Affaire Gomes Lund et autres (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brésil*. Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 219, Op. Cit., § 201 ; *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Arrêt de fond et réparations, Série C n ° 221, Op. Cit, § 243 ; et *Affaire Contreras et autre Vs. Salvador*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 232, 31 août 2011, § 173.
[1725] COUR IDH, *Affaire Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 91, 22 février 2002, § 76. Voir aussi, Damián GONZÁLEZ-SALZBERG, *El derecho a la verdad en situaciones de post-conflicto bélico de carácter no-internacional,* Op. Cit., p. 448.
[1726] COUR IDH, *Affaire « Enfants de la rue » (Villagrán Morales et autres) Vs. Guatemala*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 77, 26 mai 2001, § 103 et point résolutif No.7.
[1727] COUR IDH, *Affaire Barrios Altos Vs. Pérou*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 87, 30 novembre 2001, point résolutif No. 5. d).
[1728] Ibid., point résolutif No. 5. e).
[1729] Ibid., point résolutif No. 5. f).

Pro recherche des enfants disparus »[1730], et afin « d'être retransmis trois fois par mois, sur la chaîne et l'horaire qui bénéficie de la plus grande audience télévisuelle, et d'être mis à disposition sur le site *web* de recherche des enfants disparus »[1731].

Selon la Cour, les mesures préventives et de non-répétition qui constituent le droit à la vérité commencent par la révélation et la reconnaissance des atrocités du passé, d'autant que la société a le droit de connaître la vérité sur ces crimes, avec le but qu'elle puisse avoir la capacité de les empêcher à l'avenir[1732]. Le fidèle respect au droit à la vérité veille qu'à l'avenir les graves violations des droits de l'homme ne se répètent pas[1733].

Sur le continent africain, par le biais de l'article 60 de la CADHP, la Commission ADHP a intégré des nouveaux droits de l'homme dans le système de protection africain[1734]. En effet, la Commission rappelle souvent dans ses décisions, le fondement textuel de sa démarche en utilisant la même formule[1735] : « conformément aux articles 60 et 61 de la Charte africaine, la Commission a examiné la présente communication à la lumière de dispositions de la Charte africaine et d'instruments et principes régionaux et internationaux pertinents des droits de l'homme »[1736]. Ainsi la Commission, s'inspirant de la jurisprudence interaméricaine, a reconnu l'existence en Afrique du droit à la « propriété communautaire ».

Il est à préciser que neuf ans avant la reconnaissance du droit à la propriété collective par la Commission ADHP, le rapport du groupe de travail d'experts sur les populations/communautés autochtones avait aussi attiré l'attention sur la perte des terres des « communautés pastorales et de chasseurs-cueilleurs autochtones d'Afrique ». Selon le rapport, ce phénomène d'aliénation a été facilité d'une part « par l'idée selon laquelle les terres occupées par les pasteurs et les chasseurs-cueilleurs étaient *terra nullius* », et de l'autre, parce que « la législation nationale ne prévoit pas l'acquisition de titres de propriété collectifs. Dans le rapport, il a été aussi précisé que « la possession collective est fondamentale pour la plupart des autochtones ». Pour cette raison, « l'une des principales demandes des communautés autochtones est […] la reconnaissance et la protection de ces formes de possession collective des terres » [1737].

[1730] COUR IDH, *Affaire Contreras et autre Vs. Salvador*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 232, Op. Cit., point résolutif No. 9.

[1731] Ibid., § 209. Voir sur ce sujet, Ludovic HENNEBEL, *The Inter-American Court of Human Rights : The Ambassador of Universalism*, Quebec Journal of International Law, 2011, (Special Edition), pp. 69 et 70.

[1732] COUR IDH, *Affaire Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 91, Op. Cit., § 77.

[1733] Ibidem.

[1734] Voir sur ce sujet, Élisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, « Le rayonnement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, analyse empirique des références à la Cour européenne dans les communications de la Commission africaine », *in* Gérard COHEN-JONATHAN et Jean-François FLAUSS (Dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,* Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 139 – 187.

[1735] Rachidatou ILLA MAIKASSOUA, *La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples,* Op. Cit., p. 70.

[1736] COMMISSION ADHP, *Communication 155/96,* Social and Economic Rights Action Center, Center for the Economic and Social Rights (SERAC) Vs. Nigeria, 27 October 2001, § 49 ; et *Communication 228/99*, Law offices of Ghazi Suleiman Vs. Soudan, 29 May 2003, § 47.

[1737] COMMISSION ADHP, *Report of the African Commission's working group on indigenous populations/communities*, Adopted by the African Commission on human and people's rights at its 28th ordinary session, Benin, 2000, p. 12, Disponible [En ligne] : http://www.achpr.org/files/special-mechanisms/indigenous-populations/expert_report_on_indigenous_communities.pdf (29 septembre 2018).

L'affaire *Endorois Welfare Council Vs. Kenya* de 2009, qui portait sur le déplacement des membres du peuple autochtone Endorois hors de leur terre ancestrale avec le classement de ces terres comme zone protégée par le gouvernement de Kenya, affectant leur manière ancestrale de vivre ainsi que l'ensemble de leur processus de développement, fut l'occasion pour la Commission de reconnaître le droit à la propriété dans son volet collectif, et de préciser s'il a été méconnu par l´État kenyan[1738].

La première démarche judiciaire entreprise par la Commission ADHP, proche de celle entreprise par la Cour IDH dans les affaires *Moiwana*[1739] et *Saramaka*[1740] *Vs. Suriname*, a conclu à la reconnaissance des Endorois comme peuple autochtone susceptible d'être protégé par la Charte africaine[1741].

La deuxième démarche, dirigée à résoudre le noyau dur de l'affaire, a été l'interprétation de l'article 14 de la CADHP relatif au droit de propriété[1742]. À cet égard, la Commission a conclu d'une part, que « les Endorois ont un droit de propriété en ce qui concerne leurs terres ancestrales, les possessions qui y sont rattachées et leurs animaux »[1743], et de l'autre, que « les droits des Endorois à la propriété ont été empiétés, surtout par l'expropriation, et le refus effectif de la propriété de leurs terres »[1744] .

Pour arriver à cette conclusion, la Commission africaine a repris les arguments donnés par la Cour IDH dans l'affaire *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*[1745], en affirmant d'abord que « la Convention Inter Américaine protégeait les droits de propriété dans un sens qui comprend, entre autres, les droits des membres des communautés autochtones dans le cadre de la propriété communautaire et a soutenu que la possession de la terre devrait suffire aux communautés autochtones manquant de titres réels pour l'obtention et la reconnaissance officielle de cette propriété »[1746]. Ensuite, la Commission, s'inspirant de

---

[1738] COMMISSION ADHP, *Communication 276/03*, Centre for Minority Rights development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) Vs. Kenya, 25 November 2009, § 144. Voir aussi, Christophe GOLAY et Ioana CISMAS, *Legal Opinion : The Rights to Property From a Human Rights Perspective*, International Centre for Human Rights and Democracy Development, Geneva, 2010, pp. 13 – 17, 23 et 25, Disponible [En ligne] : http://hlrn.org/img/documents/Golay%20Cismas%20R2Prop.pdf (29 septembre 2018).

[1739] Il s'agit d'une affaire qui porte sur le prétendu déni de justice et de déplacement de la communauté Moiwana qui a eu lieu après que les forces armées du Suriname attaquaient la population des Moiwana le 29 novembre 1986. COUR IDH, *Affaire de la Communauté Moiwana Vs. Suriname*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparation, frais et dépens, Série C n° 124, 14 juin 2006.

[1740] Les faits de cette affaire sont relatifs à l'omission alléguée du Suriname à prendre des mesures efficaces pour reconnaître aux membres de la communauté Saramaka le droit de propriété sur les terres qu'ils ont traditionnellement occupées et utilisées ; de ne pas fournir aux membres du peuple Saramaka l'accès effectif à la justice, en tant que communauté, pour la protection de leurs droits fondamentaux. Également, de n'avoir pas accompli l'obligation d'adopter des dispositions de droit interne et respecter les droits énoncés à la Convention. COUR IDH, *Affaire du Peuple Saramaka Vs. Suriname*, Arrêt d'exception préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 172, 28 novembre 2007.

[1741] COMMISSION ADHP, *Communication 276/03*, Op. Cit., § 162.

[1742] Article 14 : Le droit de propriété est garanti. Il ne peut y être porté atteinte que par nécessité publique ou dans l'intérêt général de la collectivité, ce, conformément aux dispositions des lois appropriées.

[1743] COMMISSION ADHP, *Communication 276/03*, Op. Cit., § 184.

[1744] Ibid., § 199.

[1745] COUR IDH, *Affaire Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 79, Op. Cit., §§ 140. b) et 151. Voir aussi, Jeremie GILBERT, *Land Rights as Human Rights : The Case For a Specific Right to Land,* Sur International Journal on Human Rights, 2013, Vol. 10, No. 18, pp. 119 – 121.

[1746] COMMISSION ADHP, *Communication 276/03*, Op. Cit., § 190.

l'affaire *Saramaka Vs. Suriname*[1747], a considéré que comme « l'expulsion des populations de leurs maisons était une violation de l'article 14 de la Charte africaine »[1748], « l'échec de reconnaissance d'un groupe autochtone ou tribal devient une violation du droit à la propriété »[1749], dans la mesure où « l'État a toujours le devoir de reconnaître le droit à la propriété des membres de la Communauté Endoroise, dans le cadre d'un système de propriété communautaire, et fixer les mécanismes nécessaires pour donner un effet juridique national à un droit reconnu par la Charte et le Droit International »[1750].

Ainsi, grâce à la clause d'ouverture de l'article 60 de la CADHP, la Commission ADHP a décidé d'intégrer au droit africain des droits de l'homme et des peuples, l'évolution du droit international par rapport au droit de propriété, reconnaissant l'existence du droit à la propriété communautaire, tel que l'avait déjà fait la Cour IDH dans sa jurisprudence[1751]. L'existence de ce nouveau droit sera confirmée et renforcée par le précédent jurisprudentiel de la Commission ADHP durant l'année 2013 dans l'affaire *Front de libération de l'État du Cabinda Vs. Angola*. Cette affaire portait sur la « revendication d'autodétermination économique du peuple du Cabinda et, en particulier, sur la mise à disposition et l'exploitation des ressources pétrolières, minérales et naturelles on shore »[1752]. À cette occasion, la Commission africaine a réaffirmé « qu'il existe un droit de propriété collectif ou communautaire qui est un élément du droit de propriété stipulé à l'article 14 de la Charte. À l'instar du droit de propriété individuel, le droit de propriété communautaire entraîne le devoir pour un État de reconnaître et de protéger la jouissance pacifique de la propriété par un groupe ou un peuple, sous réserve de restrictions de la part de cet État pour des besoins publics ou dans l'intérêt général et conformément aux dispositions des lois appropriées »[1753].

Au regard de ces exemples, l'on peut constater que la découverte des droits innomés, par le biais des clauses d'ouverture, est logique et conforme au but et à l'objet des instruments des droits de l'homme analysés, d'autant que ceux-ci ne garantissent pas tous les droits de

---

[1747] COUR IDH, *Affaire du Peuple Saramaka Vs. Suriname*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 172, Op. Cit., §§ 87 – 96.
[1748] COMMISSION ADHP, *Communication 276/03*, Op. Cit., § 191.
[1749] Ibid., § 192.
[1750] Ibid., § 196.
[1751] Voir à cet égard, COMMISSION IDH, *Informe sobre pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales : protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Op. Cit., §§ 225 y 226 ; Efrén OLIVARES ALANÍS, *Indigenous Peoples' Rights and the Extractive Industry : Jurisprudence From the Inter-American System of Human Rights*, Goettingen Journal of International Law, 2013, Vol. 5, No. 1, pp. 187 – 214 ; Gaetano PENTASSUGLIA, *Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights*, European Journal of International Law, 2011, Vol. 22, No. 1, pp. 165 – 202 ; Diana CONTRERAS-GARDUÑO et Sebastiaan ROMBOUTS, *Collective Reparations for Indigenous Communities Before the Inter-American Court of Human Rights*, Merkourios, 2010, Vol. 26, Issue 72, pp. 4 – 17 ; et Ariel E. DULITZKY, *When Afro-descendants Became « Tribal Peoples » : The Inter-American Human Rights System and Rural Black Communities*, UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs, 2010, Vol. 15, pp. 29 – 79. Voir également, Mauricio Iván DEL TORO HUERTA, *The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of human Rights to the Configuration of Collective Property Rights of Indigenous Peoples, in* Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Buenos Aires, Yale Law School Latin American Legal Studies, 2008, Disponible [En ligne] : https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1057&context=yls_sela (29 septembre 2018) ; et Karine RINALDI, « Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme », *in* Ludovic HENNEBEL et Hélène TIGROUDJA, (Dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme : en l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 215 – 250.
[1752] COMMISSION ADHP, *Communication 328/06*, Front de libération de l'État du Cabinda Vs. République d'Angola, Op. Cit., § 54.
[1753] Ibid., § 104.

l'homme et les libertés fondamentales reconnus dans l'ensemble du droit international. Sans doute, les personnes relevant de la juridiction des États qui sont parties peuvent trouver une protection plus large dans le droit interne de ces États ou dans d'autres instruments internationaux. C'est pourquoi il serait contraire au *ratio legi*s des instruments relatifs aux droits de l'homme que les dispositions plus protectrices de l'être humain se trouvent limitées par une interprétation fermée et restreinte[1754].

Enfin, l'usage des clauses d'ouverture et la découverte de droits innomés contenus dans les constitutions nationales ou les traités internationaux ont dynamisé la construction jurisprudentielle, la détermination du droit applicable –en comblant les lacunes laissées par les normes ou les notions indéterminées–, et le développement du droit interne par l'intégration des règles et des principes du droit international des droits de l'homme. Cependant, l'intégration des normes internationales au droit national sera renforcée par la technique de la conventionnalisation du droit interne.

§ 2 : À travers la conventionnalisation du droit étatique

L'augmentation progressive de la codification du droit international avec la rédaction et l'entrée en vigueur de la CVDT, ainsi que l'apparition de nouveaux instruments des droits de l'homme au sein du droit international, ont préparé le chemin pour la conventionnalisation consécutive du droit interne. Depuis la naissance des Nations Unies, la reconnaissance, la protection et la garantie des droits de l'homme deviennent des conditions requises pour les États dans toutes les sphères, y compris l'économique. La conventionnalisation du droit interne dans toute sa dimension s'est manifestée, d'abord, avec *le développement du bloc de conventionnalité (A)*, et ensuite, avec *l'encadrement de l'activité normative du droit interne (B)*.

A. Le développement du bloc de conventionnalité des droits de l'homme

Lorsqu'on fait référence au bloc de conventionnalité, vient à l'esprit l'idée du bloc de constitutionnalité. En effet, la relation conceptuelle entre l'un et l'autre n'est pas anodine. Le bloc de conventionnalité s'est construit à l'instar de ce dernier ; sur l'idée même d'une pyramide normative de style kelsenien, constituée par des normes supérieures qui valident des normes inférieures[1755]. Suivant les précisions de Guislaine Alberton, le concept de bloc de conventionnalité « est venu à l'esprit par rapprochement avec le [bloc de constitutionnalité] pour désigner un ensemble de normes se situant hors de la sphère normative interne »[1756]. L'idée d'un bloc formé par un ensemble normatif homogène s'est concrétisée *par le biais du dialogue croisé des juges internes comme internationaux des droits de l'homme (I)*, ainsi que *grâce à l'application par ces juges des corpus juris régionaux des droits de l'homme (II)*.

I. Par le biais du dialogue croisé des juges internes et internationaux des droits de l'homme

---

[1754] Jacques VELU et Rusen ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 60.
[1755] Ghislaine ALBERTON, *De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité ?* Revue française de droit administratif, Paris, Dalloz, 2005, No. 2, p. 249.
[1756] Ibid., p. 252.

Il est à préciser que si le terme « conventionnalité » paraît faire allusion exclusivement aux « conventions » internationales, comme le terme « constitutionnalité » paraît de même se référer uniquement à la « constitution », il a été conçu –par la voie interprétative des juges– avec le but de regrouper sous un même repère l'ensemble des normes internationales pourvues d'une autorité supra constitutionnelle. « Ainsi, si toute convention internationale fait partie d'un tel bloc, celui-ci comprend également et paradoxalement des actes pourtant non qualifiables de conventions et plus encore des normes non écrites »[1757].

Comme l'a indiqué Ludovic Hennebel, « le droit international des droits de l'homme offre un environnement particulièrement fertile au dialogue entre juges »[1758]. C'est pourquoi l'identification du contenu du bloc de conventionnalité va être faite par les propres juges internes et internationaux des droits de l'homme, partant de quelques bases normatives conventionnelles.

Le cas concret du SIDH, semble le plus approprié pour déterminer quels sont les éléments composant le « bloc de conventionnalité »[1759], si l'on prend en compte que « la Cour de San José s'impose en effet comme une véritable cour régionale et dépasse largement le rôle d'organe de contrôle de la Convention américaine des droits de l'homme »[1760].

Dans le SIDH, les juges, se fondant sur l'article 2 de la CADH relatif à l'obligation d'adopter des mesures internes[1761] –article qui n'a pas d'équivalent dans la CEDH[1762] et seulement une ressemblance dans la CADHP[1763]–, ont doté de supériorité les normes interaméricaines, en précisant que les États ont l'obligation d'adopter des mesures de droit interne pour les appliquer[1764]. En d'autres termes, pour les juges interaméricains, la CADH, en

---

[1757] Ibid., p. 255.

[1758] Ludovic HENNEBEL, « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », Op. Cit., p. 31.

[1759] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2011, Año 9, No. 2, p. 532.

[1760] Ludovic HENNEBEL, « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », Op. Cit., p. 55. Voir aussi, Ludovic HENNEBEL, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme : entre particularisme et universalisme », Op. Cit., pp. 75 – 119.

[1761] Article 2. Obligation d'adopter des mesures de droit interne : Si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les États parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention, les mesures législatives ou autres nécessaires pour effet auxdits droits et libertés.

[1762] Hernán SALGADO PESANTES, « Justicia constitucional transnacional : el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad Vs. Control de convencionalidad », *in* Armin Von BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR et Mariela MORALES ANTONIAZZI (Coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacía un ius constitutionale commune en América Latina ?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, Tomo II, p. 472 ; Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional : vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del caso Gelman Vs. Uruguay)*, Op. Cit., p. 676 ; et Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Chronique d'une théorie en vogue en Amérique Latine, décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionnalité*, Revue française de droit constitutionnel, Paris, Presses universitaires de France, 2014, No. 100, p. 838.

[1763] Article 1. Obligations des États parties : Les États membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, parties à la présente Charte, reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou d'autres pour les appliquer.

[1764] Voir en autres, COUR IDH, *Affaire Suárez Rosero Vs. Équateur*, Arrêt de fond, Série C n ° 35, Op. Cit., §§ 98 et 99 ; *Affaire Garrido et Baigorria Vs. Argentine*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 39, Op.

surmontant la discussion du rang normatif attribué par le droit étatique aux normes internationales, engage les États « à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention, les mesures législatives ou autres nécessaires pour [donner] effet auxdits droits et libertés »[1765]. Par la voie de cette disposition, les juges de la Cour IDH ont fait que la jurisprudence interaméricaine « tend à privilégier une approche en rupture avec le « *positivisme juridique* » remettant en cause le fondement volontariste du droit international au profit d'un droit « *véritablement universel* » applicable tant aux États qu'aux êtres humains »[1766].

À l'image et à la ressemblance du bloc de constitutionnalité qui, dans le droit étatique sert de paramètre du contrôle de constitutionnalité, dans le droit interaméricain s'est construit la notion du bloc de conventionnalité, qui sert aussi de « paramètre » du « contrôle de conventionnalité » des normes internes[1767]. Ainsi a été précisé par l'ancien président de la Cour IDH, Eduardo Ferrer Mac-Gregor[1768], en affirmant qu'en « principe le paramètre du « contrôle diffus de conventionnalité » effectué par les juges nationaux[1769] (indépendamment de s'ils exercent ou non le contrôle de constitutionnalité), est le Pacte de San José et la jurisprudence de la Cour IDH qui l'interprète »[1770].

En effet, la jurisprudence constante de la Cour IDH a exprimé que dans l'exercice du contrôle de conventionnalité, doit être prise en compte non seulement la CADH, mais aussi

---

Cit., §§ 67 et 71 ; *Affaire Castillo Páez Vs. Pérou*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 43, 27 novembre 1998, §§ 105 et point résolutif No. 2 ; *Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 52, Op. Cit., § 207 et point résolutif No. 14 ; *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit., § 121 et points résolutifs No. 2 – 6.

[1765] MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, *Diálogos : el impacto del sistema interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, Op. Cit., pp. 23 – 39. Voir aussi, Laurence BURGORGUE-LARSEN, « The right to *ad intra* enforcement of the Convention », *in* Laurence BURGORGUE-LARSEN et Amaya ÚBEDA DE TORRES, *The Inter-American Court of Human Rights : Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 255 – 262.

[1766] Ludovic HENNEBEL, « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », Op. Cit., p. 65.

[1767] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Op. Cit., p. 532. Voir aussi, Laurence BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », Op. Cit., p. 114.

[1768] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 220, Op. Cit., § 50.

[1769] Selon le propre ancien président de la Cour IDH, le « contrôle diffus de conventionnalité » est né l'année 2006 à l'instar du « contrôle de conventionnalité » exercé par la Cour IDH à partir de l'affaire *Almonacid Arrellano Vs. Chili*. Il s'agit d'un contrôle que doit être réalisé initialement par tous les juges nationaux des États appartenant au système interaméricain, mais aussi par toutes les autres autorités qui exercent la fonction publique. Ce contrôle, en tant qu'instrument de procédure pour la garantie des droits humains, et dû à l' « internationalisation du droit constitutionnel », a le but de protéger les droits de l'homme prévus dans les pactes internationaux lorsque les mécanismes constitutionnels n'ont pas été suffisants. C'est pourquoi, avec le bloc de conventionnalité, dans quelque sorte, il se configure aussi une « suprématie conventionnelle ». Ibid., § 21. Voir aussi, Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Op. Cit., pp. 531 – 622.

[1770] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 220, Op. Cit., § 44.

l'interprétation qui en est faite par la Cour, l'interprète ultime de la Convention américaine[1771].

Néanmoins, le bloc de conventionnalité conçu par les juges interaméricains est plus large. Dans l'affaire *Travailleurs licenciés du Congrès Vs. Pérou*, l'ancien juge Sergio García Ramírez a éclairci quels sont les éléments qui font partie de ce bloc. En premier, il a confirmé qu'à l'égard du contrôle de conventionnalité, la Cour IDH a tenu compte de « l'applicabilité et l'application de la [CADH] »[1772]. En deuxième, il a trouvé que dans l'analyse de compatibilité normative, il faut tenir compte aussi des « autres instruments de même nature [que la CADH], qui intégrant le *corpus juris* conventionnel des droits de l'homme auxquels l'État est partie »[1773], à savoir, « le Protocole de San Salvador, le Protocole relatif à l'abolition de la peine de mort, la Convention pour prévenir et sanctionner la torture, la Convention de Belém do Pará pour l'éradication de la violence contre la femme, la Convention sur la disparition forcée, etc. »[1774].

Il en ressort qu'en réalité, le bloc de conventionnalité « comprend non seulement la Convention américaine, mais aussi ses « Protocoles » additionnels ainsi que les autres instruments internationaux qui ont été l'objet d'intégration au *corpus juris* interaméricain par la jurisprudence de la Cour IDH »[1775].

D'ailleurs, grâce au « dialogue juridictionnel » croisé soutenu par les juges interaméricains à travers l'article 29 de la CADH relatif aux normes d'interprétation[1776], ces derniers ont conçu le contenu du bloc de conventionnalité de manière « large », « évolutive » et « progressive »[1777]. Dans l'avis consultatif sur le droit à l'information dans l'assistance

---

[1771] COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit., § 124 ; *Affaire Boyce et autres Vs. Barbade*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 169, Op. Cit., § 78 ; *Affaire Radilla Pacheco Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 209, Op. Cit., § 339 ; *Affaire Rosendo Cantú Vs. Mexique*. Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens. Série C n ° 216, Op. Cit., § 219 ; *Affaire Ibsen Cárdenas et Ibsen Peña Vs. Bolivie*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 217, Op. Cit., § 202 ; *Affaire Cabrera García et Montiel Flores vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 220, Op. Cit., § 225. Voir également, *Affaire Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 276, Op. Cit., § 87.

[1772] Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Opinion concordante de l'arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens*, COUR IDH, Affaire Travailleurs licenciés du Congrès (Aguado Alfaro et autres) Vs. Pérou, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 158, 24 novembre 2006, § 2.

[1773] Ibidem.

[1774] Ibidem.

[1775] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 220, Op. Cit., § 47. Voir aussi du même auteur, Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Symposium : The Constitutionalization of International Law in Latin America Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights*, The American Journal of International Law Unbound, 2015, Vol. 109, pp. 97 et 98.

[1776] Antonio FRETES, *El diálogo jurisprudencial sobre los derechos humanos, aporte eficaz para nuestras democracias latinoamericanas*, Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Asunción, Asunción, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA, 2014, pp. 57 – 64. Voir aussi, José Raúl TORRES KIRMSER, *Diálogo jurisprudencial entre la justicia nacional y las cortes internacionales*, Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Asunción, Asunción, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA, 2014, pp. 65 – 74.

[1777] Gabriela RODRÍGUEZ, *Artículo 29. Normas de interpretación*, Op. Cit., p. 710. Voir également, Ludovic HENNEBEL, « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », Op. Cit., pp. 55 – 59.

consulaire, la Cour IDH a énoncé que « le *corpus juris* du droit international des droits de l'homme se compose d'un ensemble d'instruments internationaux de contenu et d'effets juridiques variés (traités, conventions, résolutions et déclarations). Son évolution dynamique a eu un impact positif sur le droit international, dans la mesure où elle affirme et développe la capacité de ce dernier à régler les relations entre les États et les êtres humains sous leurs juridictions respectives. Par conséquent, cette Cour doit adopter la bonne approche pour examiner la question objet d'un examen dans le cadre de l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine dans le droit international contemporain »[1778].

Ainsi, l'on est en présence d'un bloc de conventionnalité élargi qui doit être pris en compte par le juge international des droits de l'homme mais surtout par le juge national. En effet, comme l'a affirmé l'ancien juge interaméricain Diego García-Sayan, on est devant un « processus vivant » dans lequel sont en train de se produire d'importantes interactions entre le droit international et le droit interne[1779]. À cet égard Ferrer Mac-Gregor soutient que « les juges nationaux doivent être attentifs à ce « bloc », ce qui implique, pour leur part, la mise à jour continue de la jurisprudence de la Cour interaméricaine et favorise une « vive interaction » entre les juridictions nationales et l'interaméricaine, dans le but dernier d'établir des standards dans notre région pour la protection effective des droits de l'homme »[1780].

Or, l'interaction juridictionnelle nationale et interaméricaine autour du bloc de conventionnalité, oblige le juge interne à « appliquer la jurisprudence conventionnelle, même celle qui est créée dans le cas où il ne fait pas partie de l'État national auquel il appartient, puisque ce qui définit l'intégration de la jurisprudence de la Cour IDH est l'interprétation que ce tribunal interaméricain fait du *corpus juris interaméricain* afin de créer un standard dans la région sur son applicabilité et son effectivité »[1781].

De plus, le bloc de conventionnalité « peut être valablement élargi par le droit national lorsque celui-ci accorde une plus grande effectivité aux droits de l'homme »[1782]. Ainsi, le dynamisme du bloc de conventionnalité est assuré dans la mesure où la Cour IDH peut s'inspirer et intégrer dans sa jurisprudence, à partir de la « technique des références croisées »[1783], les critères établis par les juridictions nationales[1784], les décisions des

---

[1778] COUR IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Avis consultatif OC-16/99, Op. Cit., § 115.

[1779] Diego GARCÍA-SAYAN, « Una viva interacción : Corte Interamericana y tribunales internos », *in* CORTE IDH, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de Siglo : 1979 – 2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 326.

[1780] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 220, Op. Cit., § 50.

[1781] Ibid., § 51.

[1782] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Op. Cit., p. 532.

[1783] Ludovic HENNEBEL, « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », Op. Cit., p. 31.

[1784] La Cour IDH par exemple, a intégré à sa jurisprudence le critère établi par la Cour constitutionnelle colombienne à l'égard du statut des personnes en situation de déplacement, en soutenant que ce n'est pas l'enregistrement formel devant les agences du gouvernement ce qui donne le caractère de personne déplacée à un individu, mais le simple fait d'avoir été obligé de quitter son lieu de résidence habituelle. Voir, COUR IDH, *Affaire des Massacres d'Ituango Vs. Colombie*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 148, 1 juillet 2006, § 214 ; et *Affaire Communautés afro-descendantes déplacées du bassin du fleuve Cauca (Opération Genèse) Vs. Colombie*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 270, 20 novembre 2013, § 428.

organismes d'autres systèmes régionaux[1785], les résolutions des Comités des Nations Unies ou du CDH[1786], de même que les recommandations de la Commission IDH[1787] et les rapports des organes de l'OEA ou des Nations Unies[1788].

Il faut notamment savoir que le développement dynamique du bloc de conventionnalité se fait par une double voie. D'une part par les juges internationaux des droits de l'homme en regroupant les normes internationales de valeur supra constitutionnelle, et d'autre part, lorsque les juges nationaux appliquent cet ensemble normatif ainsi que l'interprétation qui en est faite par les tribunaux régionaux des droits de l'homme dans leur travail jurisprudentiel[1789].

II. Grâce à l'application interne des *corpus juris* régionaux des droits de l'homme

Le bloc de conventionnalité, et avec lui, l'intégration aux ordres juridiques internes des règles et des principes provenant du droit international des droits de l'homme, commence à se matérialiser dès lors que les juges nationaux appliquent les *corpus juris* régionaux qui le composent. Selon l'une des réflexions de Mme. Burgorgue-Larsen sur l'importance du dialogue des juges, « s'enferrer dans une approche nationale du droit –qui peut confiner à la

---

[1785] Par rapport à la question de si l'embryon pouvait être considéré comme une personne et cela pouvait empêcher la fécondation *in vitro* par la violation du droit à la vie, à cause de la perte embryonnaire que cette technique implique, la Cour IDH s'est servi des critères donnés par la jurisprudence de la Cour EDH sur le sujet, pour conclure « que l'embryon ne peut pas être compris comme une personne aux fins de l'article 4.1 de la Convention Américaine ». Dans la mesure où l'embryon tout seul, sans être implanté dans l'utérus, ne donne pas lieu à la « conception » au sens de l'article 4.1 cité. COUR IDH, *Affaire Artavia Murillo et autres (« fécondation in vitro ») Vs. Costa Rica*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 257, 28 novembre 2012, §§ 76, 234 - 242 et 264.

[1786] En résolvant l'affaire *Atala Riffo Vs. Chili* qui portait sur la discrimination d'une femme homosexuelle par rapport à la garde de ses enfants, la Cour IDH s'est appuyé des observations données sur la famille par le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, le Comité des droits de l'enfant et le Comité des droits de l'homme. Grâce à ces observations, elle a pu conclure que sur ce concept n'existe pas un modèle unique et que la famille peut être constituée par un couple homosexuel et ses enfants. Voir, COUR IDH, *Affaire Atala Riffo Vs. Chili*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 239, 24 février 2012, §§ 172 et 178.

[1787] Dès le début du XXIe siècle la Cour IDH s'est inspirée des recommandations données par la Commission IDH à l'égard du droit de propriété des populations indigènes. Dans l'affaire *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni* fut la Commission qui demanda la reconnaissance aux communautés indigènes du droit à la propriété collective. Cela par le fait que pour ces populations « le territoire global de la communauté est possédé collectivement et les individus et familles jouissent des droits subsidiaires d'usage et d'occupation ». À partir de cette réflexion, et grâce à l'application de l'article 29 de la CADH, la Cour IDH est devenue dans l'année 2001, le premier tribunal international du monde en reconnaître comme nouveau droit, la propriété collective ou communautaire. COUR IDH, *Affaire Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 79, Op. Cit., §§ 140, 142, 148 et 149.

[1788] Récemment, dans l'affaire *Personnes dominicaines et haïtiennes expulsées Vs. République Dominicaine*, la Cour a pris en compte le rapport sur « les droits des non-ressortissants » du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, pour statuer sur la prohibition des expulsions collectives, en sanctionnant l'État dominicain par la violation du droit à la liberté personnelle des personnes qui furent expulsées collectivement sans garantir de manière adéquate la prise en considération des circonstances propres à chaque personne. COUR IDH, *Affaire Personnes dominicaines et haïtiennes expulsées Vs. Haïti*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 282, 28 août 2014, §§ 363 et 380.

[1789] Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, Année XLV, No. 135, pp. 1183 et 1184. Voir aussi, Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Chronique d'une théorie en vogue en Amérique Latine, décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité*, Op. Cit., p. 841.

défense d'une approche nationaliste de celui-ci– est un non-sens […] La globalisation induit une internationalisation des systèmes et de comportements judiciaires nationaux et non pas une « nationalisation » du droit et des procédures internationales qui fait partie aujourd'hui d'un autre temps : un temps révolu »[1790].

L'intégration à l'ordre interne des règles et des principes qui font désormais partie du bloc de conventionnalité peut avoir plusieurs raisons d'être. Dans les systèmes régionaux des droits de l'homme qui n'ont pas créé l'obligation contraignante d'harmoniser le droit étatique au droit international, l'intégration s'est faite par la voie de l' « autorité persuasive » de ces normes[1791]. Tandis que dans les systèmes de protection qui ont explicitement établi l'obligation d'harmoniser les ordres juridiques internes, l'intégration normative, en plus de se faire comme un « argument de persuasion, d'autorité et de légitimité »[1792], s'est faite par l'autorité contraignante qu'ont les normes internationales des droits de l'homme autant que par l'interprétation qui en a été faite par les tribunaux régionaux[1793].

Dans la première catégorie des systèmes de protection, caractérisés par le fait que ces « décisions n'ont qu'une portée déclarative », comme c'est le cas du SEDH[1794], l'application des *corpus juris* régionaux devient plus une question de légitimité que de contrainte internationale[1795]. En effet, dans ces systèmes, on voit la formation d'un « dialogue des juges débridé »[1796], dans la mesure où le *corpus juris* régional des droits de l'homme est appliqué non pas en conséquence d'une obligation étatique mais à cause d'une nécessité. « Les juges ne pouvaient tout simplement pas rester au bord de la route, c'est-à-dire en dehors des multiples mutations des systèmes juridiques et de leurs interconnexions »[1797], ils devaient s'y mettre « sous peine de voir leur autorité et sans doute également leur légitimité […] remise en cause »[1798].

En revanche, dans les systèmes de protection où l'obligation d'appliquer le *corpus juris* régional est explicite, cette obligation se concrétise généralement par une double série de

---

[1790] Laurence BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », Op. Cit., p. 96.
[1791] Anne-Marie SLAUGHTER, *A new world order*, Princeton, Princeton University Press, 2005, p. 75 ; et Julie ALLARD et Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation* : *la nouvelle révolution du droit*, Op. Cit., pp. 58 – 60.
[1792] Ludovic HENNEBEL, « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », Op. Cit., p. 68.
[1793] MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, *Diálogos : el impacto del sistema interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, Op. Cit., p. 27. Voir aussi, COUR IDH, *Affaire Garrido et Baigorria Vs. Argentine*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 39, Op. Cit., § 68 ; *Affaire Durand et Ugarte Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 68, Op. Cit., § 136 ; *Affaire La Cantuta Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 162, Op. Cit., § 170 ; *Affaire Zambrano Vélez et autres Vs. Équateur*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 166, 4 juillet 2007, § 55 ; et *Affaire Forneron* et fille Vs. Argentine, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 242, 27 avril 2012, § 130.
[1794] Laurence BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », Op. Cit., p. 108. Voir aussi dans le même sens, Mireille DELMAS-MARTY, « Du dialogue à la montée en puissance des juges », *in Le dialogue des juges : mélanges en l'honneur de président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, p. 314.
[1795] Anne-Marie SLAUGHTER, *A typology of transjudicial communication*, University of Richmond Law Review, 1994, No. 29, p. 119 ; et Ludovic HENNEBEL, « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », Op. Cit., p. 68.
[1796] Laurence BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », Op. Cit., p. 116.
[1797] Ibid., p. 120.
[1798] Ibidem.

paramètres. Initialement, par la contrainte conventionnelle de mettre en compatibilité l'ordre juridique[1799]. Puis, par l'existence de systèmes constitutionnels qui donne aux traités internationaux des droits de l'homme une place égale ou supérieure à la Constitution[1800], ainsi qu'à la jurisprudence conventionnelle comme paramètre du contrôle de conventionnalité[1801].

Quoi qu'il en soit la manière pour laquelle les juges nationaux intègrent au droit interne les règles et principes des droits de l'homme, il y a une vérité qu'il faut reconnaître : les juges internes dans leur activité judiciaire, grâce à « l'idéal humaniste » qui les accompagne[1802], aident à développer le bloc de conventionnalité. Désormais, les juges nationaux, conscients de « l'internationalisation du droit »[1803], tendent à maintenir l'établissement d'une « cohérence des valeurs humanistes » dans leurs décisions[1804]. À cette fin, ils commencent à tenir compte de plus en plus des décisions des tribunaux internationaux contenant des valeurs, des normes de *jus cogens*[1805].

Aujourd'hui, les juges nationaux jouent un rôle déterminant dans l'ouverture de l'État. Ils participent, selon Armin Von Bogdandy, à l'établissement d'un « État ouvert » au droit international, aux institutions internationales, ainsi qu'à la comparaison juridique comme outil décisif pour le développement du droit[1806]. Pour Mireille Delmas-Marty, cette « puissance des juges nationaux est inéluctable car la juridictionnalisation du droit international n'absorbera jamais l'ensemble du contentieux »[1807]. Néanmoins, on pense que la puissance des juges nationaux s'explique aussi par un autre phénomène, celui qui a transformé le juge interne en juge de droit international des droits de l'homme.

[1799] On parle ici concrètement de l'article 2 de la CADH, sur lequel la Cour IDH s'est appuyée pour exiger l'harmonisation du droit interne des États parties avec le droit international des droits de l'homme. Mais aussi, on fait référence à l'article 1 de la CADHP sur lequel pourra bien la Cour ADHP pousser la compatibilité des ordres internes. Voir sur le sujet, Jean François FLAUSS et Élisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Op. Cit ; Eduardo FERRER MAC-GREGOR et Carlos María PELAYO MÖLLER, « Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno », Op. Cit., pp. 74 – 98 ; Lucius CAFLISCH et Antônio CANÇADO TRINDADE, *Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général*, Revue générale de droit international public, Paris, Pedone, 2004, Vol. 108, No. 1, pp. 5 – 61.

[1800] Dinah SHELTON, « Introduction », *in* Dinah SHELTON (Ed.), *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1 – 22 ; et Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems) : Some Pertinent Questions*, Notre Dame Journal of International & Comparative Law, 2015, Vol. 5, Issue 1, pp. 127 – 130.

[1801] Eduardo FERRER MAC-GREGOR et Carlos María PELAYO MÖLLER, « Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno », Op. Cit., pp. 74 – 98 ; et Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », Op. Cit., pp. 149 – 180.

[1802] Laurence BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », Op. Cit., p. 124.

[1803] Mary HISCOCK et William VAN CAENEGEM (Ed.), *The internationalisation of law. Legislating, Decision-Making, Practice and Education*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010 ; Jan KLABBERS et Mortimer SELLERS (Ed.), *The internationalisation of law and legal education*, Baltimore, Springer, 2008 ; Joris LARIK, *Constitutional « World View », Global Governance and International Relations Theory,* Working Paper No. 3, La Haya, The Hague Institute for Global Governance, 2014. Voir aussi, Mireille DELMAS-MARTY et Stephen BREYER (Dir.), *Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France – États-Unis*, Paris, Société de législation comparée, 2009.

[1804] Laurence BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », Op. Cit., p. 124.

[1805] Ibid., pp. 124 – 130.

[1806] Armin Von BOGDANDY, *Ius constitutionale commune latinoamericanum : una aclaración conceptual*, Op. Cit., p. 9.

[1807] Mireille DELMAS-MARTY, *Du dialogue à la montée en puissance des juges*, Op. Cit., 316.

L'on peut penser tout particulièrement au système interaméricain qui, à partir de l'affaire *Almonacid Arellano Vs. Chili*, a officiellement transformé les juges des États parties à la CADH en véritables « juges conventionnels de droit commun »[1808] . D'après la Cour IDH, les juges nationaux sont soumis à l'empire de la loi et sont obligés, pour ce fait, d'appliquer les dispositions en vigueur dans l'ordre juridique. Lorsque l'État a ratifié un traité international comme la CADH, ses juges sont également soumis à cet instrument, ce qui les contraint à veiller à ce que les effets des dispositions conventionnelles ne soient pas malmenés par l'application des normes contraires à son objet et son but[1809]. Pour le tribunal interaméricain, le juge national en plus de faire un contrôle de constitutionnalité (concentré ou diffus), il doit effectuer aussi un « contrôle de conventionnalité *ex officio* entre les normes internes et la Convention Américaine »[1810]. Pour le faire, le juge doit tenir compte du *corpus juris* interaméricain y compris les interprétations qu'en ont été faites par la Cour[1811].

Plusieurs ont été les sujets juridiques sur lesquels les juges nationaux se sont vus contraints à appliquer le *corpus juris* régional interaméricain. Parmi les plus connus se trouvent les affaires sur la peine de mort[1812], les lois d'amnistie[1813], et les jugements des violations des droits de l'homme par des tribunaux militaires[1814]. Cependant, dans le droit interaméricain, il y a des affaires qui attirent l'attention parce que les juges internes ont appliqué le *corpus juris* interaméricain pour prévenir une condamnation internationale. En

---

[1808] Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », Op. Cit., pp. 149 – 180 ; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales*, Op. Cit., pp. 1167 et 1220. Voir aussi, Néstor Pedro SAGÜÉZ, *La interpretación judicial de la Constitución, de la Constitución Nacional a la Constitución convencionalizada,* México, Porrúa, 2013.

[1809] COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit., § 124.

[1810] COUR IDH, *Affaire Travailleurs licenciés du Congrès (Aguado Alfaro et autres) Vs. Pérou*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 158, Op. Cit., § 128.

[1811] COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit., § 124.

[1812] COUR IDH, *Affaire Hilaire, Constantine, Benjamin et autres Vs. Trinité-et-Tobago*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 94, Op. Cit., § 116 ; *Affaire Fermín Ramírez Vs. Guatemala*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 126, 20 juin 2005, §§ 99 – 110 ; *Affaire Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 133, 15 septembre 2005, §§ 79 – 90 ; *Affaire Boyce et autres Vs. Barbade*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens. Série C n ° 169, Op. Cit., §§ 65 – 80 ; et *Affaire Dacosta Cadogan Vs. Barbade*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 204, Op. Cit, §§ 68 – 75.

[1813] COUR IDH, *Affaire Barrios Altos Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 75, Op. Cit., §§ 41 - 44 ; *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit. §§ 121, 122 et 128 ; *Affaire La Cantuta Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 162, Op. Cit., § 189 ; *Affaire Gomes Lund et autres (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brésil*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 219, Op. Cit., §§ 149, 180 – 182 ; *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Arrêt de fond et réparations, Série C n ° 221, Op. Cit, §§ 229, 243, 244 et point résolutif No. 6 ; et *Affaire Massacre de Le Mozote et d'endroits proches Vs. Salvador*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens. Série C n° 252, Op. Cit., § 296 et point résolutif No. 8.

[1814] COUR IDH, *Affaire Radilla Pacheco Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 209, Op. Cit., §§ 273, 274 et 284 ; *Affaire Fernández Ortega et autres Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 215, Op. Cit., § 179 ; *Affaire Rosendo Cantú Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 216, Op. Cit., § 163 ; *Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 220, Op. Cit., § 206. Voir plus récemment, COUR IDH, *Affaire Nadege Dorzema et autres Vs. République Dominicaine*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 251, 24 octobre 2012, §§ 190 et 198 ; *Affaire Rodrigues Vera et autres (Disparus du Palais de Justice) Vs. Colombie*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 287, 14 novembre 2014, §§ 449 et 450 ; et *Affaire Argüelles et autres Vs. Argentine*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 288, 20 novembre 2014, §§ 148 et 149.

Argentine par exemple, l'affaire *Espósito* est l'un des affaires les plus connues sur le sujet[1815], dans la mesure où la Cour suprême de justice de la Nation (CSJN) –en acceptant que les décisions du tribunal interaméricain jouissent de la force exécutoire– a déterminé que les arrêts de la Cour IDH « sont obligatoires pour l'État argentin (Art. 68.1 CADH) »[1816]. La Cour a assuré aussi qu' « en principe, [elle] doit subordonner le contenu de ses décisions à celles dudit tribunal international »[1817]. C'est la raison pour laquelle, en résolvant le recours de cassation présenté dans l'affaire, qui essayait de mettre fin à la procédure pénale menée à l'encontre du M. Espósito, la CSJN a établi que sont « inadmissibles les décisions de prescription ou tout autre obstacle de droit interne qui vise à empêcher l'enquête et punir les responsables des violations des droits de l'homme »[1818], et que la prescription donnée au commissaire de police Espósito serait nuisible au droit à la protection judiciaire des victimes[1819]. Dès lors la CSJN, a ordonné l'annulation des décisions précédentes afin de prononcer un nouveau jugement et d'éviter de mettre en cause, une nouvelle fois, la responsabilité internationale de l'État argentin[1820].

Au Mexique, est connu comme « historique », l'avis consultatif demandé par le gouvernement à la Suprême cour de justice de la Nation (SCJN)[1821], relatif à l'accomplissement par les autorités judiciaires nationales de l'arrêt de la Cour IDH *Radilla Pacheco*[1822]. La SCJN a précisé qu'elle « ne peut pas évaluer le litige ni contester la compétence de la Cour IDH, mais se limiter à son accomplissement »[1823]. Ensuite, elle s'est penchée à la détermination de la valeur du droit international des droits de l'homme dans l'ordre juridique mexicain. Ainsi, la SCJN a affirmé que les décisions prononcées par le tribunal interaméricain, « dont la compétence a été acceptée par l'État mexicain, sont obligatoires pour tous ses organes dans

---

[1815] Cette affaire a été très controversée en Argentine, parce que la CSJN devait, à la fois, appliquer les injonctions données par la Cour IDH dans l'affaire *Bulacio* et changer des principes très enracinés au droit interne, tels que la prescription en matière pénale. En effet, M. Espósito, commissaire de police à Buenos Aires, a privé de sa liberté illégalement à plus de 80 jeunes, parmi lesquels se trouvait Walter David Bulacio, mineur de 17 ans, qui après d'être appréhendé par la police a été victime de plusieurs coups qui le provoquaient la morte. Le commissaire Espósito, dû au retard pris dans l'enquête judiciaire a obtenu, en première instance, la prescription de l'action publique. Prescription qu'en appellation fut confirmée. Cette négligence a été critiquée et fortement sanctionnée par la Cour IDH. Voir, COUR IDH, *Affaire Bulacio Vs. Argentine*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 100, Op. Cit. §§ 3, 105 et 109.

[1816] COUR SUPRÊME DE JUSTICE DE LA NATION ARGENTINE, *Affaire Miguel Ángel Espósito,* Requête E. 224. XXXIX, 23 décembre 2004, considérant 6.

[1817] Ibidem.

[1818] Ibid., considérant 9. Cfr. COUR IDH, *Affaire Bulacio Vs. Argentine*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 100, Op. Cit. § 116.

[1819] COUR SUPRÊME DE JUSTICE DE LA NATION ARGENTINE, *Affaire Miguel Ángel Espósito*, Op. Cit., considérant 10.

[1820] Ibid., considérants 10 et 12.

[1821] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Op. Cit., p. 595.

[1822] Il s'agit de la première d'une série d'affaires à l'encontre du Mexique par des disparitions forcées commises par les membres de ses forces armées. L'affaire porte en particulier sur la disparition forcée en 1974 du M. Rosendo Radilla Pacheco, et les obstacles existants dans le droit interne pour empêcher l'enquête et le jugement effectifs des responsables, comme ceux du jugement des violations des droits de l'homme par des tribunaux militaires. COUR IDH, *Affaire Radilla Pacheco Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 209, Op. Cit., §§ 1 – 7. Voir également, Jorge Mario PARDO REBOLLEDO, *El caso Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos*, Bogotá, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2011, Año XVIII, pp. 333 – 346 ; et José Ramón COSSIO DÍAZ, *Algunas notas sobre el caso Rosendo Radilla Pacheco*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. XIV, 2014, pp. 803 – 834.

[1823] SUPRÊME COUR DE JUSTICE DE LA NATION, *Requête « Varios » 912/2010*, 14 juillet 2011, § 16.

leurs respectives compétences, ayant figuré en tant que partie dans un litige concret »[1824]. En d'autres termes, le tribunal mexicain reconnaît les effets *inter partes* du *decisum* des arrêts. Cependant, il va également tenir compte de l'*obiter dicta* ainsi que du *ratio decidendi* des décisions interaméricaines[1825]. En effet, dans le paragraphe 20 de l'avis consultatif, la SCJN exprime que « le reste de la jurisprudence de la Cour [IDH], dérivée des arrêts dans lesquels l'État mexicain n'est pas partie du litige, doit être considéré comme principe directeur de toutes les décisions des juges mexicains »[1826], en précisant, simplement, que cela s'applique toujours en ce que la jurisprudence interaméricaine est le plus favorable à la personne conformément à l'article 1 constitutionnel[1827].

Néanmoins, le plus intéressant de l'avis consultatif est la manière comme la SCJN a désigné, autour de « l'interprétation conforme », sa propre méthode pour intégrer au droit mexicain les règles et principes provenant du droit international des droits de l'homme[1828]. La méthode créée par la SCJN est une méthode à trois temps.

Dans le premier, on trouve « l'interprétation conforme au sens large », grâce à laquelle les juges du pays, ainsi que toutes les autres autorités de l'État mexicain, doivent interpréter l'ordre juridique à la lumière et selon les droits de l'homme énoncés dans la Constitution et dans les traités internationaux auxquels l'État est partie, en favorisant en tout cas la protection plus large aux personnes[1829]. Dans le deuxième, on voit « l'interprétation conforme au sens strict », à travers laquelle les juges, ayant plusieurs interprétations juridiquement valables et partant de la présomption de constitutionnalité des normes, doivent préférer l'interprétation normative la plus en accord aux droits de l'homme établis dans la Constitution et dans les traités internationaux ratifiés par l'État en la matière. Cela afin d'éviter toute influence dans le contenu essentiel de ces droits[1830]. Enfin, et peut-être c'est la partie la plus complexe et importante du travail pour les juges, dans le troisième temps on a « l'inapplication des normes internes lorsque les alternatives précédentes ne sont pas possibles »[1831]. Sur ce point, la SCJN en prévoyant les critiques futures sur la séparation de pouvoirs, s'est anticipée dans le temps, pour préciser qu'avec la méthode créée, la logique de séparation des pouvoirs et du fédéralisme mexicain, n'est pas méconnue. Au contraire, le pouvoir public est renforcé dans la mesure où les juges deviennent le dernier recours pour assurer la primauté et l'application

---

[1824] Ibid., § 19. Voir sur ce sujet, Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *El control judicial interno de convencionalidad*, Revista Ius, Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Pueblas, 2011, No. 28, pp. 123 – 158.

[1825] Sur les effets *inter partes* et *erga omnes* des décisions de la Cour IDH voir, Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional : vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del caso Gelman Vs. Uruguay)*, Op. Cit., pp. 656 et 657.

[1826] SUPRÊME COUR DE JUSTICE DE LA NATION, *Requête « Varios » 912/2010*, Op. Cit., § 20.

[1827] La SCJN fait référence à l'alinéa 2 de l'article 1, tel qu'amendé en 2011, qui intègre ainsi au texte constitutionnel le principe *pro homine* : « les règles relatives aux droits de l'homme doivent être interprétées en conformité avec la Constitution et les traités internationaux sur la matière en favorisant à tout moment aux personnes de la protection la plus large ». Voir notamment sur cette réforme, Karlos CASTILLA JUÁREZ, *Nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México*, Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2011, Año 9, No. 2, pp. 123 – 164 ; et Juan N. SILVA MEZA, *El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2012, Año XVIII, pp. 151 -172.

[1828] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Op. Cit., pp. 553 – 559.

[1829] SUPRÊME COUR DE JUSTICE DE LA NATION, *Requête « Varios 912/2010*, Op. Cit., § 33, littéral A.

[1830] Ibid., § 33, littéral B.

[1831] Ibid., § 33, littéral C.

effective des droits de l'homme établis dans la Constitution et dans les traités internationaux[1832].

Plus récemment en Colombie, le Conseil d'État en intégrant les règles établies par la Cour IDH sur la liberté d'expression a décrété, comme mesure conservatoire, la suspension provisoire d'un acte administratif provenant de l'Autorité Nationale de Télévision (ANTV), à travers lequel a été adoptée la nouvelle procédure d'assignation des fréquences radioélectriques pour la prestation du service de télévision radiodiffusée[1833]. Les sociétés requérantes ont saisi le Conseil pour demander l'annulation de trois normes du dit acte[1834]. De plus, elles ont demandé, à titre conservatoire et en attendant la décision définitive du litige, la suspension du paragraphe unique de l'article 13 du texte administratif en question, pour créer une restriction à la liberté d'expression incompatible avec l'article 13 de la CADH[1835].

Pour résoudre la demande de mesures conservatoires, le Conseil s'est appuyé sur les règles données par la Cour IDH sur la liberté d'expression dans l'affaire *La dernière tentation du Christ Vs. Chili*, pour assurer que cette liberté « ne s'épuise pas dans la reconnaissance théorique du droit de parler ou d'écrire, mais elle comprend aussi, inséparablement, le droit d'utiliser tous les moyens appropriés pour diffuser la pensée et de la faire atteindre au plus large nombre de destinataires […] [dont] l'expression et la diffusion de la pensée et de l'information sont indivisibles »[1836].

À partir de cette règle, le Conseil a conclu que « la régulation du spectre électromagnétique, ayant une relation étroite avec la liberté d'expression, devient une question conventionnelle »[1837]. Ainsi et « conformément aux paramètres de protection du droit à la liberté d'expression » établis par le droit interaméricain, les restrictions conventionnellement admises doivent être prévues par des normes légales, jamais administratives[1838]. Pour cette raison, le Conseil a jugé pertinent d'ordonner la suspension de la norme administrative en question afin d'éviter un préjudice irrémédiable[1839].

Cependant, la création et le développement d'une « culture conventionnelle »[1840] , visant l'ouverture du droit interne au droit international des droits de l'homme, ne sont pas

---

[1832] Ibidem.
[1833] Il s'agit de la Résolution No. 759 du 5 août 2013 émise par l'ANTV.
[1834] CONSEIL D'ÉTAT COLOMBIEN, *Affaire Caracol Televisión S.A. et RCN Televisión S.A.*, Requête nº 53057, Arrêt des mesures conservatoires, 13 mai 2015, §§ 1 et 2.
[1835] Le paragraphe de l'article 13 établit qu' « en aucun cas, le concessionnaire de télévision pourra radiodiffuser les signaux dès la station de télévision, jusqu'à ce que l'ANTV l'informe par communication écrite au concessionnaire, qu'il se trouve autorisé à commencer les opérations ».
[1836] CONSEIL D'ÉTAT COLOMBIEN, *Affaire Caracol Televisión S.A. et RCN Televisión S.A.*, Requête nº 53057, Arrêt des mesures conservatoires, Op. Cit., § 9.8. Cfr. COUR IDH, *Affaire « la dernière tentation du Christ » (Olmedo Bustos et autres) Vs. Chili*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 73, 5 décembre 2001, § 65.
[1837] CONSEIL D'ÉTAT COLOMBIEN, *Affaire Caracol Televisión S.A. et RCN Televisión S.A.*, Requête nº 53057, Arrêt des mesures conservatoires, Op. Cit., § 9.9.
[1838] Ibid., §§ 9.7 et 9.10. En effet, le Conseil fait référence à l'article 13 § 3 de la CADH : « la liberté d'expression ne peut être restreinte par de voies ou des moyens indirects, notamment par les monopoles d'État ou privés sur le papier journal, les fréquences radioélectriques, les outils ou le matériel de diffusion, ou par toute autre mesure visant à entraver la communication et la circulation des idées et des opinions ».
[1839] Ibid., point résolutif unique.
[1840] Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », Op. Cit., pp. 149 – 180.

exclusifs du SIDH. Actuellement, le SEDH essaie de mettre en place un mécanisme semblable à celui qui a créé la Cour IDH pour transformer les juges nationaux en véritables juges conventionnels des droits de l'homme, si bien qu'en Europe, comme le fait savoir Mireille Delmas-Marty, la Cour de Strasbourg est assez limitée par le fait que ses décisions n'ont qu'une autorité relative de la chose jugée – « seules les parties au litige sont liées par la décision et seulement pour le cas tranché »–[1841], tant la Cour comme le Comité de Ministres du Conseil de l'Europe sont en train de convertir les juges nationaux en juges conventionnels[1842].

Sur ce sujet, le Conseil de l'Europe a insisté sur le fait qu' « il est primordial que les États exécutent pleinement et rapidement les arrêts de la Cour » ainsi « que les juridictions nationales, lorsqu'elles conduisent des procédures et élaborent des arrêts, tiennent compte des principes de la Convention, en prenant en considération la jurisprudence de la Cour »[1843], dans la mesure où « cela permet de garantir que les recours internes soient aussi effectifs que possible pour remédier aux violations des droits de la Convention, et contribue au dialogue entre la Cour et les juridictions et instances nationales »[1844].

Il n'est pas inutile d'examiner l'une des mesures prises à cet égard par la Cour suprême de la Fédération de Russie, après que l'État russe a été condamné à plusieurs reprises par la Cour EDH ainsi que d'avoir été sujet à plusieurs procédures sur les mêmes sujets juridiques. Il s'agit de la Résolution No. 21 de l'Assemblée plénière de cet organe judiciaire adoptée le 27 juin 2013 et à travers laquelle se sont fixées des directives concernant l'application de la CEDH et de ses protocoles par les juridictions de droit commun. L'ordonnance rappelle « que les juridictions internes sont tenues d'assurer une interprétation du droit interne qui soit conforme aux arrêts définitifs rendus par la Cour européenne contre la Fédération de Russie »[1845]. De plus, et cela pour la première fois, elle précise « que les tribunaux russes doivent prendre en considération les arrêts de la Cour européenne contre d'autres États parties »[1846].

Cette prise en compte de la chose interprétée peut être vue soit comme l'introduction « d'office, d'une autolimitation de la marge d'appréciation de l'État », tel que le dit Anne-Catherine Fortas, soit comme une prise au sérieux des obligations vis-à-vis de la protection des droits de l'homme, tels qu'ils sont interprétés par la Cour EDH[1847]. D'ailleurs, pour mieux justifier son approche à l'égard de l'intégration au droit russe des règles et des principes provenant du droit européen des droits de l'homme ainsi que de toute jurisprudence de la Cour de Strasbourg, l'Assemblée plénière de la Cour suprême « précise que les dispositions de la Convention et de ses protocoles doivent être considérées dans leur ensemble en vertu de l'article 31§ 1 de la [CVDT] »[1848].

[1841] Mireille DELMAS-MARTY, *Du dialogue à la montée en puissance des juges*, Op. Cit., 314.
[1842] Dragoljub POPOVIĆ, « Pilot Judgments of the ECTHR », Op. Cit., pp. 354 – 357 ; et Oana NADELCU-SURDESCU, *Brief Analysis of the Operation of the Pilot Judgment Procedure before the European Court of Human Rights (ECHR)*, Op. Cit., pp. 24 – 32.
[1843] CONSEIL DE L'EUROPE, *Guide de bonnes pratiques en matière de voies de recours internes*, Op. Cit., p. 12.
[1844] Ibidem.
[1845] COMITÉ DES MINISTRES, *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 7e Rapport annuel du Comité des Ministres 2013, Op. Cit., p. 181.
[1846] Ibidem.
[1847] Anne-Catherine FORTAS, *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 215.
[1848] COMITÉ DES MINISTRES, *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 7e Rapport annuel du Comité des Ministres 2013, Op. Cit., p. 182.

Il est important maintenant, de voir comment la conventionnalisation du droit étatique en plus de développer le concept de bloc de conventionnalité des droits de l'homme, a permis l'encadrement de l'activité normative du droit interne.

B. L'encadrement de l'activité normative du droit interne

Classiquement, la fonction des juges, y compris de ceux qui agissent dans l'ordre international, a été considérée comme une activité déclaratoire[1849]. Le juge dit le droit, il ne le fait pas[1850], cela a été l'empreinte qui a guidé la pensée juridique volontariste et positiviste majoritaire jusqu'à la fin du XXe siècle[1851]. Cependant, la montée du « protagonisme » de l'être humain en tant que sujet et acteur de la scène internationale, ainsi que la décadence progressive du volontarisme étatique, marque un nouveau regard des juges vis-à-vis des problèmes juridiques des sociétés[1852], surtout, sur les problèmes qui naissent de la méconnaissance des droits de l'homme qui donne origine à des « violations massives et systématiques »[1853].

L'arrivée du « judicial activism »[1854] avec le réalisme juridique transforme le rôle passif des juges, ils deviennent des sujets de l'activité normative des États, et évidemment les juges internationaux des droits de l'homme sont concernés par cette nouvelle mission[1855]. C'est ainsi que progressivement les tribunaux de ces juges, dans le but d'aider à la conventionnalisation des droits étatiques, ont passé d'un modèle « cost-centered », c'est-à-

---

[1849] COUR EDH, *Affaire Marckx Vs. Belgique*, Requête nº 6833/74, 13 juin 1979, § 189.

[1850] La métaphore juridique provient de Montesquieu qui a écrit « les juges ne sont […] que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ». Elle est devenue une marque, presque un slogan, emblématique pour les positivistes juridiques « radicaux ». Charles-Lois de Secondât MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Gallimard, 1995, p. 337.

[1851] On voit quelques exceptions au début du XXe siècle qui montraient déjà les risques de cette pensée juridique. Voir par exemple, Nicolas POLITIS, *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1925, Vol. 6 ; et Jean SPIROPOULOS, *L'individu et le droit international*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, Op. Cit.

[1852] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., pp. 167 – 180.

[1853] Parmi les tribunaux régionaux des droits de l'homme, le concept de « violations massives et systématiques des droits », fut employé, tout au début, par la Cour IDH. Mais elle a été empruntée par la Cour EDH et désormais elle est une notion commune dans les deux tribunaux. Voir, entre autres, CORTE IDH, *Affaire des frères Gómez Paquiyauri Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 110, Op. Cit., § 116 ; *Affaire Massacre des deux erres Vs. Guatemala*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 211, 24 novembre 2009, § 152. COUR EDH, *Affaire Géorgie Vs. Russie*, Requête nº 13255/07, 3 juillet 2014, §§ 120 et 185 ; et *Affaire Mocanu et autres Vs. Roumanie*, Requêtes nºs 10865/09, 45886/07, 32431/08, 17 septembre 2014, §§ 191, 245, 293. Néanmoins, il faut préciser que quelques ans avant, la Commission ADHP avait déjà employé l'expression dans sa décision sur une affaire à l'égard du Tchad. COMMISSION ADHP, *Communication 74/92*, Commission nationale des droits de l'homme et des libertés Vs. Tchad, 11 octobre 1995, § 37.

[1854] Voir, Keenan D. KMIEC, *The origin and Current Meanings of Judicial Activism*, California Law Review, 2004, Vol. 92, Issue 5, pp. 1441 – 1478 ; Stefanie A. LINDQUIST et Frank B. CROSS, *Measuring judicial activism*, Oxford, Oxford University Press, 2009 ; et Luís Pedro PEREIRA COUTINHO, Massimo LA TORRE, Steven Douglas SMITH (Ed.), *Judicial activism : an interdisciplinary approach to the American and European experiences*, New York, Springer, 2015.

[1855] Voir sur le sujet, Riccardo GUASTINI, *Les juges créent-ils du droit ? Les idées de Alf Ross*, Revus, 2014, No. 24, pp. 99 – 113 ; Jakob HOLTERMANN, *Naturalizing Alf Ross's Legal Realism : A Philosophical Reconstruction*, Revus, 2014, No. 24, pp. 165 – 186 ; et Giovanni TUZET, *A Short Note on Digestive Realism*, Revus, 2015, No. 25, pp. 11 – 14.

dire d'un modèle de réparations monétaires ou « mercantilisées »[1856], où le tribunal « évite d'imposer des coûts supplémentaires aux États parties, sous la forme de recours plus coûteux ou plus détaillés, afin de minimiser les risques pour leur intégrité institutionnelle »[1857], à un modèle « victim-centered » ou de réparation corrective, inspiré principalement des normes du Statut de la CPI[1858], où le tribunal « ordonne régulièrement des mesures de restitution, de réhabilitation, de satisfaction et garanties de non-répétition, en liaison avec la compensation »[1859].

Désormais, les juges commencent à participer à l'encadrement normatif des États dans son ensemble afin d'aider à résoudre les violations massives et systématiques des droits humains, soit *par la voie de réformes législatives (I)*, si les violations proviennent des défaillances structurelles des lois ; soit *par le biais d'amendements constitutionnels (II)*, si les violations trouvent leur origine dans le défaut de la norme supérieure.

I. Par la voie de réformes législatives

L'activité normative étatique commence à être encadrée par les organes des systèmes de protection régionaux à travers un contrôle juridique à plusieurs degrés. L'encadrement peut se faire à partir de *recommandations simples comme c'est le cas spécifique de la Cour EDH (1)*, jusqu'aux *injonctions complexes telle qu'il est la pratique habituelle de la Cour IDH et, désormais, de la Cour ADHP (2)*.

1. Les recommandations données par la Cour EDH

Bien que l'article 46 de la CEDH relatif à la force obligatoire et à l'exécution des arrêts, en regroupant les anciens articles 32 et 52, établisse que « si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable », le modèle de réparation de préjudices de la Cour EDH jusqu'à récemment se limitait seulement à émettre « un jugement déclaratoire et une compensation monétaire pour les violations des droits de l'homme »[1860]. Cependant, à partir de l'adoption du Protocole n° 11, la Cour EDH et le Comité

[1856] Il s'agit de l'une des fortes critiques portées par rapport au modèle de réparation développé en Europe, où les droits de l'homme sont victimes d'une « instrumentalisation galopante », voire une mercantilisation excessive. En effet, « la sphère des droits de l'homme devient un champ de positionnement stratégique ». Il y a une « tendance à l'instrumentalisation » qui se « renforcera à mesure que les droits de l'homme deviendront plus effectifs encore. L'une des conséquences du phénomène d'instrumentalisation est la mercantilisation, voire la marchandisation des droits de l'homme eux-mêmes ». Jean-Baptiste RACINE, « Droits économiques et droits de l'homme : introduction générale », *in* Laurence BOY, Jean Baptiste RACINE et Fabrice SIIRIAINEN (Coord.) *Droits économiques et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 17. Voir aussi, Jean-François FLAUSS, *Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Recueil Dalloz, Paris, Dalloz, 2003. No. 4, pp. 227 – 230 ; et Frédéric SUDRE, *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Op. Cit., pp. 917 – 947.

[1857] Thomas M. ANTKOWIAK, *An Emerging Mandate for International Courts : Victim-Centered Remedies and Restorative Justice*, Stanford Journal of International Law, 2011, No. 47, p. 318.

[1858] Voir, articles 68(1), 75(1), 75(2) et 79 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

[1859] Thomas M. ANTKOWIAK, *An Emerging Mandate for International Courts : Victim-Centered Remedies and Restorative Justice*, Op. Cit., p. 288.

[1860] Ibid., p. 317.

des Ministres ont commencé à travailler en commun pour établir un nouveau système de réparation afin de corriger les violations massives et systématiques qui engorgent le SEDH[1861].

Le Comité des Ministres a découvert que pour résoudre cette sorte de violations, il faut que les États membres réexaminent « l'effectivité des recours internes existants », et si nécessaire, ils offrent des recours effectifs ou d'autres mesures générales, « afin d'éviter des affaires répétitives »[1862] ; c'est ainsi que la Cour EDH identifie dans ses arrêts, les problèmes structurels sous-jacents et la source de ces problèmes, afin d'accomplir une fonction pédagogique en recommandant des solutions appropriées[1863]. Pour le Comité, la réparation des violations massives et systématiques, « peut impliquer, selon les circonstances, des changements législatifs, réglementaires et/ou de pratiques des tribunaux. Certaines affaires peuvent même nécessiter des amendements constitutionnels. De plus, d'autres types de mesures peuvent être requis, par exemple la rénovation d'un établissement pénitentiaire, l'augmentation du nombre de juges ou du personnel pénitentiaire, ou l'amélioration de procédures administratives »[1864].

À ces repérages par le Comité, s'est ajoutée la position du Conseil de l'Europe qui, dans le rapport explicatif du Protocole n° 14 à la CEDH, a précisé que « de la rapide et de l'effective exécution des mesures générales ordonnées par la Cour EDH dépend la crédibilité du système » car, elles sont dans la pratique, celles qui vont résoudre dès la source du problème étatique la violation massive et systématique des droits[1865].

Pour cette raison, depuis quelques années, la Cour EDH a commencé à signaler dans ses arrêts, à partir d'une optique « conventionalisante » du droit étatique, que de l'obligation étatique de se conformer à ses arrêts, prescrite à l'article 46 de la CEDH, il en découle une visée à faire cesser l'illicite, et à garantir la non-répétition des violations. Ainsi, l'État défendeur « reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles », doit non seulement verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable,

---

[1861] CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif du protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Op. Cit., §§ 50 et 106 – 108 ; et COUNCEIL OF EUROPE, *Reform of the control system of the European Convention on Human Rights,* Human Rights Law Journal, 1993, Vol. 14, pp. 31 – 48. Voir aussi, Ronny ABRAHAM, *La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme : le protocole n° 11 à la Convention*, Annuaire français de droits de l'homme, Paris, CNRS, 1994, Vol. 40, pp. 619 – 632.

[1862] Selon le Comité des Ministres, « l'amélioration des recours internes exige également que des actions supplémentaires soient menées afin que les autorités nationales, dans l'application du droit interne, puissent tenir compte des exigences de la Convention et tout particulièrement de celles qui découlent des arrêts de la Cour concernant leur État ». CONSEIL DE L'EUROPE, *CEDH : mise en œuvre et contrôle. Garantir l'efficacité de la Convention européenne des droits de l'homme*, Op. Cit., pp. 73 et 76.

[1863] Ibid., pp. 83 et 84.

[1864] COMITÉ DES MINISTRES, *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6e Rapport annuel du Comité des Ministres 2012, Strasbourg, 2013, p. 23 ; *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 7e Rapport annuel du Comité des Ministres 2013, Op. Cit., p. 17 ; *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 8e Rapport annuel du Comité des Ministres 2014, Strasbourg, 2015, pp. 216 et 217 ; *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 9e Rapport annuel du Comité des Ministres 2015, Strasbourg, 2016, pp. 254 et 255 ; *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e Rapport annuel du Comité des Ministres 2016, Strasbourg, 2017, p. 299 ; et *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 11e Rapport annuel du Comité des Ministres 2017, Strasbourg, 2018, p. 261.

[1865] CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif du protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Op. Cit., § 16.

mais aussi choisir « les mesures générales [...] à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences »[1866]. Pour le Comité des Ministres, « avant cette pratique, la Cour EDH était fréquemment saisie » des violations répétitives, révélant des problèmes normatifs ou des pratiques judiciaires et administratives incompatibles, amenant avec cela « l'augmentation du nombre d'affaires »[1867].

Cette nouvelle manière de réfléchir les réparations des violations des droits humains, a fait que la Cour EDH commence à intégrer à ses décisions la pratique de recommander aux États la prise des mesures générales dans leurs ordres juridiques, dans le but de résoudre les violations massives et systématiques des droits de l'homme en Europe[1868] ; ce qui rapproche ainsi, de manière prétorienne, la CEDH de la CADH, dont l'article 2 énonce l'obligation d'adopter des mesures de droit interne, soit administratives, législatives ou constitutionnelles, dans l'objectif de donner effet aux droits garantis[1869].

Parmi les mesures générales qui sont recommandées aux États se trouve la réforme législative avec l'objectif de réussir l'adéquation normative du droit interne avec celui de la CEDH et ses protocoles additionnels. Ainsi on peut citer trois arrêts, à titre d'exemple, dans lesquels la Cour de Strasbourg a recommandé l'adoption des mesures générales d'ordre législatif visant à encadrer le processus de conventionnalisation du droit étatique dans le SEDH.

D'abord, l'on doit citer un arrêt de l'année 2004 dans lequel la Cour EDH recommande l'adoption d'une réforme législative du droit polonais, afin de faire devenir la législation de ce pays compatible avec le respect du droit de la propriété, tel que reconnu par l'article 1 du Protocole n° 1 additionnel à la CEDH. Il s'agit de l'affaire *Broniowski Vs. Pologne* dans lequel la Cour s'est vue confrontée à des violations massives et systématiques du droit à être indemnisé concernant des personnes qui, durant la seconde guerre mondiale, avaient dû abandonner leurs biens immobiliers à cause des invasions réalisées par l'URSS des « territoires au-delà du Boug » en septembre 1939[1870].

[1866] COUR EDH, *Affaire Scozzari Vs. Italie*, Requêtes n°s 39221/98 et 41963/98, 13 juillet 2000, § 249.

[1867] COMITÉ DES MINISTRES, *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 1er Rapport annuel du Comité des Ministres 2007, Strasbourg, 2008, p. 12.

[1868] COMITÉ DES MINISTRES, *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 4e Rapport annuel du Comité des Ministres 2010, Strasbourg, 2011, p. 19 ; *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 5e Rapport annuel du Comité des Ministres 2011, Op. Cit., pp. 21 et 22 ; *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6e Rapport annuel du Comité des Ministres 2012, Op. Cit., pp. 28 et 29 ; *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 7e Rapport annuel du Comité des Ministres 2013, Op. Cit., pp. 22 et 22 ; *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 8e Rapport annuel du Comité des Ministres 2014, Op. Cit., pp. 222 et 223 ; *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 9e Rapport annuel du Comité des Ministres 2015, Op. Cit., pp. 260 et 261 ; *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 10e Rapport annuel du Comité des Ministres 2016, Op. Cit., pp. 305 et 306 ; et *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 11e Rapport annuel du Comité des Ministres 2017, Op. Cit., pp. 267 et 268. Voir, également, Mihaela AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe. Contribution à la théorie du contrôle international*, Op. Cit., pp. 592 – 595.

[1869] Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2012, p. 848.

[1870] Voir sur le sujet, María PÍA CARAZO, « Broniowski Case », *in Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, Disponible [En ligne] :

Dans cette affaire la Cour de Strasbourg a montré que la violation du droit du requérant, tel que le garantit l'article 1 du Protocole n° 1, « tire son origine d'un problème à grande échelle résultat d'un dysfonctionnement de la législation polonaise et d'une pratique administrative » incompatibles, « qui a touché, et peut encore toucher à l'avenir, un grand nombre de personnes »[1871] . D'après ses constats, les faits de ce cas ne proviennent pas d'un « incident isolé » mais d'un « comportement administratif et réglementaire » des autorités polonaises à l'égard d'une catégorie *précise* de citoyens[1872], qui a déjà touché près de 80.000 personnes[1873]. Vu le problème structurel et les violations systématiques, la Cour estime que l'État défendeur doit, avant tout et à titre de mesures générales, « soit supprimer tout obstacle à l'exercice du droit des nombreuses personnes touchées par la situation jugée par elle contraire à la Convention en ce qui concerne le requérant, soit offrir en lieu et place un redressement équivalent »[1874].

Ainsi, en ce qui concerne la première option, laquelle paraît la plus adéquate pour la Cour, elle recommande à la Pologne de « garantir par des mesures légales et administratives appropriées la réalisation effective et rapide » du droit de propriété y compris le droit à être indemnisé, « aux autres demandeurs concernés par des biens situés au-delà du Boug, conformément aux principes de la protection des droits patrimoniaux énoncés à l'article 1 du Protocole n° 1, en particulier aux principes applicables en matière d'indemnisation »[1875].

À cause des violations massives et systématiques des droits de l'homme ayant une origine structurelle dans l'ordre interne de l'État, la pratique des recommandations de réformes législatives est devenue fréquente pour la Cour européenne dans ses arrêts qui nécessitent un mécanisme de « surveillance soutenue », à suivre la catégorisation des arrêts de la CEDH[1876]. Plus récemment, sur l'un des thèmes plus fréquents en Europe –les mauvaises conditions de détention[1877]–, la Cour a émis des arrêts recommandant de réformer, de

---

http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1797 (29 septembre 2018).

[1871] COUR EDH, *Affaire Broniowski Vs. Pologne*, Requête nº 31443/96, Op. Cit., § 189.

[1872] Ibidem.

[1873] Ibid., § 193.

[1874] Ibid., § 194.

[1875] Ibidem.

[1876] La conférence tenue à Interlaken en février 2010 a mis au débat les préoccupations sur la nécessité de rendre « la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour plus efficace et transparente » surtout à ce qui concerne « aux affaires révélant d'importants problèmes structurels ». Ces préoccupations ont été intégrées par le Comité des Ministres dans la décision adoptée lors de sa 120e session en mai 2010. À ce titre les délégués ont adopté les « nouvelles méthodes de travail 2011 » en décembre 2010, introduisant un nouveau système de surveillance à deux axes, orienté autour d'une nouvelle procédure de « surveillance standard » pour tous les arrêts, et par une procédure spéciale de « surveillance soutenue » prévue seul pour les arrêts de priorité. Il y a quatre types d'arrêts soumis à la surveillance soutenue :1) les arrêts impliquant des mesures individuelles urgentes ; 2) les arrêts pilotes ; 3) les arrêts révélant d'importants problèmes structurels et/ou complexes tels qu'identifiés par la Cour et/ou les Comité des Ministres ; et 4) les affaires interétatiques. COMITÉ DES MINISTRES, COMITÉ DES MINISTRES, *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 4e Rapport annuel du Comité des Ministres 2010, Op. Cit., pp. 20 et 21.

[1877] Le problème des mauvaises conditions de détention est toujours mis en relation avec l'interdiction à la torture et des traitements inhumant ou dégradants, laquelle occupe la quatrième place dans le « ranking » des droits les plus méconnus dans le SEDH depuis 1959 jusqu'au 31 décembre 2014, avec 1636 arrêts rendus constatant au moins une fois la violation de cette interdiction. COUR EDH, *Aperçu 1959 – 2014*, Op. Cit., pp. 5 – 7 ; et COUR EDH, *La Cour européenne des droits de l'homme en faits & chiffres 2014*, Strasbourg, Cour EDH, 2015, pp. 7, 10 et 11, Disponible [En ligne] : http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2014_FRA.pdf (29 septembre 2018).

préférence par voie législative, le cadre légal régissant le régime de détention applicable aux personnes condamnées à la prison à perpétuité[1878] ainsi que le système de réexamen de ces condamnations[1879].

Également, dans un arrêt de 2013, émis sur la non-réévaluation d'une indemnité accordée à titre de dommage aux personnes, à la suite d'une contamination massive en Italie du VIH, hépatites B et C lors de transfusions sanguines[1880], la Cour recommande à l'État défendeur de « garantir, par des mesures légales et administratives appropriées, la réalisation effective et rapide » du droit à recevoir à égalité la réévaluation sur les indemnités accordées par la contamination du sang[1881].

Cependant, l'encadrement de l'activité normative dans d'autres latitudes va prendre une force plus contraignante que celle de recommandations, et ce par la voie d'injonctions de réformes législatives qui vont renforcer l'objectif de corriger les violations massives et systématiques dès leur source.

2. Les injonctions faites par la Cour IDH et la Cour ADHP

La Cour IDH et la Cour ADHP comptent avec des normes qui, presque dans la même teneur, règlent la compensation des violations des droits de l'homme, à travers la réparation des conséquences et le paiement d'une juste indemnité, sans prévoir concrètement des mesures, telles que l'injonction de réformes normatives, pour corriger les violations massives et systématiques des droits.

L'article 63.1 de la CADH établit que « lorsqu'elle reconnaît qu'un droit ou une liberté protégée par la présente Convention ont été violés, la Cour ordonnera que soit garantie à la partie lésée la jouissance du droit ou de la liberté enfreints. Elle ordonnera également, le cas échéant, la réparation des conséquences de la mesure ou de la situation à laquelle a donné lieu la violation de ces droits et le paiement d'une juste indemnité à la partie lésée ». Pour sa part, l'article 27.1 du Protocole portant création de la Cour ADHP, prescrit que « lorsqu'elle estime qu'il y a eu violation d'un droit de l'homme ou des peuples, la Cour ordonne toutes les mesures appropriées afin de remédier à la situation, y compris le paiement d'une juste compensation ou l'octroi d'une réparation.

Ainsi, à simple vue, le SIDH et le SADHP comptent avec un modèle de réparation des dommages élémentaire, qui reconnaît le paiement d'une juste indemnisation sans permettre la solution du problème des violations massives et systématiques des droits humains.

Cependant, sur le continent américain, et récemment dans l'africain, ces sortes de violations sont résolues avec de réformes législatives par la voie d'injonctions précises, grâce à un système révolutionnaire de réparation des victimes créé par la Cour IDH, et suivi par la Cour ADHP.

[1878] COUR EDH, *Affaire Harakchiev et Tolumov Vs. Bulgarie,* Requêtes n°s 15018/11 et 61199/12, 8 octobre 2014, § 280.
[1879] COUR EDH, *Affaire László Magyar Vs. Hongrie*, Requête n° 73593/10, 20 mai 2014, §§ 71 et 72.
[1880] COUR EDH, *Affaire M.C. et autres Vs. Italie*, Requête n° 5376/11, Op. Cit., § 3.
[1881] Ibid., § 120.

Pour la doctrine est déjà bien connu le caractère révolutionnaire du modèle de réparation de la Cour de San José[1882]. Le modèle de cette Cour n'est pas seulement reconnu mais admiré et devenu source d'inspiration au niveau régional et international[1883]. À la différence d'autres tribunaux internationaux des droits de l'homme qui « ont généralement déployé des schémas de réparation peu imaginatifs, et souvent tragiquement inadéquats »[1884], la Cour de San José « a fait preuve d'une hardiesse qui ne s'explique pas sans la personnalité des juges de sa période inaugurale »[1885] ainsi que par l'esprit humaniste des juges que leur ont succédé.

En effet, tel qu'il a été reconnu et décris par Mme. Burgorgue-Larsen, l'humanisme caractéristique de la jurisprudence de la Cour IDH, à travers lequel s'est favorisée l'interprétation plus large des droits de la personne humaine, a été fortement déterminé par son « contexte sociologique ». « Un juge formé de manière « classique » en droit international public –où la souveraineté de l'État est le curseur de l'analyse positiviste du droit international– n'aura pas la même manière de voir les choses qu'un juriste sensible aux thèses du droit naturel et/ou qui a été actif (et possiblement l'est encore) dans les activités de protection et promotion des droits de l'homme dans la qualité d'un juriste engagé –certains diront « activiste »–[1886].

Le modèle de réparation interaméricain depuis ses commencements est un modèle qui se focalise sur les victimes, « victim-centered », et non seulement sur la rétribution économique du préjudice ou « cost-centered »[1887]. La focalisation sur la victime a conduit les organes du SIDH à repenser toute la logique de réparation internationale, pour se plonger sur

---

[1882] Voir, Fernando SILVA GARCÍA, « Aportaciones del sistema de reparaciones de la Corte Interamericana al derecho internacional de los derechos humanos », *in* George Rodrigo BANDEIRA GALINDO, Rene UREÑA et Aida TORRES PÉREZ (Coord.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, pp. 241 – 253 ; Jo M. PASQUALUCCI, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 188 – 234 ; Thomas M. ANTKOWIAK, *An Emerging Mandate for International Courts : Victim-Centered Remedies and Restorative Justice*, Stanford Journal of International Law, 2011, No. 47, pp. 279 – 332 ; Claudio GROSSMAN et autres, *Conference : Reparation in the Inter-American System : A Comparative Approach Conference*, American University Law Review, 2007, Vol. 56, Issue 6, pp. 1375 – 1468 ; et MOTA Marie, *Case-law of the Inter American Court of Human Rights*, Revus, 2009, No. 9, pp. 129 – 137. Voir également, Élisabeth LAMBERT ABDELGAWAD et Kathia MARTIN-CHENUT (Dir.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine pionnière et modèle ?* Paris, Société de législation comparée, 2009.

[1883] Karine BONNEAU, « La jurisprudence innovante de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en matière de droit à réparations de victimes de violations des droits de l'homme », Op. Cit., p. 349.

[1884] Éric TARDIF, *Le système interaméricain de protection des droits de l'homme : particularités, percées et défis*, Revue des droits de l'homme, 2014, No. 6, Disponible [En ligne] : http://revdh.revues.org/962 (29 septembre 2018). Voir dans le même sens, Thomas M. ANTKOWIAK, *Remedial Approaches to Human Rights Violations : The Inter-American Court of Human Rights and Beyond*, Columbia Journal of Transnational Law, 2008, Vol. 46, No. 2, pp. 351 – 419.

[1885] Christian TOMUSCHAT, « La protection internationale des droits des victimes », *in* Jean-François FLAUSS (Ed.), *La protection internationale des droits de l'homme et les droits des victimes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 19.

[1886] Laurence BURGORGUE-LARSEN, *El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos*, Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2014, Año 12, No. 1, p. 113.

[1887] Thomas M. ANTKOWIAK, *An Emerging Mandate for International Courts : Victim-Centered Remedies and Restorative Justice*, Op. Cit., p. 281. Voir aussi, les idées développées autour du système interaméricain par le juge international de justice Cançado Trindade, à l'égard de l'expansion de la juridiction internationale centrée sur la victime. Antônio CANÇADO TRINDADE, *State responsibility in Cases of Massacres : Contemporary Advances in International Justice*, Netherlands, Netherlands Institute of Human Rights, 2011, pp. 47 – 51.

des sujets autres que l'indemnisation « juste »[1888] et l'obligation de cessation de l'illicite, tels que la restitution, la réhabilitation, la satisfaction, la garantie de non-répétition et l'obligation d'enquêter, juger et, le cas échéant, sanctionner les responsables des violations[1889], mettant ainsi l'accent sur les éléments de la *restitutio in integrum* qui aident à résoudre les problèmes des violations massives et systématiques des droits de l'homme.

À cet égard, la Cour IDH, en se prévalant de l'interprétation intégrale des normes de la CADH, a utilisé avec fréquence le mécanisme d'injonction de réforme de l'ordre juridique interne et l'implémentation de politiques publiques en harmonie aux obligations conventionnelles[1890]. Concrètement, ces réformes sont « des mesures visant à éviter la répétition des violations des droits de l'homme », qui « ont une portée ou un impact public et résolvant souvent des problèmes structurels permettant d'avoir des impacts non seulement sur les victimes de l'affaire mais également sur d'autres membres et groupes de la société »[1891].

La Cour a ainsi adressé aux États l'injonction de prendre des mesures générales impliquant la réforme du droit interne afin de corriger et d'éviter à l'avenir la perpétuation des problèmes structurels et des violations massives et systématiques des droits. La jurisprudence constante interaméricaine démontre que depuis la dernière décennie du XX siècle, la Cour IDH dans ses décisions, en plus d'appliquer l'article 63.1 de la CADH pour ordonner « le paiement d'une juste indemnité à la partie lésée », applique conjointement l'article 2 de la CADH, qui contient l'obligation des États d'adopter des mesures de droit interne[1892], pour identifier les normes étatiques incompatibles avec le *corpus juris* interaméricain[1893], et donner aux États l'injonction de prendre les mesures de droit interne nécessaires pour les conformer avec les normes interaméricaines des droits de l'homme[1894].

Les premières injonctions de réforme législative ont été faites par la Cour IDH dans les années 1997 et 1998. Cependant, l'intention de mettre en pratique ces injonctions datait d'avant, et était exprimée dans les opinions des juges interaméricains comme dans celles concordantes et dissidentes du juge Cançado Trindade[1895].

[1888] COUR IDH, *Affaire Communautés afro-descendantes déplacées du bassin du fleuve Cauca (Opération Genèse) Vs. Colombie*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 270, Op. Cit., § 470. Voir dans le même sens, COUR IDH, *Informe anual 2009*, Op. Cit., p. 67.

[1889] Jo M. PASQUALUCCI, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., 2013, pp. 188 – 234 ; et Thomas M. ANTKOWIAK, *Remedial Approaches to Human Rights Violations : The Inter-American Court of Human Rights and Beyond*, Op. Cit., pp. 365 – 387.

[1890] Ibid., p. 382. Voir aussi, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *Symposium : The Constitutionalization of International Law in Latin America Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 94.

[1891] COUR IDH, *Informe anual 2012*, Op. Cit., p. 20.

[1892] COUR IDH, *Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 52, Op. Cit, § 207 ; *Affaire Zambrano Vélez et autres Vs. Équateur*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 166, Op. Cit., § 57 ; et *Affaire La Cantuta Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 162, Op. Cit., § 171.

[1893] COUR IDH, *Affaire Cesti Hurtado Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 56, Op. Cit., § 194.

[1894] COUR IDH, *Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 52, Op. Cit, § 207.

[1895] Voir, Antônio CANÇADO TRINDADE, *Opinion concordante de fond,* COUR IDH, Affaire El Amparo Vs. Venezuela, Arrêt de fond, Série C n° 19, 18 janvier 1995, paragraphe unique ; *Opinion dissidente de réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire El Amparo Vs. Venezuela, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 28, Op. Cit., §§ 1 – 11 ; *Opinion dissidente de réparations, frais et dépens*, COUR IDH, Affaire Caballero Delgado et Santana Vs. Colombie, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 31, 29 janvier 1997, §§ 1 – 21.

La première injonction invoquée par le tribunal interaméricain se réalisa en 1997 en étudiant le fond de l'affaire *Suarez Rosero Vs. Équateur.* À cette occasion, le tribunal a conclu que l'exception du bénéfice de récupérer la liberté appliquée aux personnes accusées d'infractions, en vertu de la loi sur les stupéfiants et les substances psychotropes, et détenues sans avoir été condamnées pour une période égale ou supérieure à la moitié de la peine[1896], « allait à l'encontre de l'article 2 de la Convention » dans la mesure où « cette exception prive une partie de la population carcérale d'un droit fondamental en vertu de l'infraction qui lui est reprochée »[1897]. Ainsi, la Cour ordonne que l'État est obligé « en vertu des obligations générales de respecter les droits et d'adopter les mesures de droit interne (Art. 1.1 et 2 de la Convention), à adopter les mesures nécessaires pour veiller que les violations comme celles qui ont été déclarées dans le présent jugement ne se reproduiront pas dans sa juridiction »[1898].

Dix mois après, en septembre 1998, la Cour IDH a prescrit sa deuxième injonction dans l'affaire *Loayza Tamayo Vs. Pérou*. Cette affaire portait sur la violation aux garanties judiciaires (Art. 8 CADH) de Mme. Loayza Tamayo qui, étant acquittée par la justice militaire du délit de trahison de la patrie, étroitement lié au délit de terrorisme, respectivement consacrés aux décrets-lois Nos. 25.659 et 25.475[1899], fut à nouveau poursuivie pour les mêmes faits par la justice commune[1900]. Selon la Cour, lesdits décrets-lois contiennent des délits non pas strictement déterminés qui sont incompatibles avec l'article 8.4 de la CADH[1901]. C'est pourquoi elle a ordonné que « l'État du Pérou [devait] prendre les mesures de droit interne nécessaires pour que les décrets-lois 25.475 (délit de terrorisme) et 25.659 (délit de trahison de la patrie) se conforment avec la [CADH] »[1902].

La troisième injonction de réforme législative réalisée par la Cour IDH se retrouve dans l'arrêt de réparation *Castillo Páez Vs. Pérou* par rapport à la loi d'amnistie No. 26.479 du 14 juin 1995[1903]. Cette loi empêchait l'enquête, le jugement et la sanction des responsables de l'enlèvement et de l'ultérieure disparition du M. Rafael Castillo Páez[1904]. À cet égard, la Cour de San José a précisé que « parmi les difficultés d'ordre interne qui empêchent d'identifier les

---

1896 Il s'agit de l'*in fine* de l'article 114 bis du Code pénal de l'Équateur.
1897 COUR IDH, *Affaire Suárez Rosero Vs. Équateur*, Arrêt de fond, Série C n ° 35, Op. Cit., §§ 98 et 99.
1898 Ibid., § 106.
1899 COUR IDH, *Affaire Loayza Tamayo Vs. Pérou,* Arrêt de fond, Série C n° 33, 17 septembre 1997, §§ 67 et 68.
1900 Ibid., p. 77.
1901 COUR IDH, *Affaire Loayza Tamayo Vs. Pérou,* Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 42, Op. Cit., §§ 162 et 163.
1902 Ibid., point résolutif No. 5.
1903 Cette loi donnait amnistie aux militaires et civils. Le plus abject de cette norme se trouve dans les suivants articles. Article 1 : donnant une amnistie générale au personnel militaire, de police ou civile, quel que soit leur statut militaire, de police ou fonctionnel, se trouvent en cours d'une procédure d'enquête ou condamnés par de délits communs et/ou militaires dans la justice commune ou spatialité pour les questions militaires, pour tous les faits dérivés ou survenus au cours ou à la suite de la lutte contre le terrorisme, et qui peuvent avoir été commis individuellement ou en groupe à partir de mai 1980 jusqu'à la date de la promulgation de la présente loi. Article 4 : ordonnant aux autorités judiciaires comme exécutives à annuler tous les dossiers de police, judiciaires ou pénales qui pourraient avoir été enregistrés contre les personnes bénéficiaires de cette loi d'amnistie. Ainsi comme de laisser de côté toute mesure restreignant la liberté qui pourrait les affecter. Article 6 : précisant que les faits ou crimes couverts par cette amnistie ainsi que les acquittements, ne sont pas susceptibles d'enquête ou jugement, étant toutes les affaires judiciaires en instance ou en cours, clôturés définitivement. CONGRÈS DE LA RÉPUBLIQUE DU PÉROU, *Ley No. 26479/95*, Disponible [En ligne] : http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/26479.pdf (29 septembre 2018).
1904 COUR IDH, *Affaire Castillo Páez Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 34, Op. Cit., §§ 71 et 72.

individus responsables des crimes de cette nature, se retrouve la loi d'amnistie promulguée par le Pérou, dans la mesure où cette loi entrave l'enquête et l'accès à la justice ainsi qu'elle empêche les familles des victimes de connaître la vérité et de recevoir la réparation due »[1905]. Par conséquent, la Cour ordonne une injonction double au Pérou, d'abord « d'enquêter les faits du cas d'espèce, d'identifier et de sanctionner les responsables », et ensuite, « d'adopter les dispositions nécessaires en droit interne pour assurer l'accomplissement de cette obligation », afin d'empêcher toute impunité[1906].

La pratique d'ordonner des réformes législatives a été poursuivie par le tribunal interaméricain consolidant une forte jurisprudence sur le sujet[1907]. L'une des dernières injonctions dictées par la Cour IDH a été dans l'affaire *Personnes dominicaines et haïtiennes expulsées Vs. Haïti*. Cette affaire a traité la détention arbitraire et l'expulsion du territoire dominicain des personnes haïtiennes et dominicaines d'ascendance haïtienne y compris des enfants, durant la fin des années 1990 et le début des années 2000. De plus, elle a révélé l'existence d'obstacles pour que les migrants haïtiens ne puissent pas inscrire au registre de l'état civil leurs enfants nés sur le territoire dominicain ainsi que pour l'obtention de la nationalité dominicaine par des personnes haïtiennes nées en République Dominicaine[1908].

La Cour IDH a trouvé dans le cas *sub-judice* un dysfonctionnement du droit interne qui méconnaît la reconnaissance effective du droit à la personnalité juridique, au nom et à la nationalité, et en relation avec ces droits, le droit à l'identité autant que le droit à une égale protection devant la loi reconnue à l'article 24 de la CADH[1909]. Pour cette raison, « conformément à l'obligation prévue à l'article 2 de la Convention américaine », la Cour a ordonné à l'État dominicain, d'adopter, dans un délai raisonnable « les mesures nécessaires pour laisser sans effet toute norme, qu'elle soit constitutionnelle, légale, réglementaire ou administrative, ainsi que toute pratique administrative, décision ou interprétation, qui fixe ou ait pour effet que le séjour illégal de parents étrangers détermine le refus de la nationalité dominicaine aux personnes nées sur le territoire de la République Dominicaine, pour être ces normes, pratiques, décisions ou interprétations, contraires à la Convention américaine »[1910].

De plus, et afin d'éviter des événements semblables à l'avenir (garantie de non-répétition), le tribunal a jugé approprié de condamner l'État, à adopter, dans un délai aussi raisonnable « les mesures législatives, y compris, si nécessaire, constitutionnelles, administratives, et de tout autre ordre, pour réglementer une procédure d'enregistrement des naissances que doit être accessible et simple, de façon à veiller à ce que toutes les personnes nées sur son territoire peuvent être enregistrées immédiatement après leur naissance, indépendamment de leur ascendance ou leur origine et du statut d'immigration des parents »[1911].

[1905] COUR IDH, *Affaire Castillo Páez Vs. Pérou*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 43, Op. Cit., § 105.
[1906] Ibid., point résolutif No. 2.
[1907] Voir par exemple, COUR IDH, *Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 52, Op. Cit, § 207 ; et *Affaire Norín Catrimán et autres (dirigeants, membres et activistes du Peuple Indigène Mapuche Vs. Chili*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 279, 29 mai 2014, § 175.
[1908] COUR IDH, *Affaire Personnes dominicaines et haïtiennes expulsées Vs. Haïti*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 282, Op. Cit., § 1.
[1909] Ibid., §§ 324 et 325.
[1910] Ibid., § 469.
[1911] Ibid., § 470.

En Afrique, l'influence du modèle révolutionnaire de réparation des victimes de la Cour IDH a fortement touché la Cour ADHP. En décembre 2014, cette Cour, suivant de très près la méthode des injonctions adoptée dans la jurisprudence interaméricaine, a fait usage de la technique d'ordonner des réformes législatives dans son historique troisième décision de fond[1912]. Il s'agit de la décision prise dans l'affaire *Lohé Issa Konaté Vs. Burkina Faso* pour laquelle la Cour a connu de la violation du droit à la liberté d'expression d'un journaliste, emprisonné et condamné à payer une amende pour diffamation, pour avoir publié des articles à l'encontre du Procureur de la République[1913].

De l'analyse approfondie de cette affaire on s'occupera *infra*[1914], pour l'instant, en ce qui concerne la demande de réforme législative réalisée, par la Cour ADHP, dans la partie résolutive de son arrêt elle a ordonné « à l'État défendeur de modifier sa législation sur la diffamation afin de la rendre compatible avec l'article 9 de la Charte, l'article 19 du Pacte et l'article 66.2 (c) du Traité révisé de la CEDEAO »[1915].

Dans le dispositif, la Cour a ajouté que pour bien réussir la réforme commandée, le Burkina Faso doit « [abroger] les peines privatives de liberté pour les actes de diffamation », et « [adapter] sa législation afin de faire en sorte que les autres sanctions pour diffamation soient conformes aux critères de nécessité et de proportionnalité, conformément à ses obligations en vertu de la Charte et d'autres instruments internationaux pertinents »[1916].

Malgré ce qui vient d'être décrit, le but d'encadrer l'activité normative du droit interne ne s'est pas limité aux lois. Les organes des systèmes régionaux de protection l'ont étendu aux normes supérieures étatiques, donnant des indications précises aux États afin d'orienter tous les amendements, y compris ceux constitutionnellement pertinents.

II. Par le biais d'amendements constitutionnels

L'encadrement de l'activité normative du droit interne par les juges internationaux des droits de l'homme a franchi l'ordre législatif pour se plonger aussi dans les textes constitutionnels. C'est le cas du SIDH où les injonctions d'amendements constitutionnels sont *une pratique de longue date dans la jurisprudence de la Cour IDH (1)*, mais c'est la situation aussi du SEDH pour lequel les encadrements constitutionnels sont *une entreprise récente dans les décisions de la Cour EDH (2)*.

1. Une pratique de longue date dans la jurisprudence de la Cour IDH

Depuis longtemps, la Cour interaméricaine prend au sérieux à travers sa jurisprudence, l'encadrement des réformes constitutionnelles dans l'objectif de résoudre les problèmes

---

[1912] Dinah SHELTON, *Konaté Vs. Burkina Faso*, The American Journal of International Law, 2015, Vol. 109, No. 3, p. 630.
[1913] COUR ADHP, *Affaire Lohé Issa Konaté Vs. Burkina Faso*, Requête n° 004/2013, Op. Cit, §§ 1 – 6.
[1914] Voir *infra* IIème partie, Titre II, Ch. 2, Section 3, § 2.
[1915] COUR ADHP, *Affaire Lohé Issa Konaté Vs. Burkina Faso*, Requête n° 004/2013, Op. Cit., point résolutif No. 8.
[1916] Ibidem. Voir aussi, Dinah SHELTON, *Konaté Vs. Burkina Faso*, Op. Cit., p. 634.

structurels du droit interne dès leur source[1917]. En 1984, la Cour a connu d'un avis consultatif présenté par la République du Costa Rica, dans lequel se demandait la détermination de la compatibilité d'un projet d'amendement constitutionnel sur la nationalité et le droit de naturalisation[1918]. La Cour devait résoudre ce questionnement : savoir si l'amendement prétendu des articles 14 et 15 de la Constitution de Costa Rica était ou non contraire aux articles 17 (protection à la famille), 20 (droit à une nationalité) et 24 (égalité devant la loi) de la CADH[1919].

Après l'examen de compatibilité entre les réformes proposées et le texte en intégralité de la CADH, la Cour a trouvé que l'article 14.4 de l'amendement était contraire aux articles 1.1 (obligation de respecter les droits) et 24 (égalité devant la loi) [1920]. De plus, elle a découvert que dans les propositions de réformes s'est maintenue la formule de la Constitution en vigueur, qui établit l'incidence du mariage comme facteur déterminant pour l'obtention de la nationalité costaricaine aux étrangers seulement pour les femmes et non pas pour les hommes. Pour la Cour, « un tel privilège féminin pour l'obtention de la nationalité se présente comme une conséquence de l'inégalité matrimoniale »[1921]. Ainsi « la différence faite entre les conjoints au paragraphe 4 de l'article 14 du projet pour obtenir la nationalité costaricaine dans des conditions particulières en raison du mariage »[1922], ne se justifie pas et doit être considérée comme « une discrimination incompatible avec les articles 17.4 et 24 de la Convention »[1923].

Dix ans après dans un nouvel avis consultatif, le OC-14 de 1994, présenté cette fois par la Commission IDH, la Cour a été saisie pour déterminer deux questionnements. En premier lieu, quels seraient les effets juridiques à l'égard des responsabilités internationales de l'État, d'une norme adoptée par un État partie à la CADH qui méconnaît manifestement les obligations acquises dans cet instrument. En deuxième lieu, quelles seraient les obligations et les responsabilités des autorités étatiques, lorsqu'un État partie à la CADH adopte une norme dont son accomplissement se traduit dans une méconnaissance manifeste de la Convention[1924].

Il faut savoir que les questions formulées par la Commission s'inspiraient du contenu de l'article 140 de la Constitution péruvienne de 1993, qui rétabli la peine de mort, déjà abolie en 1979 au Pérou, comme sanction des crimes tels que la « trahison de la patrie » et le

---

[1917] Juan Carlos HITTERS, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2015, Año 13, No. 1, p. 125.

[1918] Dans le système interaméricain l'examen de compatibilité peut être fait sur les projets d'amendement normatifs et non pas nécessairement sur des normes formées et en vigueur dans le sens strict, parce que dans certains cas, cela équivaudrait à forcer aux gouvernements à la violation préalable de la Convention à travers l'adoption formelle et possiblement l'application des normes, avant d'accepter l'admissibilité d'un avis consultatif à cet égard. Une approche contraire ne contribuerait pas à la « protection effective des droits et libertés fondamentales ». COUR IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Avis consultatif OC-4/84, Op. Cit., § 26.

[1919] Ibid., § 7.

[1920] Article 14 : « Sont costaricains par naturalisation [...] 4. La femme étrangère qui pour se marier avec un costaricain perd sa nationalité ou qui, après deux ans d'être marié avec un costaricain et de résider par la même période de temps dans le pays, indique son désir d'acquérir notre nationalité ».

[1921] COUR IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Avis consultatif OC-4/84, Op. Cit., § 64.

[1922] Ibid., § 67.

[1923] Ibid., point résolutif No. 5.

[1924] COUR IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 et 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Avis consultatif OC-14/94, Op. Cit., § 1.

« terrorisme »[1925]. L'incompatibilité de cet article inquiétait énormément la Commission IDH par le fait que ladite norme pouvait générer des violations massives et systématiques du droit à la vie au Pérou. Principalement, si on tient compte de la ferme position adoptée par la Cour dans son avis consultatif OC-3/83, en faveur de l'abolition absolue de la peine de mort dans le continent américain[1926].

Sur l'avis demandé, la Cour a conclu qu'il existe l'obligation des États parties de ne pas dicter des normes qui méconnaissent les droits et les libertés reconnus par la CADH[1927], puisque « la promulgation d'une norme juridique manifestement contraire aux obligations assumées par un État lors de la ratification ou l'adhésion à la Convention constitue une violation de celle-ci et que, dans le cas où une telle violation porte atteinte aux droits et libertés garantis des individus déterminés, génère aussi la responsabilité internationale pour l'État »[1928].

De plus, la Cour de San José a bien su préciser que l'application de la part des autorités étatiques « d'une norme juridique manifestement contraire à la Convention donne lieu à la responsabilité internationale de l'État », ainsi qu'à la responsabilité internationale individuelle des autorités qui l'exécutent, lorsque « l'application en question constitue un crime international »[1929].

Par ailleurs, dans le champ de sa fonction contentieuse, le tribunal interaméricain n'a pas douté d'aider à encadrer l'activité normative des droits internes. L'affaire *La dernière tentation du Christ Vs. Chili*, qui a résolu la violation du droit à la liberté d'expression générée par la censure cinématographique autorisée par la Constitution de 1980, a amené la Cour IDH à déterminer, au cours de l'année 2001, que le Chili devait réformer sa Constitution afin de la rendre compatible avec les exigences conventionnelles sur la matière. Cela, avec le but de résoudre le problème immédiat de la censure du film qui a donné son nom à l'affaire, mais aussi avec l'objectif d'éviter à l'avenir d'autres violations par les mêmes faits[1930].

En effet, la Cour a trouvé que l'article 19.12 de la Constitution n'est pas compatible aux standards de l'article 13 de la CADH, dans la mesure où « il maintient la censure cinématographique dans l'ordre juridique chilien », méconnaissant de cette façon l'État du

---

[1925] La Constitution du Pérou de 1993 est l'une des normes le plus mise en question en Amérique, en raison des profondes relations que sa création a eue avec le gouvernement d'Alberto Fujimori, de même qu'avec sa politique de sécurité nationale comme moyen d'attaque du « terrorisme ». Fujimori, étant trouvé responsable direct des meurtres commis dans les évènements de Barrios Altos et La Cantuta, a été condamné par la Cour suprême du Pérou le 6 avril 2009. Par ces violations des droits de l'homme et des crimes contre l'humanité a été également sanctionné l'État péruvien par la Cour interaméricaine. Voir sur le sujet, Roger HOOD et Carolyn HOYLE, *The Death penalty : A Worldwide perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 72 et 73 ; José Francisco EGUIGUREN PRAELI, *El intento de ampliar la aplicación de la pena de muerte en el Perú*, Anuario de Derecho Penal, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, pp. 31 – 42. Voir également, Percy GARCÍA CAVERO, *Análisis crítico de las propuestas de implementación de la pena de muerte en el sistema penal peruano*, Anuario de Derecho Penal, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, pp. 43 – 56.

[1926] COUR IDH, *Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 et 4.4 Convención Americana de Derechos Humanos)*, Avis consultatif OC-3/83, Op. Cit., points résolutifs a) et b).

[1927] COUR IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 et 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Avis consultatif OC-14/94, Op. Cit., § 36.

[1928] Ibid., § 50.

[1929] Ibid., § 57.

[1930] COUR IDH, *Affaire « la dernière tentation du Christ » (Olmedo Bustos et autres) Vs. Chili*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 73, Op. Cit., point résolutif No. 4.

Chili, « le devoir d'adapter son droit interne à la Convention de manière à faire effectifs les droits qui y sont consacrés, tel qu'il est requis par les articles 2 et 1.1 de la Convention »[1931].

Par conséquent, la Cour conclut « que l'État a manqué aux obligations générales de respecter et de garantir les droits protégés par la Convention et d'adapter la législation nationale à ses dispositions, inscrites dans les articles 1.1 et 2 de la Convention américaine »[1932]. Ainsi, dans le *decisum* de l'arrêt, la Cour a décidé que le Chili « doit modifier son ordre juridique interne, dans un délai raisonnable, afin d'éliminer la censure préalable pour permettre la diffusion du film « la dernière tentation du Christ » et doit rendre à la [Cour IDH], dans le délai de six mois, à compter de la notification du présent arrêt, un rapport sur les mesures prises à cet égard »[1933].

L'affaire *Caesar Vs. Trinité-et-Tobago* et celle de *Boyce Vs. Barbade*, témoignent aussi la manière pour laquelle dans le système interaméricain la Cour a décidé de prendre au sérieux les violations massives et systématiques des droits de l'homme, provenant des problèmes structurels du droit interne. Dans ces affaires, la Cour IDH a détecté un dysfonctionnement des textes constitutionnels, qui empêchait, à travers l'existence de « clauses d'exclusion », le contrôle de constitutionnalité des lois par le fait qu'elles existaient avant l'entrée en vigueur de l'actuelle Constitution.

Si bien dans les cas d'espèce, le noyau dur était l'existence des lois qui contenaient la peine de mort pour sanctionner le crime d'assassinat et des peines corporelles pour sanctionner d'autres crimes, méconnaissaient le droit à la vie et le droit à l'intégrité personnelle tels que reconnus par la Convention, le tribunal interaméricain a identifié un problème structurel commun dans les deux ordres juridiques[1934]. Il s'agit de « clauses d'exclusion » contenues dans la section 6 de la Constitution de la Trinité-et-Tobago et dans l'article 26 de la Constitution de la Barbade, qui laissaient en vigueur des normes contraires à la CADH, et constituent un obstacle pour la pleine protection des droits de l'homme dans leurs juridictions. Pour résoudre le problème, et dans le but d'éviter des violations répétitives à l'avenir, la Cour, en plus d'ordonner la réforme des lois sanctionnant l'assassinat avec la peine de mort et d'autres crimes avec des peines corporelles, a également ordonné l'amendement des deux Constitutions.

Par rapport à la Trinité-et-Tobago, la Cour a précisé que « la « clause d'exclusion » contenue dans la section 6 de la Constitution […] est incompatible avec la Convention »[1935]. Par conséquent, elle a considéré comme pertinent « ordonner que l'État amende, dans un délai raisonnable, ladite section 6 de la Constitution […] par rendre impossible aux personnes d'accéder à un recours effectif devant un tribunal compétent pour la protection de leurs droits de l'homme »[1936].

[1931] Ibid., § 88.
[1932] Ibid., § 90.
[1933] Ibid., point résolutif No. 4.
[1934] COUR IDH, *Affaire Caesar Vs. Trinité-et-Tobago*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 123, 11 mars 2005, §§ 88 et 89 ; et *Affaire Boyce et autres Vs. Barbade*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens. Série C n ° 169, Op. Cit., §§ 62 et 63.
[1935] COUR IDH, *Affaire Caesar Vs. Trinité-et-Tobago*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 123, Op. Cit., § 133.
[1936] Ibidem.

En ce qui concerne la Barbade, la Cour a exprimé que « l'article 26 de la Constitution […] nie aux citoyens en général, et aux victimes [de l'affaire] en particulier, le droit de demander la protection judiciaire contre les violations du droit à la vie »[1937]. Or, l'État doit adopter, dans un délai raisonnable, à compter de la date de notification de la présente décision « les mesures législatives ou autres qui sont nécessaires pour veiller à ce que la Constitution et les lois de la Barbade soient conformes à la Convention américaine, et en particulier, éliminer l'effet de l'article 26 de la Constitution de la Barbade concernant l'incontestabilité des « lois existantes » »[1938].

Ainsi, les ordres donnés aux États tendant à amender les normes constitutionnelles sont une pratique bien établie dans la jurisprudence interaméricaine. Cependant, dans tous les systèmes de protection des droits de l'homme n'est pas de la même manière. Dans la Cour EDH, c'est une entreprise récente qui commence à changer la manière de juger dans ces tribunaux.

2. *Une entreprise récente dans les décisions de la Cour EDH*

Par ailleurs, sur le continent européen, depuis la mise en œuvre de la procédure de surveillance soutenue, même s'il y a des auteurs qui affirment qu'elle le faisait avant[1939], la Cour EDH, aidée dans cette entreprise par le Comité des Ministres, commence à suivre le chemin déjà tracé en Amérique par la Cour IDH depuis les années quatre-vingt, ordonnant l'amendement des textes constitutionnels afin de résoudre dès leur source les problèmes structurels du droit interne[1940].

L'année 2009, la Cour EDH a traité l'affaire *Sejdić et Finci* à l'encontre de Bosnie-Herzégovine, dans laquelle elle a révélé que sa Constitution possède des conditions préalables qui empêchent quelques citoyens de se présenter aux élections à la Chambre des peuples et à la présidence de l'État en raison de leur origine raciale/ethnique, en exigeant leur déclaration d'appartenance à l'un des « peuples constituants »[1941]. Face à cette

---

[1937] COUR IDH, *Affaire Boyce et autres Vs. Barbade*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens. Série C n ° 169, Op. Cit., § 79.

[1938] Ibid., point résolutif No. 8.

[1939] Cela est erronément affirmé par Néstor Pedro Sagüéz qui, en citant à Frédéric Sudre, considère que la Cour EDH ordonne, de manière semblable à la Cour IDH, des amendements constitutionnels depuis les affaires, *Parti communiste unifié de Turquie Vs. Turquie* (1998) et *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres Vs. France* (1999). La lecture minutieuse des arrêts correspondants démontre que la Cour EDH n'a pas donné l'injonction, même pas la recommandation de modifier ou de réformer aucune norme constitutionnelle. Par conséquent, il s'agit d'une malheureuse interprétation de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Voir, Néstor Pedro SAGÜÉS, « El « control de convencionalidad » en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo », *in* Armin Von BOGDANDY et autres (Coord.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales : Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 400 ; et Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006, pp. 191 et 192. Également, COUR EDH, *Affaire Parti communiste unifié de Turquie Vs. Turquie*, Requête nº 19392/92, 30 janvier 1998, points résolutifs No. 1 – 6 ; et *Affaire Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres Vs. France*, Requêtes nºs 24846/94, 34165/96 à 34173/96, 28 octobre 1999, points résolutifs No. 1 – 5.

[1940] Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 848.

[1941] En effet, il faut savoir que la Constitution de Bosnie-Herzégovine est une annexe à l'Accord de Dayton, paraphé à Dayton le 21 novembre 1995 et signé à Paris le 14 décembre de la même année. Cette Constitution a confirmé le maintien de l'existence juridique de la Bosnie-Herzégovine en tant qu'État, tout en modifiant sa structure interne. Ainsi, l'État se compose de deux entités : la « Fédération de Bosnie-Herzégovine » et la

problématique, la Cour de Strasbourg a considéré d'abord « que dans une société démocratique contemporaine basée sur les principes de pluralisme et de respect pour les différentes cultures, aucune différence de traitement fondée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur l'origine ethnique d'une personne ne peut être objectivement justifiée »[1942]. Pour ensuite statuer que « les dispositions constitutionnelles en vertu desquelles les requérants ne peuvent pas se porter candidats aux élections à la Chambre des peuples ni à la présidence doivent être considérées comme discriminatoires et comme emportant violation de l'article 14 combiné avec l'article 3 du Protocole nº 1 autant que de l'article 1 du Protocole nº 12 »[1943].

Cependant, et malgré la constatation d'un dysfonctionnement dans l'ordre constitutionnel étatique, qui à l'avenir pourrait certainement produire des requêtes répétitives –comme effectivement s'est passé–, la Cour EDH n'a pas ordonné ni même recommandé la mise en adéquation de la Constitution avec la CEDH. La Cour s'est limitée timidement, quant à la satisfaction équitable, à reconnaître aux requérants les frais et dépens du litige, et à dire que « le constat d'une violation représente en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par les requérants »[1944].

Récemment, la Cour EDH a traité d'une nouvelle affaire à l'encontre de Bosnie-Herzégovine, née du même dysfonctionnement constitutionnel, dans laquelle, à nouveau, une ressortissante n'a pas pu se présenter aux élections de la Chambre des peuples en tant que citoyenne, pour ne pas appartenir à l'un des trois « peuples constituants »[1945] . Dans cette affaire, la Cour a constaté que la violation des droits s'est produite par l'échec des autorités étatiques de prendre des mesures de droit interne par rapport aux problèmes soulignés à l'affaire *Sejdić et Finci*[1946]. Elle a aussi assuré que « l'échec de l'État défendeur de prendre les mesures constitutionnelles et législatives nécessaires pour mettre fin à l'incompatibilité actuelle de la Constitution et de la loi électorale avec l'article 14, l'article 3 du Protocole nº 1 et l'article 1 du Protocole nº 12, n'est pas seulement un aggravant dans ce qui concerne la responsabilité de l'État, en vertu de la Convention pour un état de choses existant ou passé, mais représente également une menace pour l'efficacité future du mécanisme de la Convention »[1947].

Vu la nécessité d'assurer une démocratie politique effective dans l'État défendeur, la Cour a considéré que pour la Bosnie-Herzégovine, il est arrivé le temps d'avoir un système

---

« Republika Srpska ». Le préambule du texte constitutionnel a défini en tant que « peuples constituants » les « Bosniaques, les « Croates » et les « Serbes », sans prendre en compte tout autre national qui se déclare ne pas appartenir à l'un de ces peuples. À partir de cette définition a été créé un système de partage du pouvoir étatique entre ces trois peuples. De cette façon, il a été mis en place un système législatif bicaméral « avec une Chambre des peuples composée de cinq Bosniaques, cinq Croates de la Fédération de Bosnie-Herzégovine et de cinq Serbes de la Republika Srpska » et une « présidence collégiale de trois membres, composée d'un Bosniaque, et un Croate de la Fédération de Bosnie-Herzégovine et d'un Serbe de la Republika Srpska ». COUR EDH, *Affaire Sejdić et Finci Vs. Bosnie-Herzégovine*, Requêtes nos 27996/06 et 34836/06, 22 décembre 2009, §§ 6, 7, 12 et 22. Voir aussi, Elizabeth RAULSTON, *(Un) justifiable ? : A Comparison of Electoral Discrimination Jurisprudence at The European Court of Human Rights and The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina*, American University International Law Review, 2013, Vol. 28, Issue 2, pp. 669 – 706.

[1942] Ibid., § 44.

[1943] Ibid., §§ 50 et 56.

[1944] Ibid., point résolutif No. 8.

[1945] COUR EDH, *Affaire Zornić Vs. Bosnie-Herzégovine*, Requêtes nº 3681/06, 15 décembre 2014, §§ 6 et 7.

[1946] Ibid., § 40.

[1947] Ibidem.

politique qui donne à tous les citoyens le droit de se présenter aux élections à la présidence comme celle de la Chambre des peuples, sans aucune discrimination fondée sur l'appartenance ethnique et sans donner des privilèges spécieux aux peuples constituants qui excluent les minorités ou les autres citoyens[1948]. Par conséquent, et afin d'éviter de nouvelles sur la même question, la Cour EDH a laissé un peu de côté sa timidité, en demandant « que les dispositions démocratiques soient prises dans le plus court délai »[1949].

L'analyse des affaires précédentes du SEDH démontre qu'à partir de « l'essai-erreur », la Cour de Strasbourg a découvert la nécessité d'adopter des mesures de portée générale lorsque la violation constatée trouve sa source directement dans la Constitution. Sur cette question, deviennent pertinentes les remarques de Frédéric Sudre par rapport aux amendements législatifs ordonnés au sein de la Cour EDH, mais applicables aujourd'hui aussi au cadre constitutionnel : « le juge européen [des droits de l'homme] franchit […] la barrière conventionnelle limitant l'obligation d'exécution de l'État à l'adoption des mesures individuelles et/ou au versement d'une satisfaction équitable et s'engage dans la voie de la prévention de « la répétition de l'illicite », rapprochant ainsi de manière prétorienne, la Convention [européenne] de la [CADH], dont l'article 2 énonce l'obligation d'adopter des mesures [de droit interne] afin de donner effet aux droits garantis »[1950].

Néanmoins, l'intégration des droits de l'homme aux droits internes n'est pas une question complètement pacifique, il y a des doutes sur l'impact qu'une telle intégration des règles et des droits peut avoir dans l'ordre juridique étatique. En particulier, dans les États où se gardent encore des traditions et patrimoines culturels qui ne sont pas complètement reconnus par la conception occidentale et occidentalisée des droits de l'homme.

Section 2 : L'impact sur les droits internes de l'intégration continue des droits de l'homme

Bien que l'intégration des règles et des principes des droits de l'homme soit une réalité, même une nécessité, il y a des raisons de s'inquiéter à l'égard de ce nouveau phénomène. En particulier, si on tient compte que cette intégration des règles et des principes a toujours *le risque d'uniformiser les droits de l'homme (§ 1)*, en ignorant la diversité juridique des ordres internes et par corollaire, la diversité culturelle des populations. Néanmoins, une intégration adéquate des droits de l'homme nourri aussi l'espoir du droit international humaniste, de réussir l'universalisation des droits par la *construction d'un patrimoine commun des droits de l'homme dès la diversité culturelle (§ 2).*

§ 1 : Le risque de l'uniformisation des droits de l'homme

La progressive intégration des droits de l'homme et l'idéal d'arriver à un maximum de protection pour tous les êtres humains dans les quatre coins du monde, a révélé le risque imminent de confondre l'harmonisation avec l'uniformisation des droits. Ce risque amène avec soi le problème de *l'implantation d'un concept unique des droits de l'homme (A)*, et par conséquent, la potentielle *violation des droits culturels et collectifs (B)*. Ce qui peut

[1948] Ibid., § 43.
[1949] Ibidem.
[1950] Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 848.

évidemment méconnaître, tel qu'il a été reconnu en 2001 par la Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle, que le respect de cette dernière, autant que de la tolérance, le dialogue et la coopération, dans une ambiance de confiance et compréhension mutuelles, sont l'un des meilleurs gages de la paix et la sécurité internationales[1951].

A. L'implantation d'un concept unique des droits de l'homme

Personne ne peut nier que depuis 1940, date à laquelle l'humanité a vu –et quelques régions vécues– les crimes et les humiliations les plus atroces, « la problématique des droits de l'homme ne cesse d'évoluer et leur champ s'internationaliser au point que les droits de l'homme sont devenus un enjeu de grande importance »[1952]. Depuis que les droits de l'homme sont à la mode[1953] et le discours de leur protection et garantie s'est généralisé –provenant dans la plupart des cas des pays occidentaux–, on est devant *la standardisation des droits de l'homme autour de l'individualisme occidental (I)* qui semble cacher derrière l'universalité, *l'homogénéisation des droits de l'homme (II).*

I. La standardisation des droits de l'homme autour de l'individualisme occidental

Le développement de l'industrie et avec lui la croissance de la standardisation de matériels, méthodes, processus, styles et performance[1954], y compris de la vie humaine[1955], a laissé entrevoir l'idée de « la standardisation comme un fétiche », comme une sorte de grande solution à la plupart des problèmes de l'humanité[1956]. Évidemment, les droits de l'homme n'ont pas échappé à cette vague. En effet, c'est à cause de l'idée de standardisation, que « le monde occidental propose, voire impose à l'humanité sa conception de la démocratie et des droits de l'homme »[1957]. Cependant, « son approche ne fait pas l'unanimité et, encore moins, ne bénéficie pas d'un consensus général depuis la Déclaration de l'ONU, adoptée le 10 décembre 1948 »[1958].

Pour bien comprendre cette idée, il faut remonter aux profondes critiques portées par Emmanuel Monier à la Déclaration de 1789, valables aussi pour la DUDH, par le « rapprochement invincible » que, selon René Cassin, existe entre celles-ci[1959]. En 1944, dans la revue *Esprit*, Monier a exprimé que la Déclaration des droits de l'homme de 1789 avait un

---

1951 Paragraphe 7 du Préambule.
1952 Joseph YACOUB, « L'universalité des droits de l'homme et les exigences des particularités : l'apport de Jacques Maritain », *in Les droits de l'homme en évolution : Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Parabas*, Bruxelles, Sakkoulas et Bruylant, 2009, p. 570.
1953 Joseph YACOUB, *Les droits de l'homme : une œuvre collective de l'humanité*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2009, No. 78, p. 376.
1954 Matthew WOLL, *Standardization*, The Annals for the American Academy of Political and Social Science, 1928, Vol. 137, No. 1, p. 47.
1955 Albert W. WHITNEY, *The place of Standardization in Modern Life*, The Annals for the American Academy of Political and Social Science, 1928, Vol. 137, No. 1, pp. 32 - 38.
1956 Matthew WOLL, *Standardization*, Op. Cit., p. 47. Voir aussi, François JULLIEN, *De l'uniforme, du commun et du dialogue entre cultures*, Paris, Fayard, 2008, pp. 9 et 10.
1957 Joseph YACOUB, « L'universalité des droits de l'homme et les exigences des particularités : l'apport de Jacques Maritain », Op. Cit., p. 571.
1958 Ibidem.
1959 René CASSIN, *La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme,* Op. Cit., p. 291.

vice : « l'excès d'individualisme »[1960] ; vice à travers lequel « la différence est non seulement proscrite mais niée au nom à la fois de l'égalité et de l'unité de la nature humaine »[1961]. Pour cette raison, à la question posée dans son article sur si faut-il refaire la Déclaration des droits, il a répondu positivement à travers son « projet d'une Déclaration des droits des personnes et des collectivités »[1962].

D'après lui, l'excès d'individualisme pouvait se corriger reconnaissant « l'autorité sur les individus et sur les sociétés d'un certain nombre de droits attachés à l'existence de la communauté humaine », qui « ne dérivent ni de l'individu ni de l'État », par le fait qu' « il n'existe pas d'individu isolé »[1963]. Pour Monier, les droits collectifs ou de la communauté humaine ont une double racine. D'abord, le fait que toute société a comme vecteur directeur « le bien des personnes qui la composent », parce qu'en fin de compte, le but de toute organisation sociale est « la mise en œuvre des meilleurs moyens pour élever chacun au libre choix, à l'action responsable, à la communauté voulue »[1964]. Puis, le fait que « les personnes humaines vivent et se développent normalement au sein des communautés naturelles où elles sont placées : famille, nation, communauté de travail, groupement d'affinités ou de croyances »[1965]. Enfin, dans son projet, Monier a fait une critique sur le volontarisme étatique, en affirmant que « l'État est le gardien, il n'est pas le créateur du droit »[1966].

Cependant, ce qui est le plus important du projet de Déclaration de Monier, c'est la relation substantielle qu'il a avec les remarques qui seront faites dans les conclusions de l'enquête d'expertes dirigée par l'UNESCO en 1947, par rapport aux problèmes théoriques qui pourraient se présenter dans l'élaboration d'une Déclaration universelle des droits de l'homme, dans l'objectif de rendre un « document guide » aux rédacteurs de la DUDH.

Tout d'abord, dans l'introduction du document contenant le questionnaire, on peut lire que les rédacteurs sont conscients de l'existence dans le monde d'une diversité d'expressions à l'égard des droits de l'homme, différentes de celles produites et répandues, depuis le XVIIIe siècle, par l'occident[1967]. Ils avouent que les perceptions des droits de l'homme dans la culture occidentale « se fondent sur une conception universelle, absolue, intrinsèque des droits individuels, et ne font ainsi que reprendre, en l'appliquant à l'individu, la conception dont procédait l'idée d'un droit divin des rois ou des droits imprescriptibles conférés par Dieu à l'Église, encore qu'elles représentent un effort pour dresser, en face de la notion de droit divin, l'expression non moins absolue mais non théologique, de droits inhérents à la nature humaine »[1968].

Néanmoins ceci, les rédacteurs mettent l'accent sur l'importance de reconnaître que la conception individualiste des droits de l'homme défendue par la civilisation occidentale

---

[1960] Emmanuel MONIER, *Faut-il refaire la Déclaration des droits ?* Esprit : Revue Internationale, Lyon, 1944, Année 13, p. 120.
[1961] Danièle LOCHAK, « L'autre saisi par le droit », *in* Bertrand BADIE et Marc SADOUN, *L'autre : études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996, p. 181.
[1962] Emmanuel MONIER, *Projet d'une déclaration des droits des personnes et des collectivités*, Esprit : Revue Internationale, Lyon, 1944, Année 13, pp. 121 – 127.
[1963] Ibid., p. 121.
[1964] Ibidem.
[1965] Ibid., pp. 121 et 122.
[1966] Ibid., p. 121.
[1967] Jacques MARITAIN (Ed.), *Human Rights : Comments and Interpretations : A Symposium Edited by Unesco*, New York, Columbia University Press, 1949, Annexe I, p. 1.
[1968] Ibidem.

n'est pas ni doit être, la seule à être prise en compte dans la construction d'une déclaration « universelle » des droits de l'homme. À cet égard, les rédacteurs ont affirmé que « le monde humain traverse une période de crise dans son évolution politique, économique et sociale. S'il doit progresser encore dans la voie de l'unité, il lui faut constituer un fonds commun d'idées et de principes. C'est à cela que répond, entre autres, une expression commune des droits de l'homme. Cette expression commune devra concilier, d'une manière ou d'une autre, les formules divergentes ou opposées qui existent actuellement. Elle devra, qui plus est, être suffisamment précise pour avoir un sens véritable lui permettant à la fois d'inspirer la pensée et de guider l'action »[1969].

D'après les rédacteurs du questionnaire, l'expression universelle des droits de l'homme à construire devra être « suffisamment générale et souple pour être applicable à tous les hommes, et susceptible d'être modifiée pour s'adapter à des peuples qui sont à des niveaux différents de développement politique et social, tout en gardant un sens pour eux et leurs aspirations »[1970].

Parmi les aspects les plus polémiques, mis au-devant des experts par le questionnaire, se trouvent deux groupes de droits que n'apparaissent pas dans le contenu de la DUDH, ce qui à notre avis confirme l'emprunte individualiste de cet instrument. Il s'agit des « droits et libertés des minorités raciales, politiques, religieuses, culturelles et linguistiques, y compris le droit de disposer librement de soi », et les « droits et libertés des peuples politiquement non indépendants, dits « peuples coloniaux » »[1971].

Par rapport à la conception individualiste des droits de l'homme qui a encadré l'esprit de la Déclaration de 1789, l'un des experts appelés, le professeur de philosophie à l'université de Princeton, Jacques Maritain, affirme qu'on a abouti « à traiter l'individu comme un dieu et à faire de tous les droits qu'on lui reconnaissait les droits absolus et illimités d'un dieu »[1972].

Dans le même sens, l'un d'autres experts consultés, le paléontologue et philosophe Teilhard de Chardin, exprime que « les droits de l'homme ont principalement été la manifestation d'une volonté d'autonomie individuelle. « Tout pour l'individu au sein de la société » : ceci impliquant l'idée que l'espèce humaine était faite pour s'épanouir et culminer en une pluralité d'éléments atteignant, isolément, chacun pour soi, le maximum de leur développement »[1973].

Néanmoins, il considère aussi que depuis le XVIIIe siècle les données du problème des droits de l'homme ont profondément changé. Désormais, « l'élément humain se trouve définitivement engagé dans un processus irrésistible tendant à l'établissement sur terre d'un système organe-psychique interdépendant »[1974]. Enfin, le philosophe laisse entrevoir l'idée du dépassement de l'individualisme occidental en affirmant, de manière prémonitoire, « que

---

[1969] Ibid., Annexe I, p. 5.
[1970] Ibidem.
[1971] Ibid., Annexe I, p. 8.
[1972] Jacques MARITAIN, « Philosophical Examination of Human Rights », *in* Jacques MARITAIN (Ed.), *Human Rights : Comments and Interpretations : A Symposium Edited by Unesco*, Op. Cit., p. 60.
[1973] Pierre TEILHARD DE CHARDIN, « Some Reflections on the Rights of Man », *in* Jacques MARITAIN (Ed.), *Human Rights : Comments and Interpretations : A Symposium Edited by Unesco*, Op. Cit., p. 95.
[1974] Ibidem.

nous le voulions ou non, l'humanité se collectivise, elle se totalise sous l'influence de forces physiques et spirituelles d'ordre planétaire »[1975].

Quelques années plus tard, il apparaît que les affirmations de Teilhard ont été prises en compte. En 1976 avec la Déclaration universelle des droits des peuples (Déclaration d'Alger)[1976] ; et en 1989 avec la Convention 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux[1977]. Au début du troisième millénium, en 2001, avec la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle[1978] ; en 2003 avec la Convention pour la sauvegarde du patrimoine immatériel[1979] ; et quatre ans plus tard, avec la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007[1980]. Ces instruments, si bien ne sont pas une mise à l'écart de la DUDH, sont bel et bien une mise au point de ses propos, qu'il faut en tenir compte dans la mesure où ils corrigent, en quelque sorte, ses empreintes individualistes.

Pour sa part, le neurophysiologiste Ralph Waldo Gerard révèle, en ce qui concerne l'expression individualiste des droits de l'homme, que « toute doctrine qui ne voit dans l'homme que l'individu ou l'unité, au sein du groupe est nécessairement fausse. La dualité de l'homme à la fois individu et élément de la société, est inéluctable »[1981]. En plus, et conscient de l'évolution naturelle des sociétés, il met l'accent sur l'importance de la révision périodique des déclarations des droits de l'homme, afin d'éviter son dépassement conceptuel : « toute déclaration des droits deviendra imparfaite à un moment donné, et ne pourra que perdre de sa valeur. Elle devrait toujours comporter des clauses prévoyant sa révision et sa refonte obligatoire à intervalles appropriés »[1982].

Par ailleurs, bien que le concept de standardisation ne soit pas assez courant dans le langage des droits de l'homme, le concept d'universalisation est au contraire bien connu. La familiarité qu'il existe avec ce dernier n'a pas pour vocation d'empêcher la méfiance, ou du moins, la résistance à son égard ; principalement, si on tient compte que derrière

---

[1975] Ibidem. Voir dans le même sens, Patrick WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 39 – 54.

[1976] Antonio CASSESE et Edmond JOUVE, *Pour un droit des peuples. Essais sur la Déclaration d'Alger*, Paris, Berger-Levrault, 1978 ; Issa G. SHIVJIL, *The Concept of Human Rights in Africa*, London, 1989, pp. 99 – 103. Voir, plus récemment, Terrence E. PAUPP, *Redefining Human Rights in the Struggle for Peace and Development,* New York, Cambridge University Press, 2014, pp. 498 et 499.

[1977] Claire CHARTERS, « Reparations for Indigenous Peoples : Global International Instruments and Institutions », *in* Federico LENZERINI (Ed.), *Reparation for indigenous Peoples : International and Comparative Perspectives*, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 166 – 168 ; et Cathal M. DOYLE, *Indigenous Peoples, Title of Territory, Rights and Resources : The transformative role of free prior and informed consent*, New York, Routledge, 2014, pp. 86 – 91.

[1978] UNESCO, *Universal Declaration on Cultural Diversity : a vision, a conceptual platform, a pool of ideas for implementation, a new paradigm*, Paris, UNESCO, 2002.

[1979] Richard KURIN, *Safeguarding Intangible Cultural Heritage in the 2003 UNESCO Convention : a critical appraisal*, Museum International, 2004, Vol. 56, No. 1-2, pp. 66 – 77 ; Federico LENZERINI, *Intangible Cultural Heritage : The Living Culture of Peoples*, European Journal International Law, 2011, Vol. 22, No. 1, pp. 101 – 120 ; et Leila LANKARANI, « Remarques sur les rapports du patrimoine culturel immatériel aux droits de l'homme dans la Convention de 2003 », *in* Leila LANKARANI et Francette FINES (Dir.), *Le patrimoine culturel immatériel et les collectivités infraétatiques*, Paris, Pedone, 2013, pp. 65 – 76.

[1980] Claire CHARTERS, « Reparations for Indigenous Peoples : Global International Instruments and Institutions », Op. Cit., pp. 168 – 171.

[1981] Ralph Waldo GERARD, « The Rights of Man : A Biological Approach », *in* Jacques MARITAIN (Ed.), *Human Rights : Comments and Interpretations : A Symposium Edited by Unesco*, Op. Cit., p. 213.

[1982] Ibidem.

l'universalisation, le risque de l'uniformisation ou l'homogénéisation des droits de l'homme est toujours latent[1983].

II. L'homogénéisation derrière l'universalité des droits de l'homme

Dans le préambule de la DUDH, ses rédacteurs ont établi, « considérant que les États Membres se sont engagés à assurer, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies, le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Dans cet exercice, les rédacteurs ont tenu compte, du moins théoriquement, « qu'une conception commune de ces droits et libertés est de la plus haute importance pour remplir pleinement cet engagement ».

Cependant, dans les débats académiques et sociaux sur la construction de la conception commune ou la conception unifiée des droits de l'homme, s'est toujours posé la question sur l'homogénéisation, la normalisation, l'uniformisation ou la standardisation qu'une conception universelle de cette sorte de droits peut amener dans la société[1984]. Ainsi a été révélé, par exemple par le philosophe étasunien, Filmer Stuart Cuckow Northrop, dans son avis rendu au questionnaire de l'enquête de l'UNESCO, lorsqu'il a affirmé qu'une « déclaration des droits pour tous les pays ne peut être uniquement basée sur les valeurs et les affirmations idéologiques traditionnelles de l'un ou de l'autre d'entre eux »[1985]. Pour répondre aux aspirations et aux idéaux de tous les peuples du monde », une telle déclaration dite universelle « doit s'appuyer sur l'une au moins des institutions et doctrines sociales admises par chacun »[1986].

D'après Josep Yacoub, la construction pluraliste de la conception universelle des droits pour les humains impliquait, d'alors, « une discussion franche, loyale et modeste sur l'universalité et les singularités culturelles »[1987]. Aujourd'hui, malgré les avancements réalisés et vu les désaccords à l'égard d'une véritable conception universelle, quelques internationalistes, comme le japonais Yasuaki Onuma, affirment que la construction pluraliste d'une telle conception a une double implication. Tout d'abord, reconnaître que ce débat appartient à toute la société globale, et ensuite, savoir que la discussion doit encore se poursuivre, mais cette fois d'une façon « multipolar » et « multi-civilizational »[1988].

[1983] András SAJÓ, *Human rights with modesty : The problem of universalism,* Boston, Martinus Nijhoff, 2004, pp. 133 – 135.

[1984] « Entre l'universel et l'uniforme : le monde paraît aujourd'hui les confondre. Car il semblerait que l'uniforme serve seulement à doubler l'universel et à le renforcer ; qu'il se contente d'en prolonger les effets et de les rendre manifestes […] Or cela est de conséquence aujourd'hui : voici que l'universel se renverse, sous nos yeux, en confort de l'uniforme ; voire, en réussissant à se faire passer pour l'autre, celui-ci en est secrètement la perversion ». François JULLIEN, *De l'uniforme, du commun et du dialogue entre cultures*, Op. Cit., pp. 31, 32.

[1985] Filmer Stuart Cuckow NORTHROP, « Toward a Bill of Rights for the United Nations », *in* Jacques MARITAIN (Ed.), *Human Rights : Comments and Interpretations : A Symposium Edited by Unesco*, Op. Cit., p. 181. Voir dans le même sens, Gustavo GOZZI, *History of International Law and Western Civilization*, International Community Law Review, 2007, No. 9, p. 370.

[1986] Ibidem.

[1987] Joseph YACOUB, *Les droits de l'homme : une œuvre collective de l'humanité*, Op. Cit., p. 386.

[1988] Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law : Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, Op. Cit., pp. 342 – 410.

Northrop avait raison quand il insistait en 1947 sur le fait que « l'existence de ces différentes valeurs et de ces différents idéaux, doit être envisagée et admise avec franchise et sincérité ». En effet, « la base essentielle de cette nouvelle déclaration des droits doit être le droit pour tous les peuples à un monde organisé socialement de telle sorte que quelques-unes au moins de leurs valeurs et quelques idéaux puissent y trouver leur expression ». Ainsi, « une véritable déclaration des droits doit garantir l'existence d'un monde accessible à de nombreuses idéologies et non seulement à une seule ». Une « déclaration des droits doit être conçue en vertu non seulement de la liberté politique, mais de la pluralité des valeurs culturelles »[1989].

Sous ces prémisses, une véritable déclaration universelle des droits doit donc à la fois « garantir l'existence d'un monde où la pluralité des valeurs distinctes soit acceptée, et organisée de telle sorte que les peuples et les nations puissent et doivent s'élever au-dessus de leurs idéologies, lorsque celles-ci sont contradictoires au point de menacer la paix du monde »[1990].

Évidemment, l'expression d'universalité proposée par Northrop n'a pas été complètement prise en compte dans la DUDH, malgré ses intentions et objectifs théoriques. L'occident pense encore « que ce qui est bon pour lui est naturellement bon pour l'humanité, quitte pour ce faire à européaniser la planète en l'assimilant à son modèle »[1991]. L'un des exemples de cette pensée est la notion occidentale –dite universelle– du droit de propriété comme un droit individuel, notion qui n'est pas partagée par toutes les sociétés du monde. C'est ainsi que des organes internationaux l'ont fait savoir judiciairement depuis plus d'une décennie, comme c'est le cas de la Commission IDH[1992], la Cour IDH[1993] et récemment la Commission ADHP[1994], « reconceptualisant » le droit de propriété comme un droit collectif ou communautaire.

Néanmoins et suivant la réflexion de François Jullien sur l'Europe, l'on peut dire que tant que l'occident « ne se fera que par uniformisation et réduction d'écarts, sa construction, à l'image de celles-ci, sera stérile, incapable de mobiliser ». L'occident « en tant qu'entreprise d'homogénéisation forcée, ne laisse à l'hétérogénéisation nécessaire que les issues les plus pauvres, les moins fécondes, celles du rempli identitaire et du refus têtu de ce qui n'en apparaît pas moins de façon indéniable, comme construction *commune*, une logique de l'Histoire »[1995].

[1989] Filmer Stuart Cuckow NORTHROP, « Toward a Bill of Rights for the United Nations », Op. Cit., pp. 182 et 183.
[1990] Ibid., p. 183.
[1991] Joseph YACOUB, *Les droits de l'homme sont-ils exportables ? : Géopolitique d'un universalisme*, Paris, Ellipses, 2005, p. 20.
[1992] COMMISSION IDH, *Informe sobre pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales : protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Washington, CIDH, OEA/Ser.L/V/II., 2015, §§ 225 y 226.
[1993] COUR IDH, *Affaire Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 79, Op. Cit., §§ 149 et 151 ; *Affaire de la Communauté Moiwana Vs. Suriname*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparation, frais et dépens, Série C n° 124, Op. Cit., §§ 131, 133 et 134 ; et *Affaire du Peuple Saramaka Vs. Suriname*, Arrêt d'exception préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 172, Op. Cit., §§ 89, 90 et 96.
[1994] COMMISSION ADHP, *Communication 276/03*, § 199 ; et COMMISSION ADHP, *Communication 328/06*, § 104.
[1995] François JULLIEN, *De l'uniforme, du commun et du dialogue entre cultures*, Op. Cit., p. 252.

D'ailleurs, pour régler l'homogénéisation existante derrière « l'universalité des droits de l'homme », encadrée autour des valeurs voulues par la culture occidentale, Yasuaki Onuma propose pour le monde « multipolar » et « multi-civilizational » du XXIe siècle, « la nécessaire re-conceptualisation des droits de l'homme dans le processus de son universalisation », à partir de « la libération de l'eurocentrisme » et de la distinction entre ce qui est « universel » et ce qui est en processus d' « universalisation »[1996].

Quant à « la libération de l'eurocentrisme », pour éviter l'homogénéisation ou l'uniformisation qui se cache derrière l'universalité des droits de l'homme, Onuma explique, à partir des réflexions faites par Raimundo Panikkar, que la notion des droits de l'homme n'est pas une conception occidentale[1997]. Chaque culture a son « homeomorphic equivalent »[1998], c'est-à-dire son « existentielle fonction équivalente »[1999]. Par essence, aucune culture ou civilisation peut s'adjuger l'appartenance des droits de l'homme, grande erreur commis par l'Europe, les droits de l'homme « sont une fenêtre à travers laquelle une culture particulière prévoit un juste et humain ordre pour ses individus »[2000].

Par rapport à l'universel et à l'universalisation, Onuma explique aussi, en prenant exemple sur quelques religions, qu'une doctrine bien qu'elle soit partagée par un grand nombre des personnes n'est pas universelle[2001]. La doctrine peut devenir quasi universelle par le processus d'universalisation si elle réalise toujours « une adaptation à la culture locale, tout en essayant de maintenir ses caractéristiques essentielles ». Ainsi que pour l'instance, vis-à-vis des droits de l'homme, on observe qu'ils « n'ont pas joui d'une longue histoire d'universalisation »[2002]. « Il est donc naturel qu'il reste un certain nombre de personnes, surtout celles qui n'ont pas été familiarisées jusqu'à récemment avec la civilisation occidentale moderne, qui sont étrangères ou même hostiles à certaines normes des droits de l'homme. Pour elles, ces normes des droits de l'homme ne sont pas universelles, mais de l'occident »[2003].

Or, si l'on veut que les droits de l'homme soient acceptés par toutes les personnes dans le monde et deviennent véritablement universels et non pas homogènes, « ils doivent surmonter leurs particularités découlant de leur historicité ». Autrement dit, « les droits de l'homme doivent être reconceptualisés, répondant à diverses cultures, religions et civilisations, qui ne partagent pas nécessairement les caractéristiques de la civilisation

---

[1996] Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law : Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, Op. Cit., pp. 351, 352 et 354.

[1997] Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on Global Legal Order in The Twenty-First Century : A Way to Overcome West-centric and Judiciary-Centric Deficits In International Legal Thoughts*, International Community Law Review, 2006, No. 8, p. 47.

[1998] Selon Panikkar, « l'homéomorphisme n'est pas le même qu'analogie ; il représente une équivalence fonctionnelle particulière découverte grâce à une transformation topologique ». Il s'agit « d'une sorte d'analogie fonctionnelle existentielle ». Raimundo PANIKKAR, *Is the Notion of Human Rights a Western Concept ?* Diogenes, 1982, No. 120, pp. 77 et 78. Voir aussi du même auteur : *The Intra-religious Dialogue*, New York, 1978, p. xxii.

[1999] Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law : Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, Op. Cit., p. 351.

[2000] Raimundo PANIKKAR, *Is the Notion of Human Rights a Western Concept ?* Op. Cit., p. 78.

[2001] Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law : Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, Op. Cit., p. 354.

[2002] Ibidem.

[2003] Ibidem.

occidentale moderne »[2004]. Tout cela, dans le but d'éviter de voir la violation des droits culturels et collectifs comme une constante dans la « formule mathématique » de la prétendue universalité des droits de l'homme voulu par l'occident.

B. La violation des droits culturels et collectifs

La globalisation, l'arrivée de l'ère des technologies de l'information et des communications, ainsi que l'augmentation du flux des personnes, permettent de comprendre de plus en plus que les sociétés sont diverses. Ce qui rend indispensable, selon la Déclaration universelle sur la diversité culturelle, d' « assurer une interaction harmonieuse et un vouloir vivre ensemble de personnes et de groupes aux identités culturelles à la fois plurielles, variées et dynamiques »[2005], afin d'empêcher, dans un premier temps, *la méconnaissance de l'interculturel des sociétés (I)*, et de respecter, dans un second temps, ce qu'il a *de commun dans les minorités vis-à-vis de l'universalité des sociétés (II)*.

I. La méconnaissance de l'interculturel des sociétés

Une analyse de l'intégration des droits de l'homme aux droits internes, dès le concept du commun, amène la réflexion à une compréhension plus adéquate du risque –dans l'objectif de l'universalisation– d'uniformiser ces droits, en méconnaissant la pluralité des aspects culturels et collectifs des populations[2006].

Suivant la pensée de François Jullien, l'on peut dire que l'universel est un concept relevant de la raison qui se réclame d'une « nécessité *a priori*, c'est-à-dire préalable à toute expérience ». Il existe « deux niveaux « d'universalité » ». L'universalité « faible », « se limitant à la seule expérience […] que telle chose se passe toujours ainsi ; ou que tous les cas (d'une même classe) se trouvent effectivement concernés ». L'universalité « forte » ou « stricte », grâce à laquelle « nous prétendons d'emblée avant toute confirmation par l'expérience, que telle chose *doit* se passer ainsi », en affirmant « non pas seulement que la chose se *trouve* jusqu'à présent toujours ainsi, mais qu'elle *ne peut* être autrement »[2007].

D'ailleurs, l'uniforme « est un concept, non de la raison, mais de la production –tel est le standard ou le stéréotype– ». L'uniforme « relève, non pas d'une nécessité, mais d'une commodité : moins coûteux, parce que produit en chaîne. Son seul mérite est de hausser le rendement et d'accroître la facilité », et « sa rationalité […] est principalement économique et de gestion, elle repose sur l'imitation ». En d'autres mots, l'uniforme est un concept « pauvre », « superficiel parce que purement aspectuel ».[2008]. Tandis que « l'universel a pour opposé l'individuel ou le singulier, l'uniforme a pour opposé le *différent* ». Ces différences augmentent le risque de confondre, à l'égard des droits de l'homme, l'universel avec l'uniforme, dû au fait que « l'uniforme par ses régularités estompe, *endort*, allant jusqu'à faire

---

[2004] Ibid., p. 355. Voir aussi, Louis HENKIN, *The Universality of the Concept of Human Rights*, The Annals for the American Academy of Political and Social Science, 1928, Vol. 137, No. 1, pp. 32 - 38.
[2005] Article 2.
[2006] Gérard COHEN-JONATHAN, « Les droits de l'homme, une valeur internationale », Op. Cit., p. 162.
[2007] François JULLIEN, *De l'uniforme, du commun et du dialogue entre cultures*, Op. Cit., pp. 17 et 18.
[2008] Ibid., pp. 32 et 33.

perdre la conscience ». Au contraire, tout ce qui ne s'oppose pas à « la différence crée la tension, fait ressortir, promeut, fait travailler »[2009].

Pour sa part, le commun n'est ni logique comme l'universel, ni économique comme l'uniforme, mais essentiellement politique. Le commun est une construction participative, il « est ce à quoi on a part ou à quoi on prend part, qui est en partage et à quoi on participe ». Autrement dit, « ce qui se partage est ce qui nous fait appartenir à la même cité, *polis* »[2010].

Dans les droits de l'homme, l'universalité « stricte » n'est pas possible. L'universel dans ce sens part d'une prescription d'éléments qui définissent ce qui l'appartient et ce qui ne l'appartient pas. L'universalité « stricte » est absolue, donc elle ne change pas. Tandis que les droits de l'homme sont variables, même s'ils ont d'éléments communs dans toutes les cultures et toutes les civilisations[2011]. Cet aspect empêche que les droits de l'homme puissent devenir uniformes.

L'universalité pour les droits de l'homme est un objectif à l'avenir. On peut le déduire du préambule de la Déclaration « universelle » se proclamant « comme l'idéal commun à atteindre par tous les hommes ». D'après François Jullien, cette phrase met ensemble le commun et l'universel, mais de manière transitoire. Ainsi, on peut traiter du « respect universel » des droits de l'homme puis, aussitôt après, de l'importance de leur « conception commune » »[2012].

Aujourd'hui, le risque d'uniformiser les droits de l'homme dans leur processus d'universalisation fait que l'accent se déporte d'un pôle à l'autre, « de l'universel au commun ». Le point de vue vis-à-vis des droits de l'homme s'est déplacé de la « prescription » de l'universel à la « participation » du commun du dialogue des cultures. Par conséquent, le « devoir être » des droits humains est devenu un domaine progressif et constructif, c'est-à-dire « moins considéré comme établi d'avance que comme à instruire et conquérir »[2013]. Or on ne peut pas continuer à méconnaître l'essence interculturelle des sociétés que forme la communauté humaine globale. Il faut, au contraire, reconceptualiser les droits de l'homme autour, par exemple, de la notion d'interculturalité développée en Amérique Latine, dans la mesure où elle « suppose le respect des cultures différentes, la tolérance, la cohabitation et la communication interculturelle sur la base de l'égalité, pour promouvoir le dialogue entre cultures »[2014].

Dans la globalisation, l'interculturalité concerne la forme et la dynamique du contact entre cultures différentes. Ce n'est plus un contact assimilationniste mais pluraliste, « dans lequel les cultures différentes ne sont pas obligées d'adopter les étalons et les lignes directrices de la culture majoritaire »[2015]. C'est pourquoi l'apparition du dialogue interculturel autour de l'universalité des droits de l'homme n'est pas une question anodine, elle exprime

---

[2009] Ibid., p. 34.
[2010] Ibid., p. 39.
[2011] Anne BROWN, *Human rights and the borders of suffering : The promotion of human rights in international politics*, New York, Manchester University Press, 2002, pp. 19 – 54.
[2012] François JULLIEN, *De l'uniforme, du commun et du dialogue entre cultures*, Op. Cit., p. 44.
[2013] Ibid., p. 45.
[2014] Alicia M. BARABAS, *Multiculturalismo, pluralismo cultural e interculturalidad en el contexto de América Latina : la presencia de los pueblos originarios*, Op. Cit., pp. 20 et 21.
[2015] Ibidem. Voir aussi l'étude collective fait en français sur le modèle Latino-Américain de pluralisme culturel, Christina GROS et David DUMOULIN KERVRAN (Dir.), *Le multiculturalisme « au concret » : un modèle latino-américain ?* Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2011.

l'opposition de ce qui est commun devant l'universel conçu depuis d'un seul côté. En d'autres termes, l'interculturalité met en évidence dans la scène internationale le mécontentement des minorités face à la prétention d'universaliser les droits de l'homme, comme s'il s'agissait d'une notion unique, uniforme et immuable en méconnaissance leurs droits.

La notion de multiculturalité est plus familiale et « le mouvement du multiculturalisme représente en beaucoup d'aspects un autre stade dans l'évolution de comment l'égalité civile, et donc le mouvement des droits civils a été et devrait être conceptualisé »[2016]. Les prémisses de la multiculturalité « montrent un changement conceptuel ou le départ de l'entendement traditionnel de la nature et de la signification de la discrimination et de la relation de la discrimination avec les structures et dynamiques de la société » [2017]. Le multiculturalisme ne s'adapte pas aux revendications culturelles de tous les groupes de minorités (immigrants, minorités nationales territoriales, afro-descendants et peuples indigènes) qui se font actuellement. En particulier, à celles formulées par les indigènes et les communautés autochtones. Le multiculturalisme est plus adapté au phénomène des immigrants, vus comme minorité, dans le contexte étatique, par le fait qu'ils n'ont pas de revendications fondées sur l' « ascendance historique » ni les « liens territoriaux millénaires » des peuples ancestraux[2018].

Par ailleurs, selon Thomas Fleiner, la protection des minorités, en particulier des minorités ethniques, « est devenue un thème de première importance, notamment à la suite de la grande confrontation entre les blocs communiste et occidental-capitaliste »[2019]. Il y a quelques ans, on a assisté presque impavides aux conflits sanglants en ex-Yougoslavie et en Tchétchénie ainsi qu'à des massacres en Afrique ou en Asie. Aujourd'hui, on assiste, presque de la même manière, à d'innombrables conflits entre les diverses cultures et les divers peuples, comme en Syrie, en Ukraine et notamment en Crimée, sans bien savoir quoi faire avec les problèmes des minorités[2020]. Le pire, et on le sait maintenant, c'est qu' « une solution au problème de la protection des minorités ne pourra guère être trouvée en recourant aux droits de l'homme traditionnels. Car si l'État est tout pour la nation à laquelle il appartient, il n'est rien pour des minorités étrangères »[2021].

La force des faits montre que les minorités « se retrouvent pratiquement sans droits ou deviennent prêter un serment d'allégeance à la majorité, ce qu'elles ressentent comme une humiliation. Si elles ne le font pas, elles perdent leur nationalité ». C'est ainsi par exemple,

---

[2016] Scott C. IDLEMAN, *Multiculturalism and the Future of Tribal Sovereignty*, Columbia Human Rights Law, 2004, No. 35, p. 594.
[2017] Ibidem.
[2018] Alicia M. BARABAS, *Multiculturalismo, pluralismo cultural e interculturalidad en el contexto de América Latina : la presencia de los pueblos originarios*, Op. Cit., pp. 12 et 13. C'est évidemment le cas des pays avec un flux migratoire élevé où le débat multiculturel se limite aux politiques migratoires « assimilationnistes » de la culture dominante dans le pays d'accueil, « pour les groupes issus de l'immigration récente, en particulier ceux qui viennent d'autres continents et n'ont ni le même phénotype, ni le plus souvent la même religion ». David DUMOULIN KERVRAN et Christian GROS, « Un modèle latino-américain ? Introduction », *in* Christina GROS et David DUMOULIN KERVRAN (Dir.), *Le multiculturalisme « au concret » : un modèle latino-américain ?* Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2011, pp. 17 – 21 et 24. Voir également, Sarah V. WAYLAND, *Immigration, Multiculturalism and National Identity in Canada*, International Journal on Group Rights, 1997, No. 33 – 58.
[2019] Thomas FLEINER, « Quelques réflexions sur le discours contemporain des droits de l'homme », Op. Cit., p. 245.
[2020] Vincent BERNARD, *Delineating the Boundaries of Violence*, International Review of the Red Cross, 2014, Vol. 96, pp. 5 – 11.
[2021] Thomas FLEINER, « Quelques réflexions sur le discours contemporain des droits de l'homme », Op. Cit., p. 245.

« que des individus ayant appartenu à la population indigène deviennent soudain des travailleurs immigrés dans leur propre pays, souvent livrés sans défense à la police et considérés comme des parasites par la majorité de la société »[2022].

Par la méconnaissance de l'interculturalité des sociétés, l'on est arrivé à l'extrême de pratiquer des « génocides culturels » afin de réussir une assimilation, voire une uniformisation culturelle des personnes, laissant de côté que dans les minorités il y a toujours des éléments communs que les approchent à ce qu'il est considéré comme universel par les sociétés[2023].

II. Le commun des « minorités » vis-à-vis de l'universalité des sociétés

La nécessité d'intégrer les règles et les principes des droits de l'homme aux droits internes, sans avoir préalablement défini les critères interculturels de leur universalisation, comporte aussi le risque de transgresser les droits culturels et collectifs des minorités. Tenant compte que pour résoudre les problématiques liées aux minorités, « le traditionnel principe démocratique majoritaire ne suffit pas », et qu'il est nécessaire la création « de nouvelles institutions pour prendre en compte le problème de leur protection. La question des minorités est une exigence qui interpelle autant les fondements de l'État que les droits de l'homme en tant que tels »[2024].

Si on n'est pas devant une révolution culturelle, on est au moins dans le processus de réinvention de la démocratie par la diversité culturelle et la redéfinition des droits de l'homme[2025]. Ainsi, a été reconnu par la Déclaration de Durban en 2001, qui a réaffirmé « que la diversité culturelle constitue un atout inestimable pour le progrès et le bien-être de l'humanité dans son ensemble, et qu'elle devrait être appréciée, mise en pratique, véritablement acceptée et cultivée en tant que caractéristique permanente enrichissant nos sociétés »[2026].

Les peuples et les individus dans son ensemble « constituent une seule et même famille humaine, riche dans sa diversité ». Tant les peuples comme les individus « ont

---

[2022] Ibidem. Voir aussi le rapport préparé pour l'Institute interaméricain des droits de l'homme (IIDH) et la Banque interaméricaine de développement (BID) sur l'exclusion et la marginalisation des indigènes en Amérique Latine : Rodolfo STAVENHAGEN, *El derecho de sobrevivencia : la lucha de los pueblos indígenas en América Latina contra el racismo y la discriminación*, Santiago de Chile, CEPAL, 2001.

[2023] Voir notamment les rapports finals de la Commission de vérité et réconciliation du Canada (TRC) à l'égard du système de pensionnats, dont ses conséquences elle les qualifie comme de « génocide culturel ». Dans la mesure où ce système était « fondé sur l'hypothèse voulant que la civilisation européenne et les religions chrétiennes étaient supérieures à la culture autochtone qui était considérée comme sauvage et brutale », et qui avait pour objectif de séparer définitivement les enfants de leurs familles, de leur culture et de leur identité. TRC, *Honouring the Truth, Reconciling for the Future : Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, 2015, pp. 1, 4 et 5, Disponible [En ligne] : http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Honouring_the_Truth_Reconciling_for_the_Future_July_23_2015.pdf (29 septembre 2018). Voir également, la persécution des Roms en Europe développée afin d'éradiquer leur culture nomade. William K. BARTH, *Minority Rights, Multiculturalism and the Roma of Europe*, Nordic Journal of International Law, 2007, No. 76, pp. 363 – 406.

[2024] Thomas FLEINER, « Quelques réflexions sur le discours contemporain des droits de l'homme », Op. Cit., p. 246.

[2025] Kathia MARTIN-CHENUT, *Droit international et démocratie*, Diogène, 2007, No. 220, pp. 36 – 48.

[2026] UN, *Rapport de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée*, Déclaration de Durban, Durban, 31 août – 8 septembre 2001, § 19 du préambule, Disponible [En ligne] : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/CONF.189/12 (29 septembre 2018).

contribué aux progrès de la civilisation et des cultures qui constituent le patrimoine commun de l'humanité ». Tout cela, sans oublier que « le maintien et la promotion de la tolérance, du pluralisme et du respect de la diversité peuvent conduire à des sociétés moins exclusives »[2027].

Les minorités ont un même commun dénominateur que l'universalité des sociétés. Elles ont toutes une « fonction existentielle équivalente » aux droits de l'homme, par le fait que cette existentielle fonction constitue le chemin par lequel toutes les cultures prévoient un ordre humain et juste pour leurs membres[2028]. Les unes, comme en occident, en partant de l'individu, et les autres, comme en Asie, en Afrique et dans les peuples originaux d'Amérique Latine, en s'appuyant sur la famille. « Les *droits de l'homme* sont donc inséparables de l'existence sociale, chaque culture étant à l'origine de valeurs fastes et néfastes, positives et négatives »[2029]. Par essence, c'est le caractère social des individus ce qui identifie les minorités avec les autres cultures. Dans cet aspect, toutes les cultures sont convergentes et tous les êtres humains, sans aucune distinction, « ont la capacité de participer de manière constructive au développement et au bien-être de leurs sociétés »[2030].

N'oublions pas que « l'homme n'est pas un être isolé dont les droits n'existent qu'en fonction de sa propre individualité. Il est incorporé dans une communauté née de l'histoire, conditionnée par la religion et maintenue par la langue »[2031]. Autour de l'individu il y a un composant sociologique qui détermine son humanité. Cette composante est une partie de « son identité d'être humain qui ne saurait être remise en question ». Ainsi, lorsqu'on refuse « de reconnaître des droits collectifs aux groupes et aux collectivités, on finit par mettre en cause l'individu lui-même en sa qualité de composante de ces communautés »[2032].

L'humanité, comme élément commun des minorités et d'autres cultures, invite à construire un « ordre mondial juste »[2033] au travers, si on adopte l'expression proposée par Mireille Delmas-Marty, d' « un ordre juridique mondial pluraliste »[2034], afin de « transformer l'opposition en complémentarité »[2035]. Il est nécessaire, voire inévitable la construction d'un ordre juridique mondial « « transcivilizational » des droits de l'homme »[2036] fondé sur un « pluralisme ordonné »[2037]. Cela implique, l'abandonnement du « pluralisme inégal » de

---

[2027] Ibid., § 6.
[2028] Raimundo PANIKKAR, *Is the Notion of Human Rights a Western Concept ?* Op. Cit., p. 78.
[2029] Joseph YACOUB, *Les droits de l'homme sont-ils exportables ? : Géopolitique d'un universalisme*, Op. Cit., p. 19.
[2030] UN, *Rapport de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée*, Déclaration de Durban, Op. Cit., § 7. Le paragraphe continu en affirmant que « toute doctrine de supériorité raciale est scientifiquement fausse, moralement condamnable, socialement injuste et dangereuse et doit être rejetée, de même que les théories qui prétendent poser l'existence de races humaines distinctes ».
[2031] Thomas FLEINER, « Quelques réflexions sur le discours contemporain des droits de l'homme », Op. Cit., p. 247.
[2032] Ibidem.
[2033] Anne-Marie SLAUGHTER, *A new world order*, Op. Cit., p. 216 – 260.
[2034] Mireille DELMAS-MARTY, « Le rôle « désintéressé » du chercheur dans la promotion d'un nouvel ordre juridique mondial », *in* Gérard FUSSMAN (Dir.), *La mondialisation de la recherche : compétition, coopération, restructuration*, Paris, Collège de France, 2011, Disponible [En ligne] : http://books.openedition.org/cdf/1611 (29 septembre 2018).
[2035] Kathia MARTIN-CHENUT, *Droit international et démocratie*, Op. Cit., p. 47.
[2036] Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law : Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, Op. Cit., pp. 387 – 410.
[2037] Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, II : le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006.

juxtapositions culturelles et l'unification de comportements sociaux[2038], pour avancer vers la construction d' « un espace juridique commun à travers les adaptations progressives qui préservent la diversité par des harmonisations flexibles et valorisant les différences »[2039]. Autrement dit, par le biais d'une « communication interculturelle » dans le sein de la communauté humaine globale[2040].

Le débat de l'universalité des droits, demande toujours la définition de ce que sont les « droits de l'homme » et même, de ce qui doit être compris par « universalité »[2041], dans l'objectif de repenser ces droits comme une « œuvre collective de l'humanité »[2042].

§ 2 : La construction du patrimoine commun des droits de l'homme dès la diversité culturelle

À l'heure actuelle les droits de l'homme ont besoin d'une compréhension dynamique et « transversale »[2043], qui inclue les différentes acceptions données aux libertés et aux devoirs, et dans laquelle, en plus de prendre en compte la vision individualiste de la culture occidentale, s'intègre aussi le regard collectif ou communautaire des cultures orientales et des peuples ancestraux ou originaux[2044]. Parler des droits de l'homme comme norme universelle, signifie qu'elle « vaut soit pour tous les individus dans une société donnée, soit pour l'ensemble de l'humanité »[2045]. À cet égard, il ne faut pas oublier que la diffusion d'un modèle normatif –comme celui des droits de l'homme– « n'est donc pas gage d'universalité si elle ne résulte pas d'une adhésion partagée »[2046] à travers *la prise au sérieux du principe de l'autodétermination des peuples (A)*. Les droits de l'homme doivent s'ériger comme un patrimoine commun de l'humanité par le biais d'une construction collective, respectant la diversité culturelle des civilisations et tenant compte surtout de *la situation des groupes en état de vulnérabilité (B)*, car ils sont par essence les plus nécessiteux de cette construction pluraliste[2047].

[2038] Alicia M. BARABAS, *Multiculturalismo, pluralismo cultural e interculturalidad en el contexto de América Latina : la presencia de los pueblos originarios*, Op. Cit., p. 15.
[2039] Kathia MARTIN-CHENUT, *Droit international et démocratie*, Op. Cit., p. 47.
[2040] Alicia M. BARABAS, *Multiculturalismo, pluralismo cultural e interculturalidad en el contexto de América Latina : la presencia de los pueblos originarios*, Op. Cit., p. 20.
[2041] Louis HENKIN, *The Universality of the Concept of Human Rights*, The Annals for the American Academy of Political and Social Science, 1928, Vol. 137, No. 1, pp. 32 - 38.
[2042] Joseph YACOUB, *Les droits de l'homme : une œuvre collective de l'humanité*, Op. Cit., pp. 375 et 376.
[2043] Hwa Yol JUNG, *Transversality and the Philosophical Politics of Multiculturalism in the Age of Globalization*, Research in Phenomenology, 2009, No. 39, pp. 416 – 437.
[2044] David MILLER, *Justice for Earthlings : Essays in Political Philosophy*, New York, Cambridge University Press, 2103, pp. 77 – 84 ; Scott C. IDLEMAN, *Multiculturalism and the Future of Tribal Sovereignty*, Op. Cit., pp. 589 – 660 ; et Laurent LACROIX, « État plurinational et redéfinition du multiculturalisme en Bolivie », *in* Christina GROS et David DUMOULIN KERVRAN (Dir.), *Le multiculturalisme « au concret » : un modèle latino-américain ?* Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2011, pp. 135 – 145.
[2045] Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Op. Cit., p. 45.
[2046] Ibid., p. 57.
[2047] On peut citer les efforts qu'en Amérique Latine ont été faits pour dépasser la notion conservatoire du multiculturalisme (vu exclusivement dès le regard migratoire) par le concept d'interculturalité, nécessaire pour comprendre le monde « transversal » et « transcivilizational » de l'ère de la globalisation. Particulièrement, l'ouverture prétorienne de la Colombie il y a plus de deux décennies à l'interculturalité – par le biais de sa nouvelle Constitution de 1991–, pour laquelle commence à se matérialiser une redéfinition des relations entre l'État pluraliste et les organisations pour la défense des groupes minoritaires créées dans le pays durant les années 1970. Rodolfo STAVENHAGEN, *El derecho de sobrevivencia : la lucha de los pueblos indígenas en América Latina contra el racismo y la discriminación*, Op. Cit., p. 9 ; Elizabeth CASTILLO

A. La prise au sérieux du principe de l'autodétermination des peuples

L'entreprise de construire un patrimoine commun des droits de l'homme par le biais du principe de l'autodétermination des peuples, implique de reconnaître l'existence de la différence ainsi que de respecter *l'autre comme acteur et sujet des droits (I)*. Cette reconnaissance transfère indiscutablement l'analyse des droits de l'homme de *l'égalité devant la loi vers l'égalité réelle, en préconisant l'abandon de cette première au profit de cette dernière (II)*.

I. L'Autre, comme acteur et sujet des droits

La Déclaration et le programme d'action de Vienne 1993 ont reconnu explicitement à ceux qui sont vus comme les différents –aux autres– en tant qu'acteurs et sujets des droits. Ils ont affirmé, tout au début, que « tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes » ainsi que de déterminer « librement leur statut politique et [poursuivre] leur développement économique, social et culturel ». La Déclaration a également reconnu le droit à la rébellion en assurant que « les peuples ont le droit de prendre toute mesure légitime, conformément à la Charte des Nations Unies, pour réaliser leur droit inaliénable à l'autodétermination »[2048]. Dans ce propos, la Déclaration invoque, en particulier, la protection des populations autochtones du monde, protection à travers laquelle « se trouve réaffirmé l'engagement de la communauté internationale d'assurer à ces populations la jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales et de respecter la valeur et la diversité de leurs cultures et leur identité »[2049].

Cependant, la même Déclaration a solennellement réaffirmé que « tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés »[2050]. Mais comme l'a révélé Patrick Wachsmann, « les affrontements qui ont précédé la rédaction de cette déclaration ont montré que cette proclamation des droits de l'homme dont l'universalité l'emporte sur tous les particularismes ne signifie pas que tous les États en soient authentiquement convaincus »[2051].

Bien qu'invoquant l'expression des droits de l'homme, l'on entend nécessairement évoquer l'universel, étant donné que ces droits sont inhérents aux êtres humains en tant que tels[2052], nous croyons qu'il est mieux de parler plutôt de l'idée d'une « universalité relative des

---

GUZMÁN et José Antonio CAICEDO ORTIZ, *La educación intercultural bilingüe : El caso colombiano*, Buenos Aires, Flape, 2008 ; et Virginie LAURENT, « Dans, contre, avec l'État : Mouvement indien et politique(s) en Colombie, vingt ans après », *in* Christina GROS et David DUMOULIN KERVRAN (Dir.), *Le multiculturalisme « au concret » : un modèle latino-américain ?* Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2011, pp. 147 – 158.

[2048] Paragraphe 2.

[2049] Paragraphe 13 du Préambule.

[2050] UN, *Déclaration et programme d'action de Vienne*, Vienne, 14-25 juin 1993, § 5, Disponible [En ligne] : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/CONF.157/23 (13 octobre 2015).

[2051] Patrick WACHSMMAN, *Les droits de l'homme*, Op. Cit., p. 48.

[2052] « Si donc un seul être humain n'est pas reconnu titulaire des droits qui tiennent pourtant à sa qualité d'être humain, cette unique carence ruine logiquement le fondement éthique de tels droits. Par la figure des droits de l'homme, la raison parie sur l'exacte superposition de la qualité humaine et de son universalité ». Xavier DIJON, *Les droits tournés vers l'homme*, Paris, Op. Cit., p. 10.

droits de l'homme »[2053]. En effet, la diversité dans le processus d'universalisation de ces droits est loin d'être abstraitement universelle et « l'ensemble normatif qu'ils veulent constituer comporte encore de nombreuses lacunes, d'où un profond relativisme »[2054].

Pour construire un patrimoine commun des droits de l'homme en respectant la diversité, on pense qu'il est pertinent et révélateur le contenu de la Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle, adoptée le 2 novembre 2001 dans un « contexte très spécifique », au lendemain des événements du 11 septembre. Il est pertinent, en particulier, le contenu de l'article 1 qui définit la diversité culturelle comme patrimoine commun de l'humanité, par le fait que la « diversité s'incarne dans l'originalité et la pluralité des identités qui caractérisent les groupes et les sociétés composant l'humanité ». Également, il est pertinent l'article 2, pour reconnaître le pluralisme culturel comme la meilleure « réponse politique au fait de la diversité culturelle ».

Sur l'importance de cette Déclaration, le directeur général de l'UNESCO d'alors, Koïchiro Matsuura, a exprimé deux grandes réflexions. D'abord, que la Déclaration sur la diversité culturelle « fut l'occasion pour les États de réaffirmer leurs convictions que le dialogue interculturel constitue le meilleur gage pour la paix, et de rejeter catégoriquement la thèse de conflits inéluctables de cultures et de civilisations ». Ensuite, qu'un tel instrument « érige la diversité culturelle au rang de « patrimoine commun de l'humanité […] et fait sa défense un impératif éthique, inséparable du respect de la dignité de la personne humaine »[2055].

L'ancien directeur de l'UNESCO a identifié aussi qu'autour de la notion de l'autodétermination des peuples et le respect de l'autrui, la Déclaration vise à la fois deux objectifs : « préserver comme un trésor vivant, et donc renouvelable, une diversité culturelle qui ne doit pas être perçue comme un patrimoine figé, mais comme un processus garant de la survie de l'humanité », autant que d' « éviter des ségrégations et des fondamentalismes qui, au nom des différences culturelles, sacraliseraient ces différences »[2056]. Il admet en plus qu'il faut considérer comme essentiel que la Déclaration « insiste sur le fait que chaque individu doit reconnaître non seulement l'altérité sous toutes ses formes, mais aussi la pluralité de son identité, au sein de sociétés elles-mêmes plurielles »[2057]. Autrement dit, qu'à travers la reconnaissance et le respect de la diversité culturelle, les individus vont prendre au sérieux à l'Autre, à celui qui est différent, comme acteur et sujet des droits, en dépassant le « droit à l'indifférence » pour admettre, reconnaître et développer un nouveau droit : le « droit à la différence »[2058].

En tenant compte que l'Autre est une catégorie philosophique qui est au-delà de la notion simple d' « autrui », et recouvre un concept qui désigne le problème général de

---

[2053] Jack DONNELLY, *The Relative Universality of Human Rights*, Human Rights Quarterly, 2007, Vol. 29. No. 2, pp. 281 – 306.
[2054] Hélène RUIZ FABRI, « Droits de l'homme et souveraineté de l'État : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », Op. Cit., p. 389.
[2055] Koïchiro MATSUURA, « Cultural Diversity : A Vision. The Cultural Wealth of the World is its Diversity Dialogue », *in* UNESCO, *Universal Declaration on Cultural Diversity : a vision, a conceptual platform, a pool of ideas for implementation, a new paradigm*, Paris, UNESCO, 2002, p. 3.
[2056] Ibidem.
[2057] Ibidem.
[2058] Danièle LOCHAK, « L'autre saisi par le droit », Op. Cit., p. 198.

« l'identité » et de « la différence »[2059], la question de la diversité implique la reconnaissance extérieure de l'Autre ignoré, mais aussi la découverte de l'Autre en soi-même, « étant donné que chaque culture, comme chaque individu, rencontre dans les autres une parcelle irremplaçable de sa propre humanité »[2060]. En effet, c'est dans la reconnaissance de l'Autre comme semblable, avec les mêmes droits et devoirs, avec des valeurs différentes mais aussi importantes que les nôtres, qu'on trouve la véritable matérialisation du principe de l'autodétermination des peuples.

Celle-ci est la seule manière pour laquelle « peut être préservée la diversité culturelle comme processus évolutif et capacité d'expression, de création et d'innovation ». La reconnaissance de la diversité culturelle, comme élément indissociable des droits de l'homme, telle qui a été reconnue par l'UNESCO, « peut être un superbe outil de développement, capable d'humaniser la [globalisation] »[2061].

Les nouveaux objectifs de développement durables adoptés en 2015 jusqu'au 2030, confirment qu'il faut favoriser l' « Autre » dans la mesure où « l'entente entre les cultures, la tolérance, le respect mutuel et une éthique de citoyenneté mondiale et de responsabilité partagée ». En fin de compte, c'est dans la diversité naturelle et culturelle du monde que toutes les cultures et civilisations peuvent contribuer au développement durable de l'humanité, dont elles sont des éléments indispensables[2062].

L'on doit rappeler enfin, que la diversité culturelle ne divise pas les humains, au contraire, elle unit les personnes, les sociétés et les peuples, « en leur faisant partager un fond ensemble constitué de patrimoines immémoriaux, d'expériences actuelles et de promesses d'avenir ». C'est ce fonds commun en permanent enrichissement « dont chacun est à la fois contributeur et bénéficiaire, qui garantit la durabilité d'un développement pour tous »[2063].

C'est ainsi que dans le but d'humaniser la globalisation, de garantir le droit à la différence et de construire une éthique mondiale autour du respect mutuel, on doit veiller pour l'abandon de l'égalité devant la loi par l'égalité réelle.

II. L'abandon de l'égalité devant la loi par l'égalité réelle

L'un des obstacles à surmonter pour la construction d'un patrimoine commun des droits de l'homme respectueux de l'autodétermination des peuples, est celui créé par la Déclaration de 1789 : « la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse »[2064]. Principalement, si on tient compte qu'à partir de cet obstacle on qualifie

---

[2059] Thierry LETERRE, « L'Autre comme catégorie philosophique. Remarques sur les fondements métaphysiques et logiques de l'altérité », *in* Bertrand BADIE et Marc SADOUN, *L'autre : études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996, pp. 67 – 83.
[2060] Katérina STENOU, « Towards a New Paradigm. The Three Ds : Diversity, Dialogue, Development », *in* UNESCO, *Universal Declaration on Cultural Diversity : a vision, a conceptual platform, a pool of ideas for implementation, a new paradigm*, Paris, UNESCO, 2002, p. 61.
[2061] Koïchiro MATSUURA, « Cultural Diversity : A Vision. The Cultural Wealth of the World is its Diversity Dialogue », Op. Cit., p. 3.
[2062] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Transforming our World : the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Op. Cit. § 36.
[2063] Katérina STENOU, « Towards a New Paradigm. The Three Ds : Diversity, Dialogue, Development », Op. Cit., p. 61.
[2064] Article 6.

souvent d'universelles les règles « qui s'appliquent à tous les individus dans une société donnée » et d'universels les droits « qui, soit sont reconnus à tous, sans discrimination, dans une société donnée, soit peuvent être revendiqués par l'ensemble des habitants de la planète »[2065].

Il faut surmonter cet obstacle, parce qu'à cause de lui s'est installée la fausse « conviction que l'égalité n'est assurée que par l'universalité de la règle formulée abstraitement » [2066], sans prendre en compte les différences naturelles des sociétés, en faisant devenir la règle de droit aveugle à la diversité, d'un côté ; et incapable de régler les conflits de la société interculturelle d'aujourd'hui, de l'autre côté. Par essence, une telle conception formelle de l'égalité, conçue comme visant une simple *identité* de même traitement pour toutes les personnes[2067], en niant d'ailleurs l'altérité des sociétés, assimile de façon erronée « traitement légal » et « traitement uniforme »[2068].

Bien que cette conception ait commencé progressivement à évoluer vers une égalité matérielle qui ne se limite pas à exiger l'impartialité de traitement mais qui demande une revendication morale de justice[2069], depuis des années on parle de la nécessité d'une véritable évolution du concept vers l'égalité réelle ou effective[2070]. De plus en plus, l'idée d'une « égalité plus concrète »[2071], de *facto* et non pas simplement théorique, est devenue un impératif[2072].

En effet, tel qu'il est exprimé par Clérico et Aldao, « le modèle de l'égalité formelle possède, en plus d'une position prédominante dans les ordres juridiques en vigueur, une prépondérance remarquable dans les termes historiques que, à son tour, a influé sur les structures sociales en générant l'exclusion systématique de groupes »[2073]. Pour cette raison, il est nécessaire que l'égalité soit comprise à la fois comme « redistribution » des ressources[2074] et « reconnaissances » des différences des civilisations[2075]. « L'interprétation

---

[2065] Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Op. Cit., p. 51.
[2066] Ibid., p. 52.
[2067] Édouard DUBOUT, *Vers une protection de l'égalité « collective » par la Cour européenne des droits de l'homme ?* Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2006, No. 68, p. 855.
[2068] Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Op. Cit., p. 59.
[2069] Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 61. Pour exprimer son idée l'auteur utilise l'expression « reivindicazione morale del *justum* » de Giovanni Sartori, en rapprochant la question de l'égalité matérielle à la problématique *jus naturaliste*. Giovanni SARTORI, *Democrazia e definizioni*, Bologne, Il Mulino, 1976, pp. 210 et 211.
[2070] Barry R. GROSS, *Real Equality of Opportunity*, Social Philosophy and Policy, 1987, Vol. 5, Issue 1, pp. 120 – 142 ; et Jan-Erik LANE, *Constitutions and Political Theory,* Manchester University Press, 1996, pp. 230 – 233.
[2071] Édouard DUBOUT, *Vers une protection de l'égalité « collective » par la Cour européenne des droits de l'homme ?* Op. Cit., p. 59.
[2072] Laura CLÉRICO et Martín ALDAO, « De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano », *in* Armin Von BOGDANDY, Héctor FIX-FIERRO et Mariela MORALES ANTONIAZZI (Coord.), *Ius constitutionale commune en América Latina : rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 231.
[2073] Ibid., p. 235.
[2074] L'égalité en tant que *redistribution* est conçue comme la tentative de rendre compatible l'idéal libéral de liberté individuelle avec les demandes d'égalité de la social-démocratie. Sa critique principale est dirigée vers le déficit, qu'en termes d'accès aux ressources matériels, fracture la société en propriétaires, salariés et dépossédés. Ibid., p. 233.
[2075] Pour sa part, l'égalité en tant que *reconnaissance* cherche à résoudre le problème de la formation de la subjectivité en mettant en jeu les déficits, qu'en termes d'accès aux ressources symboliques, fracturent à la société en subjectivités dominantes et dominées. C'est le cas de l'homme blanc occidental devant l'homme non-occidental, tribal ou indigène. Ibid., p. 234.

simplement formelle de l'égalité, ou même comme égalité juridique matérielle, a le défaut de cacher, après le principe d'égalité devant la loi, une série d'inégalités d'ordre matériel et symbolique que n'entretient pas une correspondance avec les exigeants préceptes normatifs de la démocratie, qui ne peuvent pas être résolus dans le cadre étroit des droits individuels »[2076].

À partir de cette idée, l'égalité devient associée à la non-discrimination, proscrivant non plus la différence de traitement en elle-même, mais la différence de traitement non justifiée, qualifiée désormais de discriminatoire[2077]. Ainsi conçue, l'égalité n'oblige pas à traiter toutes les personnes de la même façon « mais seulement à ne pas opérer des discriminations arbitraires entre ceux qui se trouvent dans des situations semblables »[2078].

À cet égard, c'était l'ancienne CPIJ qui a développé les premiers avancements sur le changement conceptuel à opérer entre l'égalité formelle et l'égalité réelle. Dans l'avis consultatif, *Collons allemands en Pologne*, la Cour a souligné qu' « il faut qu'il y ait égalité de fait et non seulement égalité formelle en droit en ce sens que les termes de la loi évitent d'établir un traitement différentiel »[2079]. Quelques ans après, en rendant un avis consultatif sur des minorités (*Écoles minoritaires en Albanie*), la Cour a été plus précise sur les termes[2080]. D'abord, elle a signalé que « l'égalité en droit exclut toute discrimination : l'égalité en fait peut, en revanche, rendre nécessaires des traitements différents en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre des situations différentes »[2081]. Ensuite, elle a expliqué qu' « on peut facilement imaginer des cas dans lesquels un traitement égal de la majorité et de la minorité, dont la condition et les besoins différents, aboutirait à une inégalité en fait ». Pour conclure enfin, que « l'égalité entre majoritaires et minoritaires doit être une égalité effective, réelle »[2082].

Dans l'ordre régional des droits de l'homme on trouve aussi la même idée. C'est le cas de la Cour de Strasbourg qui en interprétant l'article 14 de la CEDH a exprimé sur l'égalité que,

> « Malgré le libellé très général de sa version française (« sans distinction aucune »), l'article 14 (Art. 14) n'interdit pas toute distinction de traitement dans l'exercice des droits et libertés reconnus. Cette version doit se lire à la lumière du texte, plus restrictif, de la version anglaise (« without discrimination »). En outre et surtout, on aboutirait à des résultats absurdes si l'on donnait à l'article 14 (Art. 14) une interprétation aussi large que celle que la version française semble impliquer. On arriverait, en effet, à juger contraires à la Convention chacune des nombreuses dispositions légales ou réglementaires qui n'assurent pas à tous une complète égalité de traitement dans la jouissance des droits et libertés reconnus. Or, les autorités nationales compétentes se trouvent souvent en face de situations ou de problèmes dont la diversité appelle des solutions juridiques différentes ; certaines inégalités de droit ne tendent d'ailleurs qu'à corriger des inégalités de fait »[2083].

[2076] Ibid., p. 231.
[2077] Ibidem.
[2078] Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Op. Cit., p. 83.
[2079] CPJI, *Affaire sur les colons allemands en Pologne,* Avis consultatif, 10 septembre 1923, Série B n ° 6, p. 24.
[2080] CPJI, *Affaire des Écoles minoritaires en Albanie*, Avis consultatif, 6 avril 1935, Série A/B n ° 64.
[2081] Ibid., p. 19.
[2082] Ibidem.
[2083] COUR EDH, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » Vs. Belgique*, Requêtes n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1769/63 ; 1994/63 et 2126/64, 23 juillet 1968, § 10.

Pour sa part, la Cour IDH a soutenu dans sa jurisprudence constante que le principe d'égalité et le droit de non-discrimination couvrent deux visions, l'une « négative » et l'autre « positive ». La première « concernant l'interdiction de différences de traitement arbitraires »[2084]. Tandis que la deuxième, « contemplant l'obligation des États de créer des conditions d'égalité réelles et effectives aux groupes qui ont été historiquement exclus ou qui ont un risque supérieur d'être discriminés »[2085].

Par conséquent, il n'y aura aucune discrimination si une différence de traitement a un but légitime, comme la protection des minorités ou des groupes en état de vulnérabilité, dans la mesure où l'égalité réelle et effective prétendue –non pas l'égalité formelle– est en harmonie avec la justice, la raison et l'altérité naturelle des personnes et des choses. Donc, un traitement différentiel orienté par la discrimination positive ne méconnaît pas le principe d'égalité ni le droit de non-discrimination si la distinction réalisée « part d'hypothèses de fait substantiellement différentes qui expriment de manière proportionnelle une connexion fondée entre les différences et les objectifs de la règle, lesquels ne peuvent pas s'éloigner de la justice ou de la raison ». Autrement dit, qu'ils « ne peuvent pas chercher des fins arbitraires, capricieux, despotiques ou en conflit avec l'unité essentielle et la dignité de la nature humaine »[2086].

Pour la jurisprudence interaméricaine, le dépassement de l'égalité formelle par l'égalité réelle et effective, combinée avec la non-discrimination, appartient désormais au *jus cogens*, parce que sur l'égalité, « repose toute la structure juridique de l'ordre public national et international, l'égalité est un principe essentiel qui imprègne tout l'ordre juridique »[2087].

Dans l'ordre national, l'abandon de l'égalité formelle vers l'égalité réelle se fait aussi sentir. En Amérique Latine par exemple, cet abandon a été établi par la Cour constitutionnelle colombienne depuis 1992, date à laquelle, par la voie d'action directe d'inconstitutionnalité, en interprétant la portée du principe d'égalité dans les relations du travail. Selon la Cour ce principe, tel qu'il a été consacré par l'article 13 constitutionnel, dépasse le défectueux concept de l' « égalité devant la loi », fondé sur la généralité abstraite, par le concept de généralité concrète, qui trouve son fondement dans le principe selon lequel « nulle régulation différente des cas semblables ou analogues est autorisée, pour prescrire une réglementation différentielle à des cas différents »[2088]. Conçu ainsi le principe d'égalité, il est toujours autorisé

[2084] COUR IDH, *Affaire Furlan et familiers Vs. Argentine,* Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 246, Op. Cit., § 267. Voir aussi, COUR IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,* Avis consultatif OC-18/03, Op. Cit., § 92.

[2085] COUR IDH, *Affaire Furlan et familiers Vs. Argentine,* Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 246, Op. Cit., § 267 ; *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,* Avis consultatif OC-18/03, Op. Cit., § 88 ; *Affaire López Álvarez Vs. Honduras,* Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 141, 1 février 2006, § 170 ; et *Affaire Yatama Vs. Nicaragua*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 127, Op. Cit., § 185.

[2086] COUR IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,* Avis consultatif OC-18/03, Op. Cit., § 91 ; *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Avis consultatif OC-17/02, Op. Cit., § 47 ; et *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Avis consultatif OC-4/84, Op. Cit., § 57.

[2087] COUR IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados,* Avis consultatif OC-18/03, Op. Cit., § 101 et *Affaire Yatama Vs. Nicaragua*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 127, Op. Cit., § 184.

[2088] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-221-92*, Requête D-006, 29 mai 1992, p. 8, fondement juridique 3.1 ; et *Arrêt d « Action de Tutela » T-432-92,* Requête T-860, 25 juin 1992, p. 6, fondement juridique 2.1.

le traitement différentiel si celui-ci est raisonnablement juridique, en surmontant « l'égalitarisme » ou la simple « égalité mathématique »[2089].

D'après la Cour constitutionnelle, devant une inégalité de fait, l'État est chargé de « promouvoir les conditions pour que l'égalité soit réelle et effective »[2090]. Dans ce sens l'État « doit adopter les mesures nécessaires en faveur des groupes discriminés ou marginalisés, et surtout protéger aux personnes que pour leur condition économique, physique ou mentale, se trouvent dans des circonstances d'infériorité manifeste comme est indiqué dans l'article 13, paragraphes 2 et 3 »[2091].

Le remplacement de l'égalité réelle à la place de l'égalité formelle démontre progressivement que la construction du patrimoine commun des droits de l'homme doit se fonder sur le dialogue interculturel rendu possible par la diversité. L'application de l'égalité réelle est la manière la plus appropriée de respecter l'autodétermination des peuples, sauvegarder leur patrimoine, et garantir le développement « matériel » et « immatériel » de l'humanité[2092]. La mise en place de l'égalité réelle assure aussi, comme il est signalé par la Déclaration de l'Unesco sur la diversité culturelle, « une interaction harmonieuse et un vouloir vivre ensemble de personnes et de groupes aux identités culturelles à la fois plurielles, variées et dynamiques ». L'égalité réelle garantit, par la voie du pluralisme culturel, un espace « propice aux échanges culturels et à l'épanouissement des capacités créatrices qui nourrissent la vie publique » de tous, aidant à surmonter surtout les inégalités de fait des groupes en état de vulnérabilité[2093].

B. La prise en compte des groupes en état de vulnérabilité

Pour pallier les risques latents de l'intégration des droits de l'homme aux droits internes, il ne suffit pas que ces droits soient respectueux de l'autodétermination des peuples, mais qu'ils soient *dirigés vers la réalisation de la justice sociale (II)*, en tenant compte particulièrement des conditions de vie des populations en état de vulnérabilité, pour faire de ces groupes *les premiers récepteurs des droits de l'homme (I)*.

I. Les premiers récepteurs des droits de l'homme

L'humanisation du droit international ne doit pas rester dans le champ « théorique » ou « illusoire »[2094]. Elle doit s'engager dans la matérialisation des meilleures conditions de vie

---

[2089] Ibidem.
[2090] Ibidem.
[2091] D'après les paragraphes 2 et 3 de l'article 13 de la Constitution colombienne : « L'État promouvra les conditions pour que l'égalité soit réelle et effective et adoptera les mesures en faveur des groupes discriminés ou marginalisés ». « L'État protégera en particulier aux personnes que pour leur condition économique, physique ou mentale, se trouvent en circonstance de faiblesse manifeste et sanctionnera les abus ou les mauvais traitements perpétrés contre elles ». Ibidem.
[2092] Arjun APPADURAI, « Cultural Diversity : A Conceptual Platform. Sustainable Diversity : The Indivisibility of Culture and Development », *in* UNESCO, *Universal Declaration on Cultural Diversity : a vision, a conceptual platform, a pool of ideas for implementation, a new paradigm*, Paris, UNESCO, 2002, p. 13.
[2093] UNESCO, *Universal Declaration on Cultural Diversity : a vision, a conceptual platform, a pool of ideas for implementation, a new paradigm*, Op. Cit., p. 4.
[2094] COUR EDH, *Affaire Airey Vs. Irlande*, Requête n° 6289/73, Op. Cit., § 24 ; *Affaire Artico Vs. Italie*, Requête n° 6694/74, Op. Cit., § 33 ; *Affaire Parti communiste unifié de Turquie et autres Vs. Turquie*, Requête n°

des populations les plus vulnérables, comme celles-ci qui sont discriminées par des questions religieuses, économiques et culturelles (migrants, déplacés, réfugiés, populations nomades ou semi-nomades et peuples indigènes ou autochtones)[2095].

Dans cette entreprise, le droit international humaniste doit garantir que les premiers récepteurs du développement de la véritable universalisation des droits de l'homme soient les groupes en état de vulnérabilité, en assurant leur sécurité humaine[2096]. Des traces sur ce propos, on peut déjà les trouver dans les dernières conférences mondiales des Nations Unies et dans les rapports mondiaux sur le développement humain, où l'individu, en tant que composant de l'humanité, est placé dans un endroit de grande importance.

La Conférence mondiale sur les droits de l'homme tenue à Vienne en 1993, est preuve de l'importance acquise par l'être humain dans la scène internationale, lorsque dans le préambule de la Déclaration et le programme d'action de Vienne adoptés à cette occasion, en plus de reconnaître que « tous les droits de l'homme découlent de la dignité et de la valeur inhérentes à la personne humaine », affirme que « la personne est le sujet même des droits de l'homme et les libertés fondamentales et que, par conséquent, elle doit en être le principal bénéficiaire et participer à leur réalisation »[2097].

Selon Cançado Trindade, l'émergence et la consolidation de la personnalité et la capacité juridique de la personne humaine comme sujet de droit international dans la doctrine jus naturaliste à partir de la Conférence de Vienne 1993, « est le meilleur héritage de la pensée juridique jus internationaliste du XXe siècle, en donnant expression prioritaire à la *raison d'humanité* sur la raison d'État, et inspirer le processus historique en cours de la graduelle *humanisation* du droit international contemporain »[2098].

D'ailleurs, les rapports mondiaux sur le développement humain du PNUD ont bien montré que le développement humain durable seulement est possible avec la prise en compte des groupes vulnérables, c'est-à-dire en faisant de ces groupes les premiers et les principaux

---

19392/92, Op. Cit., § 33 ; COUR EDH, *Affaire Allenet de Ribemont Vs. France,* Requête n° 15175/89, Op. Cit., § 35 ; *Affaire Chassagnou et autres Vs. France*, Requêtes n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, Op. Cit., § 100 et *Affaire Kovatch Vs.* Ukraine, Requête n° 39424/02, Op. Cit., § 53.

[2095] PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 2014*, New York, PNUD, 2015, pp. 3 et 4. Selon le juge européen, Spielmann, « dans la période difficile que nos sociétés traversent, nous voyons apparaître des attitudes d'intolérance et de rejet de l'autre. La loi du plus fort tend à s'appliquer et parfois les droits de l'homme sont mis de côté, car certains pensent qu'ils représentent un luxe que l'on ne peut s'offrir en période de crise ». Le plus critique de la situation, c'est que les plus affectés par la crise sont les personnes vulnérables, les prisonniers, les migrants, les retraités, en essence, tous ceux que les tribunaux régionaux protègent dans de nombreuses affaires. Dean SPIELMANN, « Ouverture du séminaire », *in* COUR EDH, *Dialogue entre juges 2013 : « La mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme en période de crise économique »*, Strasbourg, Cour Européenne des droits de l'homme, 2013, p. 5, Disponible [En ligne] : http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2013_FRA.pdf (29 septembre 2018).

[2096] PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 1994*, Op. Cit., p. 23 ; COMMISSION ON HUMAN SECURITY, *Human Security Now*, Op. Cit., p. 4 ; UNESCO, *Human Security : Approaches and Challenges*, Paris, UNESCO, 2008 ; UN, *Human Security in Theory and Practice : An Overview of the Human Security Concept and the United Nations Trust Fund for Human Security*, New York, Human Security Unit, 2009 ; et IIDH-PNUD, *La seguridad humana : en las agendas de las organizaciones multilaterales y los mecanismos de integración en América Latina y El Caribe*, San José, Instituto de Derechos Humanos, 2012.

[2097] § 2 du Préambule.

[2098] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Os Tribunais internacionais e a realização da justiça,* Op. Cit., p. 140. Voir aussi du même auteur, Antônio CANÇADO TRINDADE*, A consolidação da personalidade e da capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional*, Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 2003, No. 16, pp. 237 – 288.

récepteurs des politiques publiques et des droits de l'homme. En 1994, devant les problèmes d'inégalités qui affligent le monde, le PNUD a affirmé qu' « à moins que les sociétés n'admettent que les individus qui les composent sont leur véritable richesse, l'obsession relative à la création de richesses matérielles occultera l'objectif ultime, l'enrichissement de la vie humaine »[2099].

Ce message a continué a été inscrit dans l'esprit des rapports du PNUD, devenant plus aigu en 2014, année durant laquelle a été précisé que si « des groupes et des individus plus vulnérables ne reçoivent l'attention des responsables politiques et les ressources nécessaires sur tous les aspects du développement humain, ils risquent d'être laissés pour compte »[2100]. Si ces groupes continuent à être ignorés, il peut gravement se compromettre l'avenir du développement humain, dans la mesure où « sans politiques et institutions nationales et mondiales désireuses de réduire la vulnérabilité persistante et systématique, le programme de développement pour l'après 2015 restera inefficace pour s'attaquer à la complexité et à l'ampleur des futurs défis »[2101].

De même, il a été consigné dans le Programme pour le développement durable à l'horizon 2030 (« Transformer notre monde »), dont la Colombie a notamment joué un rôle prépondérant en proposant le concept d' « objectifs pour le développement durable » (ODD) ainsi que les domaines thématiques et les questions transversales[2102]. Dans ce programme, il a été prescrit que tous les États des Nations Unies sont déterminés à mobiliser les moyens nécessaires à la mise en œuvre des compromis acquis grâce à « un Partenariat mondial revitalisé pour le développement durable, qui sera mû par un esprit de solidarité renforcé », où les efforces seront principalement concentrés sur les besoins et nécessités « des plus démunis et des plus vulnérables » de la planète[2103].

Pour l'accomplissement des objectifs mondiaux de développement durable le programme prévoit la participation de tous les pays, les gouvernements, les parlements, le système des Nations Unies, les autorités locales, les peuples autochtones, la société civile, les entreprises, le secteur privé, les communautés scientifiques et universitaires[2104], autrement dit, de toute la communauté humaine globale. La raison d'une telle participation se trouve

---

[2099] PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 1994*, Op. Cit., p. 15.
[2100] PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 2014*, Op. Cit., p. 3.
[2101] Ibidem.
[2102] En effet, fut grâce au travail du Ministère des relations extérieures colombien, qui depuis l'année 2011 a conceptualisé les objectifs de développement durable (ODD), qu'on a réussi le changement conceptuel du développement durable, en mettant des responsabilités dans la lutte contre la pauvreté aux pays développés et non seulement aux pays en développement. La proposition de la Colombie, qui est devenue en 2015 le Programme pour le développement durable à l'horizon 2030, a été initialement incluse dans le document final de la Conférence Río+20 des Nations Unies intitulé « l'avenir que nous voulons ». Voir, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE COLOMBIA, *Historia de los objetivos de desarrollo sostenible*, 2014, Disponible [En ligne] : http://es.calameo.com/read/001623518276b1a644381 (29 septembre 2016) ; CEPAL, *Informe de la reunión regional preparatoria para América Latina y el Caribe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el desarrollo sostenible*, Santiago du Chili, 7 – 9 Septembre 2011, pp. 19 – 21, Disponible [En ligne] : http://www.cepal.org/rio20/noticias/paginas/5/43755/2011-949-Rio+20-Informe.pdf (29 septembre 2018) ; UN. GENERAL ASSEMBLY, *The future we want*, A/66/L.56, 11 September 2012, §§ 104 – 251 ; et UN. GENERAL ASSEMBLY, *Transforming our World : the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Op. Cit. §§ 54 – 59.
[2103] Le programme pour le développement durable jusqu'au 2030 tient compte en particulier des besoins des plus vulnérables (enfants, jeunes, personnes handicapées –dont plus de 80% vivent dans la pauvreté–, personnes vivant avec le virus du VIH, personnes âgées, autochtones ou originaux, réfugiés, déplacés et migrants). Ibid., Préambule § 9 et § 23.
[2104] Ibid., § 52.

dans le fait que la réalisation de l'ensemble des ambitions envisagées par le programme, permettra à chacun de vivre mieux dans un monde meilleur, fondé sur les droits de l'homme comme générateurs de la justice sociale, et en faisant des plus vulnérables les premiers bénéficiaires de la construction du patrimoine commun des droits de l'homme.

II. Les droits de l'homme dirigés vers la justice sociale

Pendant la commémoration du 20e anniversaire de la Déclaration et le programme d'action de Vienne, le secrétaire général des Nations Unies, Ban Ki-moon, a manifesté l'idée que bien que « la Conférence de Vienne [ait] été un jalon important dans la quête des droits de l'homme universels que poursuit l'humanité […] dans trop d'endroits, pour un trop grand nombre, les droits de l'homme et l'état de droit ne sont qu'un rêve lointain »[2105].

Dans ce même sens, la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Navi Pillay, a avoué que sur les droits humains il y a eu les vingt dernières années un progrès mais il reste beaucoup plus à faire. « La promesse du respect des droits et de la dignité de tous demeure une aspiration. De nombreux groupes et personnes marginalisés et vulnérables continuent d'être opprimés, exclus et réduits au silence et de voir leurs droits déniés »[2106].

Dans la mesure où les inégalités entre les groupes sociaux sont la source des vulnérabilités persistantes et des exclusions historiques, il faut voir dans les droits de l'homme un grand outil pour améliorer la situation des groupes vulnérables, combattant le sentiment d'injustice, de vulnérabilité et d'exclusion qui alimente le mécontentement social[2107].

Dans le droit international humaniste, la construction collective du patrimoine commun des droits de l'homme doit prendre en compte, tel qu'il est suggéré par le PNUD, que les personnes appartenant à des groupes vulnérables souffrent généralement de « vulnérabilités structurelles » qui sont toujours inhérentes aux contextes sociaux[2108]. Cette construction collective doit considérer que les vulnérabilités structurelles affectent les capacités vitales des personnes et qu'elles sont susceptibles d'avoir une transmission intergénérationnelle si elles ne reçoivent pas d'investissements adéquats[2109]. De plus, que « toutes les personnes dans toutes les circonstances ne sont pas également défavorisées »[2110]. Il existe des « personnes avec certaines caractéristiques, dans certains endroits ou à étapes particulièrement vulnérables de leur cycle de vie qui sont plus probablement exposées à ne pas avoir accès au renforcement des capacités, aux ressources et aux opportunités, et en conséquence, à souffrir des privations »[2111].

Les rapports sur le développement humain du PNUD sont assez pertinents pour la discussion des droits humains vers la justice sociale. À cet égard, le rapport 2014, focalisé spécialement sur la réduction des vulnérabilités et sur le renforcement de la résilience,

---

[2105] UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Déclaration et programme d'action de Vienne : 20 ans de travail pour vos droits*, 2013, p. 5, Disponible [En ligne] : http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_fr.pdf (29 septembre 2018).
[2106] Ibid., p. 11.
[2107] PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 2014*, Op. Cit., p. 8.
[2108] Ibid., p. 61.
[2109] Ibidem.
[2110] UNDP, *Human Development Report 2016*, New York, UNDP, 2017, p. 56.
[2111] Ibidem.

soutient que « l'absence d'investissements continus et opportuns peut compromettre gravement la capacité des individus à réaliser leur potentiel de développement humain total »[2112].

Le rapport 2015, relatif au travail pour le développement humain, affirme que « le développement humain est un processus d'élargissement des choix pour les gens, donc il est étroitement lié au travail »[2113]. Pour le PNUD, le travail aide à concrétiser le développement humain à travers plusieurs chenaux, tels que le « revenu et les moyens de subsistance »[2114], la sécurité minimale de la famille sur l'alimentation, la nutrition, l'éducation et la santé des enfants[2115], « l'autonomisation des femmes »[2116], la participation collective des travailleurs en questions de la vie civile, « la dignité et la reconnaissance », « la créativité et l'innovation », « la santé », « la connaissance et les compétences », et la « sensibilisation » sociale[2117].

Pour sa part, le rapport 2016, référent au développement humain pour tous, exprime que « le développement humain incarne un engagement pour assurer les droits, la voix, la sécurité et la liberté, non pas à la plupart mais à tous, dans chaque coin du monde »[2118]. L'objectif du développement humain « n'est pas seulement d'atteindre les plus démunis ni de veiller à ce que personne ne soit pas laissé pour compte aujourd'hui, mais de protéger ceux qui risquent d'être laissés derrière demain »[2119]. « L'universalisation est un principe de l'approche du développement humain, il est temps maintenant de le traduire en pratique pour identifier et briser les barrières qui excluent certains groupes, en réduisant la largeur des écarts dans les chances de vie entre différents groupes, proposer des options politiques adaptées aux contextes et les niveaux de développement et d'identification de lacunes institutionnelles »[2120].

Actuellement, concevoir les droits de l'homme véritablement comme des droits interdépendants, sans hiérarchies entre les « libertés formelles » et les « libertés réelles », sans la clause de progressivité qu'incite aux États à se considérer comme déliés de toute obligation à l'égard des droits économiques et sociaux, devient un impératif[2121], afin de garantir la réalisation de la sécurité humaine de façon globale, encadrée par une responsabilité de justice sociale vis-à-vis des plus vulnérables d'aujourd'hui et de demain.

On est convaincu que dans le processus de construction du patrimoine commun des droits de l'homme, toutes les populations, mais en spéciale celles qui sont les plus vulnérables, doivent accroître leur participation. Cependant, pour réussir un tel objectif, le principe démocratique n'est pas suffisant. D'après le PNUD, « la mesure dans laquelle la population peut collaborer avec les États ou agir directement pour la réduction des vulnérabilités va au-delà de la démocratisation au sein institutionnel du terme. En effet, même en démocratie, l'accaparement du système politique par les élites peut réduire la portée du débat public et les opportunités d'examen critique des valeurs et des priorités d'une société »[2122].

2112 Ibid., p. 63.
2113 UNDP, *Human Development Report 2015*, New York, UNDP, 2016, p. 32.
2114 Ibidem.
2115 Ibid., pp. 32 et 33.
2116 Ibid., p. 33.
2117 Ibidem.
2118 UNDP, *Human Development Report 2016*, Op. Cit., p. 51.
2119 Ibid., p. 52.
2120 Ibidem.
2121 Danièle LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Op. Cit., p. 178.
2122 PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 2014*, Op. Cit., p. 63.

Ainsi, en plus de prioriser le débat et la construction pluriculturelle des droits de l'homme, dans la mesure où « le pluriel est consubstantiel aux cultures, qu'on n'a donc pas à rêver l'humanité en marche vers une culture unique –la conscience s'y perdrait– »[2123], on doit savoir que la construction collective des droits pour les êtres humains doit se fonder sur la justice distributive qui garantisse l'égalité globale d'opportunités à toutes les personnes et dans tous les cycles vitaux, indépendamment de leur nationalité ou de leur appartenance à un certain groupe ou communauté[2124].

[2123] François JULLIEN, *De l'uniforme, du commun et du dialogue entre cultures*, Op. Cit., p. 243.
[2124] Daniel BUTT, « Global Equality of Opportunity as an Institutional Standard of Distributive Justice », *in* Chios CARMODY, Frank J. GARCÍA, et John LINARELLI, *Global Justice and International Economic Law : Opportunities and Prospects*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 44. Voir aussi, Thomas NAGEL, *The Problem of Global Justice*, Philosophy & Public Affairs, 2005, Vol. 33, No. 2, pp. 133 – 147.

Conclusion Chapitre 2

L'intégration continue aux droits internes des règles et des principes des droits de l'homme comme l'une des conséquences de l'universalisation des droits humains, démontre que le droit international humaniste a déjà parcouru un intéressant trajet dans la pensée juridique. En effet, tant le phénomène de la constitutionnalisation que le phénomène de la conventionnalisation, ont accompli la fonction de préparer les ordres juridiques nationaux à l'intégration normative harmonieuse des valeurs protégées et garanties par les droits de l'homme. Or ces deux phénomènes ont permis, comme bien l'a exprimé Susana Albanese, « l'internationalisation du droit constitutionnel et la constitutionnalisation du droit international »[2125].

C'est pourquoi l'on doit comprendre la constitutionnalisation et la conventionnalisation du droit comme des échelons pour arriver au droit international humaniste, dans la mesure où chacun d'entre eux a joué, et joue encore, un rôle intermédiaire pour intégrer l'humanisation du droit international au droit interne. Au début, la constitutionnalisation du droit par l'établissement des blocs de constitutionnalité, grâce auxquels les droits de l'homme ont commencé à être intégrés aux corpus normatifs étatiques. Également, par la création des clauses d'ouverture qui ont accompli, à travers l'incorporation des droits innomés ou « unnamed-rights », la fonction d'actualiser les droits internes aux nouvelles réalités de la société[2126]. Ensuite, la conventionnalisation du droit, par le biais aussi des blocs de constitutionnalité, a mis l'accent sur l'obligation de protection de l'État vis-à-vis des personnes humaines, en intégrant à sa pyramide normative les engagements internationaux des États relatifs aux droits de l'homme, jusqu'à donner lieu à la formation d'un véritable et contraignant « bloc de conventionnalité »[2127].

Cependant, l'entreprise de l'intégration normative des droits emporte toujours le grand risque de standardiser ou d'uniformiser les sociétés autour de la conception individualiste des droits de l'homme de l'occident[2128] ; ce qui doit être empêché pour éviter la transgression de l'essentielle pluralité qui caractérise les sociétés du monde[2129]. Pour réussir le plein respect de la diversité dans les sociétés, mais en particulier, pour respecter leur cosmovision du monde et leurs droits collectifs et culturels, il faut prendre au sérieux la construction du patrimoine commun des droits de l'homme dès la diversité, afin d'avoir un universalisme inclusif à la place d'une uniformité exclusive et individualiste à l'occidentale[2130].

[2125] Susana ALBANESE, « La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional », Op. Cit., p. 15 ; Carlos PÉREZ VÁSQUEZ et Javier HERNÁNDEZ VALENCIA (Coord.), *A Dialogue between Judges : Writings of the Summit of Presidents of Constitutional, Regional and Supreme Courts (Mexico 2012)*, Op. Cit., pp. XXXIV et XXXV.

[2126] Charles L. BLACK JR, *« One nation indivisible » : Unnamed human rights in the States*, Op. Cit., p. 26.

[2127] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Op. Cit., p. 532.

[2128] Matthew WOLL, *Standardization*, Op. Cit., p. 47 ; François JULLIEN, *De l'uniforme, du commun et du dialogue entre cultures*, Op. Cit., pp. 9 et 10 ; et András SAJÓ, *Human rights with modesty : The problem of universalism,* Op. Cit., pp. 133 – 135.

[2129] Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law : Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, Op. Cit., pp. 342 – 410 ; et Gérard COHEN-JONATHAN, « Les droits de l'homme, une valeur internationale », Op. Cit., p. 162.

[2130] Joseph YACOUB, « L'universalité des droits de l'homme et les exigences des particularités : l'apport de Jacques Maritain », Op. Cit., p. 571.

La construction du patrimoine commun des droits de l'homme qui, pour le droit international humaniste est nécessaire, ne part pas du négationnisme historique de la différence et de la diversité de l' « Autre » comme acteur et sujet de droits[2131]. Il part, au contraire, d'accepter son existence et sa transcendance pour construire de manière humanisée un nouvel ordre juridique mondial[2132] ; fondé sur l'interculturalité des sociétés[2133] et dans lequel les groupes en état de vulnérabilité sont les sujets les plus importants[2134]. On parle de transformer la conception exclusive des droits de l'homme basée sur l'imposition du standard occidental pour prendre véritablement en compte les regards d'autres sociétés en la matière[2135].

Enfin, le droit international humaniste se rejoindre à l'une des phrases exprimées par l'ancien Secrétaire général des Nations Unies, Ban Ki-moon, à l'égard du vingtième anniversaire de la Conférence mondiale de Vienne sur les droits de l'homme 1993, où il a bien précisé que « ce n'est que lorsque la dignité intrinsèque et l'égalité des droits de tous les êtres humains seront vraiment respectées que nous pourrons nous attendre à ce que la liberté, la justice et la paix règnent en ce monde »[2136].

[2131] Katérina STENOU, « Towards a New Paradigm. The Three Ds : Diversity, Dialogue, Development », *in* UNESCO, *Universal Declaration on Cultural Diversity : a vision, a conceptual platform, a pool of ideas for implementation, a new paradigm*, Op. Cit., p. 61 ; Thierry LETERRE, « L'Autre comme catégorie philosophique. Remarques sur les fondements métaphysiques et logiques de l'altérité », Op. Cit., pp. 67 – 83 ; et Danièle LOCHAK, « L'autre saisi par le droit », Op. Cit., p. 198.

[2132] Koïchiro MATSUURA, « Cultural Diversity : A Vision. The Cultural Wealth of the World is its Diversity Dialogue », Op. Cit., p. 3.

[2133] Alicia M. BARABAS, *Multiculturalismo, pluralismo cultural e interculturalidad en el contexto de América Latina : la presencia de los pueblos originarios*, Op. Cit., pp. 20 et 21.

[2134] Thomas FLEINER, « Quelques réflexions sur le discours contemporain des droits de l'homme », Op. Cit., p. 245.

[2135] UN, *Rapport de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée*, Déclaration de Durban, Op. Cit., § 7.

[2136] UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Déclaration et programme d'action de Vienne : 20 ans de travail pour vos droits*, 2013, Op. Cit., p. 5.

CONCLUSION TITRE I

L'universalisation des droits de l'homme est effectivement le résultat attendu par le droit international humaniste. La conception anthropocentriste du droit et la formation contractualiste de l'État laissent en évidence que l'action étatique est soumise aux intérêts et aux droits des humains. L'être humain et sa protection ont eu une montée dans la scène internationale, l'établissement d'une Charte internationale des droits de l'homme et d'un Code international à cet égard le démontrent. Cependant, les problèmes de l'humanité se sont étendu au-delà des États, et leurs solutions ont dépassé la capacité d'action des entités étatiques demandant, de plus en plus, l'action complémentaire et collective de la communauté humaine globale[2137].

Pour arriver pleinement à l'universalisation des droits de l'homme, il faut que le droit international humaniste s'intègre aux droits étatiques et puisse réussir une harmonisation des valeurs universelles protégées et garanties par les droits de l'homme. L'intégration de ces valeurs est déjà en cours, l'existence des phénomènes tels que la constitutionnalisation du droit, amenant l'identification des droits innomés, et la conventionnalisation du droit, avec la formation d'un bloc contraignant de conventionnalité[2138], aident à la construction du patrimoine commun des droits de l'homme.

Construire en commun n'est pas toujours une entreprise facile, moins s'il s'agit du patrimoine commun des droits de l'homme, parce qu'il y a toujours le risque que la vision de l'un des participants prime sur la vision de l'autre. C'est pourquoi il faut prendre au sérieux la construction du patrimoine commun à partir d'une conception de l'universel inclusif, garantissant la participation de toutes les civilisations de la communauté humaine et évitant que dans ce processus priment les conceptions individualistes de l'occident[2139], tel qu'il s'est passé dans la formation de la DUDH[2140]. La conception interculturelle des sociétés, fondée sur le respect de l'Autre[2141], c'est la seule qui peut permettre la construction d'un véritable patrimoine commun des droits de l'homme et la garantie de la paix et la justice mondiale[2142].

[2137] UN. GENERAL ASSEMBLY, *Fulfilling our collective responsibility : international assistance and the responsibility to protect*, Op. Cit., §§ 21 – 27.

[2138] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Op. Cit., p. 532.

[2139] Onuma YASUAKI, *A Transcivilizational Perspective on International Law : Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, Op. Cit., pp. 342 – 410 ; et Gérard COHEN-JONATHAN, « Les droits de l'homme, une valeur internationale », Op. Cit., p. 162.

[2140] Joseph YACOUB, *Les droits de l'homme : une œuvre collective de l'humanité*, Op. Cit., pp. 400 et 401.

[2141] Katérina STENOU, « Towards a New Paradigm. The Three Ds : Diversity, Dialogue, Development », *in* UNESCO, *Universal Declaration on Cultural Diversity : a vision, a conceptual platform, a pool of ideas for implementation, a new paradigm*, Op. Cit., p. 61 ; Thierry LETERRE, « L'Autre comme catégorie philosophique. Remarques sur les fondements métaphysiques et logiques de l'altérité », Op. Cit., pp. 67 – 83 ; et Danièle LOCHAK, « L'autre saisi par le droit », Op. Cit., p. 198.

[2142] UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Déclaration et programme d'action de Vienne : 20 ans de travail pour vos droits*, 2013, Op. Cit., p. 5.

TITRE II : Le contrôle de conventionnalité : le mécanisme pour l'universalisation des droits de l'homme

La légitimité d'un ordre juridique est mesurée par son effectivité[2143]. Le droit, en plus de s'énoncer doit se matérialiser[2144]. C'est pourquoi la construction théorique du nouveau système international normatif, prévu par le biais du droit international humaniste, reste incomplète si on n'analyse pas le mécanisme juridique qui sert à ses propos humanisants. On parle concrètement du *contrôle de conventionnalité qui, comme mécanisme pour la protection des droits de l'homme (Chapitre 1)*, est devenu le mécanisme propice du droit international humaniste pour réussir l'universalisation des droits qu'il protège.

En ce sens, il est indispensable de faire une analyse du progrès de l'universalisation des droits de l'homme, à travers *la vérification des systèmes de contrôle de conventionnalité au niveau universel et régional (Chapitre 2)*. Cela, afin de rendre compte du chemin déjà parcouru dans le droit international, et de celui qu'il faut parcourir pour arriver à un plein et véritable droit international humaniste.

[2143] Anthony ALLOT, *The Effectiveness of Laws*, Valparaiso University Law Review, 1981, Vol. 15, No. 2, pp. 229 – 242.

[2144] John TASIOULAS, *Human Rights, Legitimacy, and International Law*, The American Journal of Jurisprudence, 2013, Vol. 58, No. 1, pp. 1 – 25.

Chapitre 1 : Le contrôle de conventionnalité comme mécanisme de protection des droits de l'homme

Afin de bien comprendre de quoi il s'agit le contrôle de conventionnalité autant que de la manière par laquelle ce mécanisme développe sa fonction d'universalisation et de protection des droits de l'homme, il faut examiner *son concept et ses caractéristiques (Section 1)*, avant d'étudier *ses effets juridiques concrets (Section 2)*.

Section 1 : Le concept et les caractéristiques du contrôle de conventionnalité en matière des droits de l'homme

Pour la doctrine spécialisée des droits de l'homme, la Cour IDH est considérée la responsable de l'invention et du développement du contrôle de conventionnalité[2145]. En partant de cette prémisse, on va examiner *son évolution historique (§ 1)*, ainsi que ses *caractéristiques fondamentales (§ 2),* par le biais des révolutionnaires contributions interaméricaines au droit international en général, et aux systèmes de protection des droits de l'homme, en particulier[2146].

§ 1 : Son évolution historique

L'étude détaillée des principaux instruments régionaux des droits de l'homme (CEDH, CADH, CADHP) montrent bien, par rapport au concept et l'importance du contrôle de conventionnalité, que son évolution a parcouru plusieurs étapes, qu'on peut bien les regrouper en deux. La première, encadrée par *l'obligation de prendre des mesures générales en droit interne (A)*, et la deuxième, déterminée par *l'obligation d'harmoniser le droit interne avec le droit conventionnel (B)*. Tout cela, sans perdre de vue que l'évolution du contrôle de conventionnalité a été marquée par un travail d'interprétation et de construction jurisprudentielle, basée principalement sur le dialogue constant et réciproque des juges[2147].

[2145] Ernesto REY CANTOR, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008, pp. 167 – 171 ; Juan Carlos HITTERS, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2009, Año 7, No. 2, pp. 110 – 118 ; Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Op. Cit., pp. 531 – 537. Voir plus récemment, Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Chronique d'une théorie en vogue en Amérique Latine, décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité*, Op. Cit., pp. 831 – 863 ; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems) : Some Pertinent Questions*, Op. Cit., pp. 137 – 148 ; et Ariel E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court ? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, Texas International Law Journal, 2015, Vol. 50, No. 1, pp. 45 – 93.

[2146] Rene UREÑA, *Global Governance Through Comparative International Law ? : Inter-American Constitutionalism and The Changing Role of Domestic Courts in the Construction of the International Law*, Jean Monnet Working Paper Series, 2013, No. 21, pp. 1 – 36. Voir aussi, Antônio CANÇADO TRINDADE, *The Contribution of Latin American Legal Doctrine to The Progressive Development of International Law*, Op. Cit., pp. 68 – 89.

[2147] Andrew HURELL, *On Global Order : Power, Values and the Constitution of International Society*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 150 ; Manuel Eduardo GÓNGORA MERA, *Inter-American judicial constitutionalism*, Op. Cit., p. 10 ; Flávia PIOVESAN, *Direitos humanos e diálogo entre jurisdições*, Revista Brasileira de Direito Constitucional, 2012, No. 19, pp. 67 – 93 ; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Revista de derecho constitucional europeo, 2013, Año 10, No. 19, pp. 221 – 270 ; Ruddy

A. Première étape : l'obligation de prendre des mesures générales en droit interne

Bien que le principal outil pour le développement du contrôle de conventionnalité soit l'obligation des États d'adopter des mesures générales dans leurs ordres juridiques[2148], on constate qu'il s'agissait, jusque très peu de temps, *d'une obligation qui brillait par son absence (I)* dans la plupart des tribunaux régionaux des droits de l'homme, sauf dans la Cour IDH[2149]. Néanmoins, à partir des contributions jurisprudentielles provenant du droit interaméricain, cette *obligation devient plus que courante (obligatoire) (II)*, en permettant avec son apparition que les systèmes régionaux des droits de l'homme puissent trouver le chemin du progrès autant que celui de l'efficacité de la protection des êtres humains[2150].

I. Une obligation qui brillait longtemps par son absence d'application

Un petit bilan des principaux instruments régionaux des droits de l'homme (CEDH, CADH et CADHP), nous montre l'existence conventionnelle d'une obligation des États d'adopter dans leurs droits internes les mesures générales nécessaires y compris les législatives et constitutionnelles, afin de sauvegarder effectivement les droits de l'homme qu'ils consacrent[2151], mais il dévoile aussi une longue absence à l'égard de son application.

Néanmoins, avant de faire une lecture plus précise des normes établissant l'obligation d'adopter des mesures de droit interne, il faut mettre en contexte l'analyse normative à la lumière du droit des traités. Selon la CVDT, il est prescrit que « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi » (article 26). Ce qui interdit qu'une partie puisse « invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité » (article 27). Ainsi, d'après les orientations données par les normes internationales régissant le *pacta sunt servanda*, un État qui a voulu de bonne foi être lié par un traité a dû vérifier la situation de son droit interne pour savoir s'il est en accord aux obligations à acquérir ou s'il faut faire des amendements pour le rendre compatible[2152]. Quoi qu'il soit le résultat de

---

José FLORES MONTERREY, « The Dialogue between Judges in Distinguishing Constitutionality and Conventionality », *in* Carlos PÉREZ VÁSQUEZ et Javier HERNÁNDEZ VALENCIA (Coord.), *A Dialogue between Judges : Writings of the Summit of Presidents of Constitutional, Regional and Supreme Courts (Mexico 2012)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, pp. 79 – 100 ; et Annelen MICUS, *The Inter-American Human Rights System as a Safeguard for Justice in National Transitions : From Amnesty Laws to Accountability in Argentine and Peru*, Boston, Brill Nijhoff, 2015, pp. 415 et 419.

[2148] Miguel CARBONELL, « Introducción general al control de convencionalidad », *in* Luís Raúl GONZÁLEZ PÉREZ et Diego VALADÉS (Coord.), *El constitucionalismo contemporáneo : Homenaje a Jorge Carpizo*, México, Universidad Autónoma de México, 2013, pp. 70 y 71.

[2149] Daniel TODA CASTÁN, *The transformation of the Inter-American system for the protection of Human Rights : the structural impact of the Inter-American Court's case law on amnesties*, Venice, European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation, 2013, p. 12, 38 et 39.

[2150] Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems) : Some Pertinent Questions*, Op. Cit., p. 131.

[2151] Pour savoir plus sur la typologie des obligations des États voir, Olivier de SCHUTTER, *International Human Rights Law : Cases, Materials, Commentary*, New York, Cambridge University Press, 2010, pp. 242 – 257.

[2152] Voir sur le sujet, Mark E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the law of treaties*, Op. Cit., pp. 361 – 368 ; et Jean SALMON, « « Article 26, pacta sunt servanda », *in* Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (Dir.), *Les conventions de Vienne sur les droits des traités : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, t. II, pp. 1076 – 1115.

la vérification, l'État sait qu'après son engagement il ne peut pas excuser la non-exécution d'un traité par un motif d'incompatibilité de son droit[2153].

Dans ce cadre interprétatif, la CADH compte avec deux normes fondamentales pour réussir l'harmonisation des droits étatiques. D'une part, l'article 1.1 établissant que « les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale ». D'autre part, l'article 2 fixant que « si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les États parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention, les mesures législatives ou autres nécessaires pour donner effet auxdits droits et libertés ».

Pour sa part, la CADHP compte seulement avec l'article 1, par le biais duquel « les États membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, parties à la présente Charte, reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer ».

Enfin, la CEDH, compte avec l'article 1 qui établit que « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention », mais ne contient pas un article par rapport à l'obligation étatique d'adopter des mesures de droit interne.

On peut constater ainsi que des trois principaux instruments régionaux des droits de l'homme, la CADH et la CADHP contiennent d'une manière presque semblable l'obligation d'adopter des mesures générales de droit interne, et que le seul instrument régional où il n'existe pas cette obligation est la CEDH[2154]. En effet, une lecture attentive du contenu de la CEDH, tant avant qu'après les réformes structurelles portées par les Protocoles n° 11 et 14, laisse en évidence le manque capital de cette obligation ; manque que la Cour EDH a essayé de pallier en interprétant le nouvel article 46 de la CEDH, par une sorte de « contorsionnisme » interprétatif, dont il sera question d'analyse plus tard[2155].

Par rapport aux normes de la CADH, on observe que l'obligation d'adopter des mesures de droit interne contenue à l'article 2 est, dans le SIDH, le réflexe de « l'un des devoirs

---

[2153] Mark E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the law of treaties*, Op. Cit., pp. 369 – 375 ; et Annemie SCHAUS, « Article 27, droit interne et respect des traités », *in* Olivier CORTEN et Pierre KLEIN (Dir.), *Les conventions de Vienne sur les droits des traités : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, t. II, pp. 1119 – 1137.

[2154] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional : vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del caso Gelman Vs. Uruguay)*, Op. Cit., p. 676 ; et Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Chronique d'une théorie en vogue en Amérique Latine, décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité*, Op. Cit., p. 838. Voir aussi du même auteur, Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », Op. Cit., pp. 168 - 170.

[2155] On examinera de façon approfondie cette question dans le chapitre 2 de cette partie. En mettant l'accent sur la manière à travers laquelle la Cour EDH a interprété et appliqué l'article 46 de la CEDH pour ordonner aux États l'adoption des mesures générales de droit interne, se rapprochant ainsi à la déjà connue pratique de la Cour IDH avec l'exercice de son contrôle de conventionnalité.

conventionnels de majeure importance pour l'harmonisation du droit international des droits de l'homme avec la normativité interne »[2156]. D'après Ferrer Mac-Grégor et Pelayo Möller, cette obligation s'érige en complément des obligations génériques de « respecter » et de « garantir » les droits et libertés reconnus dans la Convention qui ont leur origine dans l'article 1.1, dans la mesure où elles peuvent, par elles-mêmes, engager la responsabilité internationale des États parties du Pacte de San José[2157].

L'importance de reconnaître une telle obligation dans un instrument international relatif à la sauvegarde des droits de l'homme est absolue. D'après l'ancien président de la Cour constitutionnelle colombienne, Monroy Cabra, en faisant référence à l'article 2 de la CADH, l'existence d'une telle « norme implique l'obligation des États d'adapter leur législation interne aux préceptes [des traités des droits de l'homme], de sorte qu'il ait une parfaite harmonie et congruence entre les normes internes et internationales qui y sont contenues »[2158].

Pour la Cour IDH, l'obligation de prendre des mesures générales en droit interne a un double volet, l'un positif et l'autre négatif. Le premier, demande des États l'obligation positive d'adopter toutes les mesures législatives ou autres nécessaires pour garantir le plein exercice des droits reconnus aux êtres humains. Tandis que le deuxième, demande l'obligation négative –ou d'abstention– aux États, d'éviter la promulgation des normes qui empêchent le libre exercice des droits, autant que l'obligation de ne pas supprimer ou modifier les normes juridiques qui les protègent[2159].

Pour sa part, l'article 1 de la CADHP dévoile aussi l'existence dans le SADHP de l'obligation d' « adopter des mesures législatives ou autres » pour appliquer les droits, devoirs et libertés énoncés dans la Charte. Cependant, si bien cette norme se ressemble au contenu de l'article 2 de la CADH, il faut savoir que l'article 1 des deux avant-projets de la CADHP, le « Mbaye Draft » et le « Dakar Draft »[2160], se rapprochait davantage de l'article 2 du Pacte de San José, lorsqu'ils contenaient, respectivement, les mots « *ensure* » et « *guarantee* »[2161],

---

[2156] Eduardo FERRER MAC-GREGOR et Carlos María PELAYO MÖLLER, « Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno », Op. Cit., p. 72.
[2157] Ibidem.
[2158] Marco Gerardo MONROY CABRA, « Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre derechos humanos. Pacto de San José », *in Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos humanos organizado por la Comisión Interamericana de abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*, Washington, OEA, 1980, p. 34.
[2159] COUR IDH, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50, y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Avis consultatif OC-13/93, 16 juillet 1993, § 26 ; *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 et 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Avis consultatif OC-14/94. Op. Cit., §§ 36 – 39 ; *Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 52, Op. Cit, § 207 ; *Affaire Durand et Ugarte Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 68, Op. Cit., § 137 ; et *Affaire « la dernière tentation du Christ » (Olmedo Bustos et autres) Vs. Chili*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 73, Op. Cit., § 85. Voir aussi, Richard GITTLEMAN, *The African Charter on Human and Peoples' Rights : A Legal Analysis*, Virginia Journal of International Law, 1982, Vol. 22, No. 4, p. 668.
[2160] Ce projet est le fruit de la réunion d'experts africains pour préparer une proposition de Charte africaine des droits de l'homme, convoquée par la décision 115 (XVI) de la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement, en sa seizième session ordinaire tenue à Monrovia – Liberia du 17 au 20 juillet 1979, et qui a eu lieu à Dakar du 28 novembre au 8 décembre 1979. Voir, Richard GITTLEMAN, *The African Charter on Human and Peoples' Rights : A Legal Analysis*, Op. Cit., p. 668.
[2161] L'article 1 du « Mbaye Draft » a été ainsi présenté : « 1. States Parties to this Charter undertake to respect the rights and freedoms recognised herein, and to **ensure** to all person subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms without any discrimination for reasons of race, colour, sex,

mais qui ont été supprimés de l'avant-projet final. Ce qui fait penser quelques auteurs, comme Richard Gittleman, qu'il n'est pas sûr que la CADHP ait voulu créer une obligation également contraignante pour les États membres que celle créée par l'article 2 de la CADH[2162].

Bien que l'effacement des mots « *ensure* » et « *guarantee* » de l'article 1 de la CADHP l'ont privé d'une force d'exécution majeure[2163], on peut voir que l'obligation qu'il prescrit se dédouble en deux exigences étatiques concrètes, l'une consistant à s'assurer que le droit interne soit compatible avec la CADHP, l'autre à remédier toute méconnaissance des droits et libertés protégés par le CADHP[2164]. De plus, on peut constater que cette obligation est sagement complétée par l'article 62 du même instrument en demandant que chaque État doit « présenter tous les deux ans », à compter de la date d'entrée en vigueur de la Charte, « un rapport sur les mesures d'ordre législatif ou autre », prises en vue de donner effet aux droits et libertés dans elle reconnus et garantis. Pour Emmanuel G. Bello, sans l'article 62 ce qui a été prescrit à l'article 1 de la CADHP serait « purement conceptuel ou fictif »[2165]. Sans doute le contenu de l'article 62 de la CADHP a rendu l'obligation d'adopter des mesures générales en droit interne « activement opérationnelle et fonctionnelle » dans le continent africain[2166].

Cependant, et bien que l'existence conventionnellement majoritaire de l'obligation de prise de mesures générales soit visible, elle est restée inactive ou en désuétude dans les tribunaux régionaux de protection des droits de l'homme durant plusieurs années. Parmi les trois tribunaux régionaux en fonctionnement actuel, c'est la Cour IDH en 1984, le premier à faire usage de l'obligation d'adopter des mesures générales de droit interne dans le but de protéger efficacement les droits reconnus à la CADH[2167]. Puis, elle a été suivie en 2004 par la Cour EDH[2168], et enfin, son état d'esprit a été adopté en 2013 par la Cour ADHP[2169]. Désormais, la pratique d'ordonner aux États l'adoption des mesures générales de droit interne a passé de la désuétude à l'usage courante, voire obligatoire, dans les trois systèmes régionaux de protection des droits de l'homme.

---

language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth or any other social condition ». « 2. Where the exercise of any of the rights or freedoms referred to in paragraph 1 is not already **ensured** by legislative or other provisions, the States Parties undertake to adopt, in accordance with their constitutional processes and the provision of this Charter, **such legislative or other measures as may be necessary to give effect to these rights and freedoms** ». 3. For the purpose of this Charter `person' means human being. OUA, *[Mbaye] Draft African Charter on Human and Peoples' Rights*, Doc. CAB/LEG/67/1, 1979. Pour sa part, l'article 1 du « Draft Dakar » s'est présenté de cette manière : « The States Parties shall recognise and shall **guarantee** the rights and freedoms stated in the present Convention and **shall undertake to adopt, in accordance with their constitutional provisions, legislative and other measures to give effect to rights and freedoms enshrined in this Convention** ». OUA, *African Charter on Human and Peoples' Rights*, Doc. CAB/LEG/67/3/Rev.1, 1979.

[2162] Richard GITTLEMAN, *The African Charter on Human and Peoples' Rights : A Legal Analysis*, Op. Cit., p. 688.

[2163] Ibidem.

[2164] Sandra SZUREK, « Article 1 », *in* Maurice KAMTO et Navanethem PILLAY, *La charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme*, Bruxelles, 2011, pp. 87 et 88.

[2165] Emmanuel G. BELLO, *The African Charter on Human and Peoples' Rights : A Legal Analysis*, Op. Cit., p. 149.

[2166] Ibidem.

[2167] COUR IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Avis consultatif OC-4/84, Op. Cit., § 25.

[2168] COUR EDH, *Affaire Broniowski Vs. Pologne*, Requête n° 31443/96, Op. Cit., § 194.

[2169] COUR ADHP, *Affaires Tanganyika Law Society & The Legal and Human Rights Centre et Révérend Christopher R. Mtikila Vs. Tanzanie*, Requêtes n°s 009/2011 et 011/2011, Op. Cit., § 108, et point résolutif No. 3.

II. Une obligation devenue plus que courante (obligatoire)

Dès années quatre-vingt, décennie dans laquelle la Cour IDH, appuyée sur l'article 2 de la CADH, a débouté son nouveau rôle, celui de décréter des incompatibilités normatives et d'émettre des injonctions concrètes aux États afin de réussir l'harmonie des ordres internes vis-à-vis du Pacte de San José et d'autres instruments interaméricains des droits de l'homme, cette pratique n'a pas cessé d'augmenter ainsi que de se perfectionner[2170].

Pour première fois, en 1984, dans le cadre d'un avis consultatif la Cour IDH a signalé sur la base de l'obligation d'adopter des mesures de droit interne, que la portée de l'article 2 de la CADH oblige à comprendre la fonction consultative avec un « critère étendu, visant également à rendre effectifs [les] droits et libertés »[2171]. À partir de cette décision, la Cour de San José commence à considérer qu'elle peut examiner la compatibilité des lois déjà en vigueur autant que des projets de lois[2172].

Par le biais de cette prémisse, en 1993, le tribunal interaméricain a indiqué qu'il y a plusieurs manières par lesquelles un État peut méconnaître un traité international comme la CADH. Selon le tribunal, les États peuvent le faire, soit en omettant l'adoption des normes auxquelles ils ont lié par l'article 2 de la CADH, soit en adoptant de dispositions qui ne sont pas en compatibilité avec ses exigences[2173]. Dans les deux cas, le résultat pour la Cour est le même : les États méconnaissent l'obligation d'adopter des mesures de droit interne. Cependant, pour la Cour si cette méconnaissance porte atteinte aux droits et libertés d'individus spécifiques, elle génère aussi la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[2174].

En 1997, ce qui avait été averti par la Cour dans ses avis consultatifs va être transmis à sa fonction contentieuse en uniformisant toute la jurisprudence interaméricaine. C'était spécifiquement, à l'occasion de l'affaire *Suárez Rosero Vs. Équateur*, que la Cour IDH va rappeler afin de prévenir la production de nouvelles violations des droits de l'homme, que « les États parties à la Convention ne peuvent pas édicter des mesures violatrices des droits et libertés dans elles reconnues »[2175]. À partir de ce raisonnement, la Cour a trouvé internationalement responsable à l'État défendeur par le fait d'avoir promulgué dans sa législation pénale « une norme qui prive une partie de la population carcérale d'un droit

---

[2170] En effet, dès le début de l'activité juridictionnelle de la Cour IDH, elle a exercé le contrôle de compatibilité normative entre les normes nationales, la CADH et les autres instruments interaméricains relatifs aux droits de l'homme. Voir, Juan Carlos HITTERS, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, Op. Cit., pp. 110 et 111 ; et Daniel TODA CASTÁN, *The transformation of the Inter-American system for the protection of Human Rights : the structural impact of the Inter-American Court's case law on amnesties*, Op. Cit., pp. 35 et 36.

[2171] COUR IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Avis consultatif OC-4/84, Op. Cit., § 25.

[2172] Ibid., § 29.

[2173] COUR IDH, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50, y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Avis consultatif OC-13/93, Op. Cit., § 26.

[2174] COUR IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 et 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Avis consultatif OC-14/94. Op. Cit., §§ 36 et 50.

[2175] COUR IDH, *Affaire Suárez Rosero Vs. Équateur*, Arrêt de fond, Série C n ° 35, Op. Cit., § 97.

fondamental », comme celui de la liberté de la personne, « en vertu de l'infraction qui lui est reprochée »[2176].

La Cour a noté aussi que l'exception contenue dans le Code Pénal de l'État défendeur (article 114 *bis*) méconnaît l'article 2 de la CADH, en ce que l'Équateur n'a pas pris des mesures juridiques internes adéquates pour mettre en œuvre le droit à la liberté personnelle[2177]. Tout de suite, le tribunal interaméricain a émis l'injonction d' « adopter les mesures nécessaires pour veiller que les violations comme celles qui ont été déclarées dans le présent jugement ne se reproduisent pas dans sa juridiction »[2178].

Avec le temps, dans le SIDH l'obligation d'adopter des mesures de droit interne a été tellement perfectionnée qu'elle est devenue courante dans les arrêts interaméricains. À septembre 2018, la Cour IDH a invoqué l'application de cette obligation dans 88 de ses arrêts, en étudiant dans chacun d'entre eux la compatibilité de l'ordre juridique étatique avec la CADH et les autres instruments interaméricains des droits de l'homme[2179]. Parmi les décisions adoptées par la Cour IDH se trouvent d'une part, la déclaration de compatibilité du droit interne et par corollaire, l'exonération de l'État de la responsabilité internationale pour fait illicite[2180]. D'autre part, la déclaration d'incompatibilité de l'ordre interne avec le droit interaméricain des droits de l'homme, en émettant la correspondante injonction de suppression, modification ou l'amendement normatif tant des normes législatives[2181] que des normes constitutionnelles[2182].

Pour sa part, à Strasbourg, malgré le retard de vingt ans qu'a pris l'Europe sur le sujet, la Cour EDH a commencé à suivre la pratique interaméricaine pour essayer de mettre au même niveau du SIDH son propre système de protection. Il faut savoir qu'avant le 2004, la Cour EDH était saisie, avec une fréquence surprenante des violations répétitives qui révélaient, à sa fois, des problèmes sous-jacents et structurels du droit étatique et qui augmentaient, par conséquent, le nombre d'affaires à traiter par cet organe[2183]. Cependant, en Europe, à différence de l'Amérique, la préoccupation qui a catapulté

[2176] Ibid., § 98. Dans ce cas-là, d'appartenir au groupe des personnes sanctionnées par la loi équatorienne sur les stupéfiants et les substances psychotropes.
[2177] Ibid., § 99.
[2178] Ibid., § 106.
[2179] COUR, IDH, *Basse de données d'affaires*, Cour IDH, 2018, Disponible [En ligne], http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es (29 septembre 2018).
[2180] COUR IDH, *Affaire Granier et autres (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 293, 22 juin 2015, § 390 ; *Affaire Quispialaya Vilcapoma Vs. Pérou,* Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 308, 23 novembre 2015, §§ 219 – 239, et point résolutif No. 5.
[2181] COUR IDH, *Affaire Norín Catrimán et autres (Dirigeants, membres et activistes du peuple indigène Mapuche) Vs. Chili*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 279, 29 mai 2014, § 436, et point résolutif No. 20 ; *Affaire Omar Humberto Maldonado Vargas et autres Vs. Chili,* Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 300, 2 septembre 2015, §§ 142 et 170, et points résolutifs Nos. 2 et 9 ; et *Affaire Communauté Garífuna de Punta Piedra et ses Membres Vs. Honduras*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 304, 8 octobre 2015, §§ 206, 211, 220 – 224, 343 – 346, et points résolutifs Nos. 4 et 5.
[2182] COUR IDH, *Affaire « la dernière tentation du Christ » (Olmedo Bustos et autres) Vs. Chili*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 73, Op. Cit., §§ 85 – 90, et points résolutifs Nos. 3 et 4 ; et *Affaire Personnes dominicaines et haïtiennes expulsées Vs. Haïti*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 282, Op. Cit., § 469, et point résolutif No. 19.
[2183] COMITÉ DES MINISTRES, *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, 1er Rapport annuel du Comité des Ministres 2007, Op. Cit., p. 12.

l'application progressive de l'obligation d'adopter des mesures de droit interne a été plus quantitative que qualitative[2184], dans la mesure où le but recherché par la Cour fut l'amélioration de l'engorgement du SEDH, provoqué, en grande partie, par le dysfonctionnement du droit interne des États[2185].

Ainsi, il a été une nouveauté dans la jurisprudence strasbourgeoise l'indication aux États des mesures générales à prendre, parce qu'avant des arrêts nécessitant une « surveillance soutenue » à l'exécution, la Cour EDH était toujours réticente à recommander cette sorte de mesures. D'après Abrisketa Uriarte, cet aspect commence à transformer la Cour de Strasbourg « dans un pouvoir normatif particulier, dans un « législateur positif » qui dit à l'État comment doit légiférer »[2186]. Néanmoins, et en reconnaissant ces avancées, on voit qu'à la différence de la Cour IDH, la Cour EDH reste encore timide dans l'émission d'injonctions étatiques afin de corriger les incompatibilités normatives des droits internes vis-à-vis de la CEDH et ses protocoles additionnels.

Dans le continent africain, pour sa part, nonobstant la jeunesse de son système de protection des droits de l'homme, l'obligation de prendre des mesures générales en droit interne est déjà reconnue pour la Cour ADHP. En effet, la Cour d'Arusha les années 2013, 2014 et 2016 a fait la mise à jour du système africain, en conduisant sur le sujet, l'Afrique presque au même niveau interaméricain.

En 2013, à l'occasion d'une affaire électorale en Tanzanie a « [ordonné] au défendeur de prendre toutes les mesures constitutionnelles, législatives et autres dispositions utiles dans un délai raisonnable, afin de mettre fin aux violations constatées »[2187]. En 2014, au cours d'une affaire sur la violation de la liberté d'expression d'un journaliste au Burkina Faso, la Cour a décidé que l'État défendeur devait comme mesure générale « modifier sa législation sur la diffamation afin de la rendre compatible avec l'article 9 de la Charte, l'article 19 du Pacte et l'article 66.2 (c) du Traité révisé de la CEDEAO »[2188]. Pour sa part, en 2016, en étudiant la compatibilité de la loi électorale ivoirienne, la Cour ADHP a décidé d'ordonner à la Côte d'Ivoire, comme mesure générale, « de modifier la Loi No. 2014-335 du 18 juin 2014 relative à la Commission Électorale Indépendante pour la rendre conforme aux instruments […] auxquels [elle] est partie »[2189], principalement à « l'article 17 de la Charte africaine sur la démocratie et l'article 3 du Protocole de la CEDEAO sur la démocratie »[2190] et « l'article 10(3)

[2184] Joana ABRISKETA URIARTE, *Las sentencias piloto : el tribunal europeo de derechos humanos, de juez a legislador*, Revista española de Derecho Internacional, 2013, Vol. LXV, p. 87 ; Dominik HAIDER, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Op. Cit., pp. 24 – 28 ; et CONSEIL DE L'EUROPE, *CEDH : mise en œuvre et contrôle. Garantir l'efficacité de la Convention européenne des droits de l'homme*, Op. Cit., pp. 73 et 83.

[2185] Dominik HAIDER, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 29. Voir aussi, ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Résolution 1516(2006), 2 octobre 2006, § 10.

[2186] Joana ABRISKETA URIARTE, *Las sentencias piloto : el tribunal europeo de derechos humanos, de juez a legislador*, Op. Cit., p. 83.

[2187] COUR ADHP, *Affaires Tanganyika Law Society & The Legal and Human Rights Centre et Révérend Christopher R. Mtikila Vs. Tanzanie*, Requêtes n°s 009/2011 et 011/2011, Op. Cit., point résolutif No. 3.

[2188] COUR ADHP, *Affaire Lohé Issa Konaté Vs. Burkina Faso*, Requête n° 004/2013, Op. Cit., point résolutif No. 8.

[2189] COUR ADHP, *Affaire Action pour la protection des droits de l'homme (APDH) Vs. Côte d'Ivoire*, Requête n° 001/2014, Op. Cit., point résolutif No. 7.

[2190] Ibid., § 135.

de la Charte africaine sur la démocratie et l'article 3(2) de la Charte des droits de l'homme »[2191].

L'usage progressif de l'obligation de prendre des mesures générales en droit interne dans les continents américain, européen et africain, va donner lieu, surtout, dans le SIDH, à une obligation plus spécifique des États parties des instruments régionaux des droits de l'homme. C'est l'obligation d'harmoniser le droit interne avec le droit conventionnel sur la matière, affinant l'obligation générale consacrée aux articles 1 de la CADH et de la CADHP.

B. Deuxième étape : l'obligation d'harmoniser le droit interne avec le droit conventionnel

Le SIDH est le plus approprié pour décrire la deuxième étape de l'évolution historique du contrôle de conventionnalité, caractérisée par le développement de l'obligation d'harmoniser le droit interne avec le droit conventionnel. Cette obligation, on peut la trouver dans les deux versions qui correspondent, pour chacune d'entre elles, à des rôles du contrôle de conventionnalité, conçu et construit par la Cour IDH. La première, correspond à une *version répressive (I)* à travers laquelle la Cour IDH émettait des injonctions exclusivement punitives ou de sanction. Dans cette version, l'objectif de la Cour IDH état la répression des États par leur manquement à l'obligation d'adopter des mesures normatives en droit interne. La seconde version, correspond à une *variante constructive (II)*, encadrée par un objectif plus pédagogique que punitif, où le plus important pour la Cour est d'aider les États à surmonter les problèmes normatifs du droit interne ainsi que les pratiques administratives ou judiciaires des autorités étatiques, lesquels, en fin de compte, sont la cause des violations fréquentes et répétitives des droits de l'homme.

I. La version répressive du contrôle de conventionnalité

Autour de l'obligation d'harmoniser le droit interne avec le droit conventionnel, la Cour IDH a construit le concept de contrôle de conventionnalité lui donnant une mission classique de « ne pas appliquer les règles de droit interne contraires au Pacte de San José de Costa Rica et à la doctrine créée par la propre Cour interaméricaine »[2192]. Depuis 1984, la Cour a édifié les bases de la version répressive du contrôle de conventionnalité l'enrichissant de manière progressive et permanente[2193]. Cette version du contrôle cherche à identifier les normes incompatibles avec le droit conventionnel, et le cas échéant, à écarter les normes étatiques inconventionnelles, devenant inapplicables dans l'État en question en tant qu'invalides[2194].

[2191] Ibid., § 151.

[2192] Néstor Pedro SAGÜÉZ, *Nuevas fronteras del control de convencionalidad : el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad*, Revista de Investigações Constitucionais, 2014, Vol. 1, No. 2, p. 24.

[2193] Néstor Pedro SAGÜÉS, « El « control de convencionalidad » en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo », Op. Cit., p. 384.

[2194] Voir, COUR IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Avis consultatif OC-4/84, Op. Cit., §§ 25 – 29 ; et *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50, y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Avis consultatif OC-13/93, Op. Cit., § 26.

Dans l'affaire *Almonacid Arellano*, la Cour IDH a signalé que l'article 2 de la CADH a la fonction de faciliter le travail du pouvoir judiciaire, afin que l'applicateur de la loi ait un choix clair pour résoudre un cas particulier[2195]. Ainsi, si le législateur ne parvient pas à supprimer ou à éviter l'adoption des lois contraires à la CADH, le pouvoir judiciaire est lié à la garantie des droits prévue à l'article 1.1 du Pacte de San José. Par conséquent, les membres de ce pouvoir doivent « s'abstenir d'appliquer toutes les normes contraires [à la CADH] »[2196].

La Cour a aussi affirmé, qu'elle « est consciente que les juges et les tribunaux internes sont soumis à l'empire de la loi et sont obligés, pour ce fait, d'appliquer les dispositions en vigueur dans l'ordre juridique »[2197]. Pour la Cour, « lorsque l'État a ratifié un traité international comme la CADH, ses juges, comme partie de l'appareil de l'État, sont également soumis à cet instrument, ce qui les contraint à veiller à ce que les effets des dispositions conventionnelles ne soient pas malmenés par l'application des normes contraires à son objet et son but, et que dès le début ces normes n'aient aucun effet juridique »[2198].

Le rôle répressif qui encadre la mission classique de ce qu'aujourd'hui on connaît comme contrôle de conventionnalité, sanctionne d'une part, l'inactivité étatique, lorsque son organe législatif n'a pas légiféré, et d'autre part, la négligence de l'État, quand le législateur a légiféré mais de manière erronée ; dans ce cas et ainsi selon la Cour, les membres du pouvoir judiciaire ont l'obligation de garantir les droits de l'homme par l'inapplication de toutes les normes réglementaires, législatives ou constitutionnelles, contraires à la CADH et à la jurisprudence de la Cour IDH, par le fait que ces normes, dès le début, manquent de tout effet juridique.

Dans une autre affaire, peut-être l'une des plus énigmatiques du SIDH, par le fait que la Cour IDH a demandé l'inapplication d'une norme constitutionnelle, normes que d'ailleurs sont considérées dans la plupart des États Latino-Américains comme des normes supérieures de l'ordre juridique interne, on voit visiblement l'application de la version répressive du contrôle de conventionnalité. C'est l'affaire *La dernière tentation du Christ Vs. Chili*, dans laquelle la Cour IDH a trouvé incompatible aux standards sur la liberté d'expression de l'article 13 de la CADH l'article 19.12 de la Constitution chilienne, pour maintenir en vigueur la censure cinématographique dans le droit national[2199].

La Cour de San José, en mettant en pratique la version répressive du contrôle de conventionnalité combinée avec l'obligation étatique d'harmoniser le droit interne, a d'abord reproché la négligence de l'État pour « [manquer] aux obligations générales de respecter et de garantir les droits protégés par la Convention et d'adapter la législation nationale à ses dispositions, inscrites dans les articles 1.1 et 2 de la Convention américaine »[2200]. Par la suite, la Cour a pu ordonner la modification de la Constitution « dans un délai raisonnable, afin d'éliminer la censure préalable pour permettre la diffusion du film « la dernière tentation du Christ » »[2201].

[2195] COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit. § 123.
[2196] Ibidem.
[2197] Ibid., § 124.
[2198] Ibidem.
[2199] COUR IDH, *Affaire « la dernière tentation du Christ » (Olmedo Bustos et autres) Vs. Chili*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 73, Op. Cit., § 88.
[2200] Ibid., § 90.
[2201] Ibid., point résolutif No. 4.

Avec cette affaire on a vu dans sa splendeur la version répressive ou punitive du contrôle de conventionnalité, ordonnant l'extraction de l'ordre juridique interne de la norme inconventionnelle. Néanmoins, l'enrichissement progressif du concept du contrôle va donner lieu à l'application d'une variante pédagogique et constructive de la conventionnalité du droit[2202].

II. La variante constructive du contrôle de conventionnalité

La conventionnalité du droit constitue l'un des chaînons d'un mouvement juridique plus large où le droit international public est précurseur : la globalisation du droit[2203]. Le chaînon de la conventionnalité du droit est postérieur à celui de la constitutionnalisation, mais tous les deux gardent des ressemblances. Néstor Sagüéz, trouve que les deux contrôles (constitutionnalité et conventionnalité) gardent des ressemblances, de connexions étroites[2204]. Selon Sagüéz, le contrôle de conventionnalité ainsi que le contrôle de constitutionnalité a un rôle constructif ou positif qui procure le « recyclage » du droit infraconventionnel ou du droit infraconstitutionnel, selon le cas[2205]. Ce recyclage tant dans la constitutionnalisation que dans la conventionnalisation du droit exerce une fonction « prophylactique » afin de sauvegarder au maximum les normes juridiques nationales à travers la doctrine de l'interprétation conforme[2206].

La version constructive du contrôle de conventionnalité, à différence de la répressive qui écarte de premier plan la norme inconventionnelle, pour lui faire manquer tout effet juridique[2207], applique le droit interne « en consonance ou en conformité avec le Pacte de San José et la jurisprudence de la Cour [IDH] »[2208]. Ainsi, toutes les autorités étatiques, avant de rejeter une norme nationale pour être inconventionnelle, doivent se plonger dans les interprétations possibles de cette norme, en écartant les interprétations qui sont contraires à la CADH, les autres instruments interaméricains des droits de l'homme applicables dans l'État et la jurisprudence de la Cour IDH, pour préférer celles qui sont en compatibilité[2209].

[2202] Néstor Pedro SAGÜÉS, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la « constitución convencionalizada »*, Anuario Parlamento y Constitución, 2011, No. 14, p. 147.

[2203] Voir, Willem Van GUNUGTEN, *Public International Law : A Forerunner in the Field of Global(ization of) Law*, Tilburg Law Review, 2012, Vol. 17, No. 2, pp. 159 – 167 ; et Hans LINDAHL, *Legal Order and the 'Globality' of Global Law*, Op. Cit., pp. 168 – 176.

[2204] Néstor Pedro SAGÜÉS, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la « constitución convencionalizada »*, Op. Cit., pp. 149 – 151.

[2205] Ibid., p. 145. Voir aussi, Rene UREÑA, *Global Governance Through Comparative International Law ? : Inter-American Constitutionalism and The Changing Role of Domestic Courts in the Construction of the International Law*, Op. Cit., p. 6.

[2206] Néstor Pedro SAGÜÉS, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la « constitución convencionalizada »*, Op. Cit., p. 145. Voir aussi du même auteur, Néstor Pedro SAGÜÉS, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2010, Año 8, No. 1, p. 131.

[2207] COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit. § 124.

[2208] Néstor Pedro SAGÜÉS, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la « constitución convencionalizada »*, Op. Cit., p. 149.

[2209] COUR IDH, *Affaire Radilla Pacheco Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 209, Op. Cit., § 340.

À partir de l'année 2009, avec l'affaire *Radilla Pacheco*, le tribunal de San José a déterminé que dans l'exercice du contrôle de conventionnalité, il est nécessaire de la part des autorités étatiques et vis-à-vis des normes internes, de réaliser des interprétations constitutionnelles et législatives conformes à la CADH et aux principes établis par sa jurisprudence[2210]. Ce qui implique pour les autorités étatiques que, dans l'exercice de leurs fonctions, elles doivent « réfléchir, interpréter et faire fonctionner tout le droit interne, conformément aux lignes directrices du Pacte de San José de Costa Rica, et de la jurisprudence de la [Cour IDH] »[2211].

Dans cette version constructive, toutes les autorités étatiques au moment d'exercer le contrôle de conventionnalité sont censées effectuer deux procédures. La première, consistant à faire une sélection d'interprétations du droit interne, en préférant l'interprétation de la norme la plus compatible avec la CADH, les instruments interaméricains pertinents au cas particulier et applicables à l'État défendeur, ainsi que de la jurisprudence développée par la Cour IDH sur la matière, en écartant, par corollaire, toutes les interprétations incompatibles de la norme interne[2212]. Jusqu'ici, l'autorité étatique exerce un important labeur vu qu'elle essaie de sauver, avec une adéquate interprétation, une interprétation « conventionnalisée », la norme interne[2213].

La deuxième procédure, pour sa part, demande un comportement plus actif des autorités étatiques, dans la mesure où les autorités sont invitées à construire de nouvelles interprétations. Pour Néstor Sagüéz, cela se fait par la voie d'une « mutative interpretations » : par *addition*, quand l'autorité ajoute un élément à la norme pour la faire compatible ; par *soustraction*, lorsque l'autorité enlève de la norme interne un élément qui la rendait inconventionnelle ; et enfin par une interprétation *mixte*, d'addition et de soustraction à la fois, lorsque l'autorité voit nécessaire pour réussir la compatibilité de la norme, d'apporter un élément nouveau autant que soustraire un élément antérieur[2214].

Les deux versions du contrôle de conventionnalité construit jurisprudentiellement par la Cour IDH (l'une négative ou répressive et l'autre positive ou constructive), ont favorisé l'établissement d'un graduel et véritable *ius commune* interaméricain à travers la mise en œuvre d'une « communication transjudiciaire » entre le droit national et le droit interaméricain des droits de l'homme[2215]. Cette communication a donné lieu à la création d'une « constitution conventionnalisée », et par conséquent, d'un droit interne aussi

---

[2210] Ibidem. Voir aussi, COUR IDH, *Affaire communauté indigène Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, Arrêt de fond, réparation, frais et dépens, Série C n ° 214, Op. Cit., § 311 ; *Affaire Fernández Ortega et autres Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 215, Op. Cit., § 179 ; *Affaire Rosendo Cantú Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 216, 31 août 2010, § 220 ; et *Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 220, Op. Cit., § 233.

[2211] Néstor Pedro SAGÜÉZ, *Nuevas fronteras del control de convencionalidad : el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad*, Op. Cit., p. 24.

[2212] Ibid., p. 25.

[2213] Rene UREÑA, *Global Governance Through Comparative International Law ? : Inter-American Constitutionalism and The Changing Role of Domestic Courts in the Construction of the International Law*, Op. Cit., pp. 5 – 10.

[2214] Néstor Pedro SAGÜÉZ, *Nuevas fronteras del control de convencionalidad : el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad*, Op. Cit., p. 25.

[2215] Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems) : Some Pertinent Questions*, Op. Cit., p. 127. Voir aussi, Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Op. Cit., pp. 97 – 103.

conventionnalisé[2216]. Le dialogue juridique transjudiciaire a permis la mise en place d'un ordre juridique national « épuré » de ses éléments inconventionnels et « recyclé » conformément à la CADH, aux autres instruments interaméricains relatifs aux droits de l'homme et à la jurisprudence de la Cour IDH[2217].

De plus, le contrôle de conventionnalité a des caractéristiques fondamentales qui le rendent différent d'autres mécanismes de protection des droits. Ces caractéristiques, déterminent la portée et les particularités du contrôle de conventionnalité tel qu'il a été développé par les tribunaux régionaux des droits de l'homme, principalement, par la Cour interaméricaine.

§ 2 : Ses caractéristiques fondamentales

Le contrôle de conventionnalité, conçu et développé progressivement par la Cour IDH, est caractérisé pour être un *contrôle obligatoire et général (A)* afin d'accomplir ses objectifs le plus efficacement possible. Néanmoins, la réalisation effective du contrôle de conventionnalité exige la participation et la volonté des États autant que de leurs autorités. C'est pourquoi le contrôle de conventionnalité se caractérise aussi pour être *concentré et diffus (B)* dans la mesure où ce n'est pas seulement la Cour IDH qui contrôle la conventionnalité du droit étatique[2218]. Aujourd'hui, grâce au développement vécu par le contrôle de conventionnalité durant la dernière décennie, les juges nationaux et les autres autorités étatiques, sont obligés de vérifier, dans l'exercice habituel de leurs fonctions, la conventionnalité du droit interne[2219].

A. Un contrôle obligatoire et général

Le contrôle de conventionnalité, idée développée comme mécanisme pour la protection des droits de l'homme au niveau étatique et au niveau international, est devenu tellement obligatoire que ses fonctions sont *une question de résultat (I)*. Nonobstant, les caractéristiques fondamentales du contrôle de conventionnalité l'ont rendu un mécanisme général applicable à tous les cas et par toutes les autorités, ce qui démontre que sa généralité est aussi *une question d'effectivité (II)*.

I. L'obligatoriété du contrôle, une question de résultat

[2216] Néstor Pedro SAGÜÉS, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la « constitución convencionalizada »*, Op. Cit., pp. 149 – 152.
[2217] Ibid., p. 150.
[2218] Daniel TODA CASTÁN, *The transformation of the Inter-American system for the protection of Human Rights : the structural impact of the Inter-American Court's case law on amnesties*, Op. Cit., p. 34.
[2219] Voir sur ce développement, COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit. § 124 ; *Affaire Travailleurs licenciés du Congrès (Aguado Alfaro et autres) Vs. Pérou*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 158, Op. Cit., § 128, *Affaire Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 186, 12 août 2008, § 180 ; *Affaire Vélez Loor Vs. Panamá*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 218, 23 novembre 2010, § 287 ; *Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 220, Op. Cit., § 225 ; et *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Arrêt de fond et réparations, Série C n ° 221, Op. Cit, § 239.

Le contrôle de conventionnalité naît des obligations générales de respecter et de garantir les droits assurés, acquises par les États au moment de devenir partie d'un instrument international de protection des droits de l'homme. Ces obligations, en termes généraux, sont communes dans les trois systèmes régionaux de protection en fonctionnement.

La CEDH, par exemple, assure dans son préambule que les « gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, [sont résolus] à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle »[2220].

Tout de suite, le même instrument dans son article 1 affirme que toutes les Hautes Parties contractantes ont l'obligation de respecter les droits de l'homme, dans la mesure où elles « reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés au titre I de la présente Convention »[2221].

De la même manière, la CEDH assure l'accomplissement de ces droits et libertés, lorsqu'elle affirme dans son article 46 que « les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties »[2222].

La CADH contient, elle aussi, mais de manière plus explicite, les obligations générales de respecter et de garantir les droits. Dans son article 1.1, il est prévu que « les États parties s'engagent à respecter les droits et les libertés reconnues dans la présente Convention »[2223], ainsi qu'en « garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou autre condition sociale »[2224].

De plus, la CADH, à différence de la CEDH, contient dans son article 2 l'obligation générale d'adopter des mesures de droit interne pour renforcer les obligations de respecter et garantir les droits. Pour faire de ces obligations une réalité, la CADH a établi pour les États une obligation supplémentaire qui devient indispensable au cas où l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres y compris les constitutionnelles[2225] : « les États parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention, les mesures législatives ou autre nécessaires pour effet auxdits droits et libertés »[2226].

À ces deux obligations substantielles, on ajoute les obligations procédurales admises par les États américains parties à la CADH. Il s'agit des obligations d'accepter que les arrêts de

---

[2220] Paragraphe 6.
[2221] Article 1.
[2222] Article 46.1.
[2223] Article 1.1.
[2224] Ibidem.
[2225] Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *Symposium : The Constitutionalization of International Law in Latin America Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 94.
[2226] Article 2.

la Cour soient définitifs et sans appel[2227] autant que de « se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige où ils sont en cause »[2228].

Pour sa part, la CADHP, dans son Préambule et dans ses articles 1 et 2, contient les obligations générales de respecter et garantir les droits. Le Préambule de la CADHP, très déterminé par la cosmovision africaine des droits collectifs et des peuples, assure que les États africains membres de l'UA « reconnaissent que d'une part, les droits fondamentaux de l'être humain sont fondés sur les attributs de la personne humaine, ce qui justifie leur protection internationale et que d'autre part, la réalité et le respect des droits du peuple doivent nécessairement garantir les droits de l'homme »[2229].

Également, il confirme que les États « convaincus qu'il est essentiel d'accorder désormais une attention particulière au droit au développement, que les droits civils et politiques sont indissociables des droits économiques, sociaux et culturels, tant dans leur conception que dans leur universalité, et que la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels garanti la jouissance des droits civils et politiques »[2230].

Pour sa part, les deux premiers articles de la CADHP établissent, en premier lieu, que tous les États parties « reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer »[2231]. En deuxième lieu, ils expriment que « toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente Charte sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation »[2232]. Le Protocole relatif à la CADHP portant création de la Cour ADHP, prévoit que les États parties ont l'obligation de « se conformer aux décisions rendues par la Cour [ADHP] dans tout litige où ils sont en cause et à en assurer l'exécution dans le délai fixé par la Cour »[2233] ; il en sera ainsi de l'obligation qui découlera pour un État partie reconnu internationalement responsable pour fait illicite.

Cependant, et bien qu'il existe un cadre juridique semblable dans les trois systèmes régionaux de protection, c'est le SIDH qui plus a développé les caractéristiques d'obligatoriété et de généralité du contrôle de conventionnalité grâce à la jurisprudence de la Cour IDH. En effet, tel qu'il est reconnu par Nogueira Alcalá, dans le SIDH, les obligations contenues par le droit international conventionnel, particulièrement lorsqu'il s'agit des droits de l'homme, « constituent pour les juges le droit directement applicable et avec caractère prioritaire devant les normes juridiques »[2234]. Cela, dans la mesure où le tribunal interaméricain intègre à sa jurisprudence les articles 26 et 31.1 de la CVDT, en ce qui correspond, comme déjà évoqué, à l'application des traités de bonne foi, et l'article 27 du même instrument, sur le principe *pacta sunt servanda*[2235].

[2227] Article 67.
[2228] Article 68.
[2229] Paragraphe 6.
[2230] Paragraphe 8.
[2231] Article 1.
[2232] Article 2.
[2233] Article 30.
[2234] Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en período 2006 – 2011*, Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2012, Año 10, No. 2, p. 65.
[2235] Ibidem.

La Cour IDH a, dans son avis consultatif sur la responsabilité internationale des États pour l'expédition et l'application des lois contraires à la CADH, expliqué que « selon le droit international, toutes les obligations internationales imposées par celui-ci doivent être accomplies de bonne foi, et le droit interne ne peut pas être invoqué pour justifier leur méconnaissance »[2236]. De la même manière, la Cour a manifesté que d'après « le droit des gens, une norme coutumière prévoit qu'un État qui a signé un accord international doit introduire dans son droit interne les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des obligations assumées »[2237]. Il s'agit du *principe allant de soi* qui a été qualifié par la jurisprudence internationale comme un principe évident[2238].

Par ailleurs, la Cour IDH a établi que l'obligation de garantir les droits reconnus par la CADH à toutes les personnes, implique « le devoir des États parties d'organiser tout l'appareil gouvernemental et, en général, toutes les structures à travers lesquelles l'exercice de la puissance publique se manifeste, afin qu'ils soient capables d'assurer juridiquement le libre et plein exercice des droits de l'homme »[2239]. Ainsi, les États doivent prévenir, enquêter et punir toute transgression de la CADH, rétablir, si possible, le droit méconnu, et si nécessaire, réparer les dommages causés par la violation des droits de l'homme[2240]. Pour la Cour, l'obligation de garantir les droits ne se limite pas « à l'existence d'un ordre juridique destiné à rendre possible l'accomplissement de cette obligation, mais elle implique la nécessité d'une conduite gouvernementale de veiller l'existence, réelle, d'une garantie efficace du libre et plein exercice des droits de l'homme »[2241].

En ce sens, la jurisprudence de la Cour IDH a souligné qu'il existe une relation étroite entre la mise en place d'un ordre juridique adéquat pour l'accomplissement des obligations internationales et la conduite des autorités étatiques. Dans l'affaire *Garrido et Baigorria Vs. Argentine*, la Cour a précisé que la CADH « établit l'obligation de chaque État partie d'adapter son droit interne aux dispositions de ladite Convention, pour garantir les droits qui y sont consacrés »[2242]. Cette obligation n'est pas simple mais qualifiée, dans la mesure où « les mesures de droit interne doivent être effectives »[2243]. Pour la Cour, les mesures de droit interne adoptées « sont effectives quand la communauté, en général, adapte son comportement aux règles de la Convention »[2244].

Tout ce qui précède est complété dans le SIDH par l'article 2 de la CADH et l'interprétation qu'en a fait la jurisprudence de la Cour IDH. En effet, selon cet article « si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions

---

2236 COUR IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 et 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Avis consultatif OC-14/94. Op. Cit., § 35.
2237 COUR IDH, *Affaire Garrido et Baigorria Vs. Argentine*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 39, Op. Cit., § 68 ; et *Affaire « la dernière tentation du Christ » (Olmedo Bustos et autres) Vs. Chili*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 73, Op. Cit., § 87.
2238 CPJI, *Affaire sur l'échange des populations grecques et turques*, Avis consultatif, 21 février 1925, Série B n ° 10, p. 20.
2239 COUR IDH, *Affaire Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Arrêt de fond, Série C n° 4, Op. Cit., § 166.
2240 Ibidem.
2241 Ibid., § 167. Voir aussi, A*ffaire Massacre de Pueblo Bello Vs. Colombie*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 140, 31 janvier 2006, § 142.
2242 COUR IDH, *Affaire Garrido et Baigorria Vs. Argentine*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 39, Op. Cit., § 68.
2243 Ibid., § 69.
2244 Ibidem.

législatives ou autres, les États parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention, les mesures législatives ou autres nécessaires pour effet auxdits droits et libertés ».

Cela implique, de la part des États parties, l'adoption réelle des mesures sur deux fronts ; d'une part, « la suppression des normes et des pratiques de n'importe quelle nature qui entraînent la violation des garanties prévues par la Convention » ; et d'autre part, « l'émission des règles et le développement de pratiques conduisant à l'application effective de ces garanties »[2245].

Concrètement, et selon la jurisprudence de la Cour interaméricaine, l'obligation encadrée par l'article 2 conventionnel implique le devoir étatique d'adapter tout l'ordre juridique interne à la CADH, c'est-à-dire dès le texte constitutionnel jusqu'à la dernière et inférieure disposition législative, administrative et judiciaire[2246]. Également, cette obligation de résultat comporte le devoir d'abstention des autorités étatiques, celles-ci étant par conséquent, obligées à ne pas appliquer toute norme juridique interne inconventionnelle, comme dans le cas des affaires connues sur l'utilisation de la peine de mort[2247] ou l'application des lois d'amnistie, permettant l'impunité des responsables des violations des droits de l'homme[2248]. La méconnaissance du devoir d'abstention par les autorités étatiques et par corollaire, l'application des normes contraires à la CADH autant que d'autres instruments interaméricains relatifs aux droits de l'homme, « donne lieu à la responsabilité internationale de l'État »[2249].

L'obligatoriété du contrôle de conventionnalité vient à être complémentée par sa généralité, ce qui l'a transformé progressivement en un mécanisme effectif pour l'harmonisation juridique des droits nationaux.

II. La généralité du contrôle, une question d'effectivité

Le contrôle de conventionnalité, en plus d'être obligatoire, compte aussi avec le caractère général parmi ses caractéristiques. La généralité du contrôle de conventionnalité se prédique des autorités et des cas à résoudre. Ainsi, par exemple, dans le SIDH toutes les

---

[2245] COUR IDH, *Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 52, Op. Cit, § 207 ; *Affaire Durand et Ugarte Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 68, Op. Cit., § 137 ; et *Affaire « la dernière tentation du Christ » (Olmedo Bustos et autres) Vs. Chili*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 73, Op. Cit., § 85.

[2246] Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en período 2006 – 2011*, Op. Cit., p. 68. Voir dans le même sens, Miguel CARBONELL, « Introducción general al control de convencionalidad », Op. Cit., pp. 68 et 69.

[2247] COUR IDH, *Affaire Hilaire, Constantine, Benjamin et autres Vs. Trinité-et-Tobago*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 94, Op. Cit., § 123 ; et *Affaire Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 133, Op. Cit., § 132.

[2248] COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit., § 123.

[2249] Ibidem. Voir aussi, COUR IDH, *Affaire Baldeón García Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 147, Op. Cit., § 140 ; et *Affaire Ximenes Lopes Vs. Brasil*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 149, Op. Cit., § 172 ; *Affaire Massacre de Mapiripán Vs. Colombie,* Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 134, Op. Cit., § 108 ; *Affaire des frères Gómez Paquiyauri Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 110, Op. Cit., § 72 ; et COUR IDH, *Affaire « Enfants de la rue » (Villagrán Morales et autres) Vs. Guatemala*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 77, Op. Cit., § 220.

autorités publiques sont obligées à appliquer, dans l'exercice de leurs fonctions, le contrôle de conventionnalité[2250]. Ceci a été le résultat de l'évolution jurisprudentielle de ce mécanisme dans le SIDH[2251]. Dans le SIDH on parle d'un contrôle de conventionnalité concentré et diffus, dans la mesure où sa généralité oblige aux autorités étatiques et aux juges interaméricains à exercer une analyse de la conventionnalité des droits internes vis-à-vis de la CADH, et le cas échéant, d'autres instruments interaméricains relatifs aux droits de l'homme[2252].

À partir de la généralité du mécanisme de contrôle de conventionnalité, l'analyse de la conventionnalité des droits internes dans toutes les affaires acquiert la double connotation, répressive d'une part et préventive de l'autre part. La première, se pratique dans la scène internationale par les juges du tribunal régional de protection des droits de l'homme, dans ce cas-là, par les juges de la Cour IDH. Selon Bazán, la tâche accomplie par le tribunal interaméricain dans cette connotation, consiste à « juger, au cas par cas, si un acte ou une norme de droit interne est incompatible avec la CADH, déterminant, par conséquent, la reforme ou l'abrogation d'une telle pratique ou norme, le cas échéant, afin de protéger les droits de l'homme et la préservation de la validité suprême de cette Convention et d'autres instruments internationaux fondamentaux dans ce domaine »[2253].

Cependant, il ne faut pas oublier que le contrôle de conventionnalité pratiqué par la Cour IDH sur les droits étatiques, dans leur intégrité, est subsidiaire et complémentaire. La Cour de San José intervient subsidiairement lorsque l'État, qui est responsable prioritairement de la protection de la personne, la défense effective des droits de l'homme et les libertés fondamentales de ses ressortissants, n'a pas accompli ses obligations de garantie et protection[2254]. Ici, bien que la Cour ne le dise expressément, elle juge, dans quelque sorte, la conduite des juridictions internes, car la sanction d'un État, implique qu'il n'a pas empêché, en premier lieu, la violation des droits de l'homme, et en deuxième lieu, il n'a pas résolu les conséquences de la violation[2255].

[2250] COUR IDH, *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Arrêt de fond et réparations, Série C n ° 221, Op. Cit, §§ 193 et 239 ; *Affaire Massacre de Santo Domingo Vs. Colombie,* Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, Série C n° 259, Op. Cit., § 142 ; *Affaire Norín Catrimán et autres (dirigeants, membres et activistes du Peuple Indigène Mapuche Vs. Chili*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 279, Op. Cit., § 436 ; et *Affaire Personnes dominicaines et haïtiennes expulsées Vs. Haïti*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 282, Op. Cit., § 471.

[2251] Initialement, le contrôle de conventionnalité était une obligation exclusive du « pouvoir judiciaire ». De manière progressive, la jurisprudence de la Cour IDH a précisé et étendu cette obligation au « juges », en passant par « les organes reliés à l'administration de justice dans tous les niveaux », pour étendre enfin l'obligation à toutes les « autorités publiques ». Voir sur le sujet, Jorge T. LARRIEUX, *Caso Gelman Vs. Uruguay. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad,* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2013, Año XIX, p. 597 ; Miguel CARBONELL, « Introducción general al control de convencionalidad », Op. Cit., p. 75 ; Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Chronique d'une théorie en vogue en Amérique Latine, décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité*, Op. Cit., p. 838 ; Daniel TODA CASTÁN, *The transformation of the Inter-American system for the protection of Human Rights : the structural impact of the Inter-American Court's case law on amnesties*, Op. Cit., p. 36 ; et Ariel E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court ? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 51.

[2252] Juan Carlos HITTERS, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, Op. Cit., pp. 125 – 126.

[2253] Víctor BAZÁN, « El control de convencionalidad : incógnitas, desafíos y perspectivas », *in* Víctor BAZÁN et Claudio NASH (Ed.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales : el control de convencionalidad*, Bogotá, Konrad Adenauer, 2012, p. 24.

[2254] Jorge T. LARRIEUX, *Caso Gelman Vs. Uruguay. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad*, Op. Cit., p. 597.

[2255] Ibidem.

Pour sa part, la généralité du contrôle de conventionnalité est pratiquée au niveau national par toutes les autorités publiques des États parties à la CADH[2256]. D'après ce qui a développé la Cour IDH dans sa jurisprudence, au niveau national les juges et les autres autorités publiques, dans l'exercice de leurs fonctions, sont tenus de vérifier l'adéquation des normes juridiques internes à la CADH et aux autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, ainsi que d'intégrer au droit interne l'interprétation qu'il en a été faite par le tribunal interaméricain, dans le but de réussir la protection réelle des droits les plus fondamentaux des personnes[2257].

Sur ce dernier sujet, le juge interaméricain Ferrer Mac-Gregor, considère que les arrêts de la Cour IDH, lorsqu'ils acquièrent l'autorité de chose jugée, déploient leur contenu et leurs effets sur deux dimensions. La première, « subjective et directe », vers les parties au différend international. La deuxième « objective et indirecte », vis-à-vis de tous les États parties à la CADH[2258]. Cette deuxième dimension, « produit une efficacité *erga omnes* des arrêts vers tous les États parties à la Convention, dans la mesure où toutes les autorités nationales sont liées à l'efficacité conventionnelle et, par conséquent, au critère interprétatif établi par la Cour IDH, comme standard minimum d'effectivité de la norme conventionnelle, dérivé des obligations des États de respect, garantie et adéquation (normative et interprétative) établies par les articles 1 et 2 de la Convention américaine »[2259].

Enfin, le contrôle de conventionnalité est devenu général, au moins dans le SIDH, parce que l'effectivité des normes conventionnelles est progressivement liée à « l'obligation des autorités nationales d'appliquer non seulement la norme conventionnelle mais « la norme conventionnelle interprétée » (*res interpretata*). Désormais, les autorités nationales sont obligées d'appliquer dans l'exercice de leurs fonctions, le critère interprétatif que comme standard minimale a appliqué le tribunal interaméricain au Pacte de San José, et en général, au *corpus juris* interaméricain, matière de sa compétence, pour résoudre le différend »[2260].

Ainsi a été précisé par la Cour IDH dans sa Résolution de supervision de l'exécution de l'affaire *Gelman Vs. Uruguay*. À cette occasion, le tribunal de San José a établi, par le biais de la *res interpretata*, que « dans les situations où l'État concerné n'a pas été partie au processus international dans lequel a été créée une jurisprudence déterminée, par le simple fait d'être partie à la Convention américaine, toutes ses autorités publiques et tous ses organes, y compris les instances démocratiques, les juges et les autres organes liés à l'administration de justice à tous les niveaux, sont engagés par le traité »[2261]. Selon la Cour, celui-ci oblige les États « à exercer, dans le cadre de leurs compétences respectives et les règles de procédure correspondantes, un contrôle de conventionnalité tant dans l'émission et l'application des normes, quant à leur validité et compatibilité avec la Convention, que dans la détermination, jugement et résolution des situations particulières et des cas spécifiques, tenant compte du

---

[2256] Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems) : Some Pertinent Questions*, Op. Cit., p. 143.
[2257] Víctor BAZÁN, « El control de convencionalidad : incógnitas, desafíos y perspectivas », Op. Cit., p. 24.
[2258] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional : vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del caso Gelman Vs. Uruguay)*, Op. Cit., p. 656.
[2259] Selon Ferrer Mac-Gregor, l'obligatoriété des interprétations conventionnelles de la Cour IDH est la raison logique pour que les arrêts interaméricains ne soient seulement notifiés « aux parties en cause » mais aussi « transmis aux États parties à la Convention » d'après l'article 69 de la CADH. Ibid., p. 657.
[2260] Ibid., p. 662.
[2261] COUR IDH, *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Résolution de supervision, 20 mars 2013, § 69.

traité lui-même et, le cas échéant, des précédents ou des linéaments jurisprudentiels de la Cour interaméricaine »[2262].

Selon la jurisprudence interaméricaine, le contrôle de conventionnalité est devenu une « obligation propre de tout pouvoir, organe ou autorité de l'État partie à la Convention »[2263], par le biais de laquelle les autorités publiques, [sont obligées à] contrôler que les droits de l'homme des personnes relevant de leur juridiction soient respectés et garantis »[2264].

D'après la Cour IDH, c'est grâce à la généralité du contrôle de conventionnalité que le mécanisme conventionnel acquiert du sens. En effet, le caractère général du contrôle de conventionnalité oblige toutes les autorités publiques « à prévenir les violations potentielles des droits de l'homme »[2265]. Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue le caractère complémentaire des tribunaux régionaux, car cela signifie qu'en principe ce sont les autorités publiques des États celles qui doivent prévenir et résoudre les violations des droits de l'homme au niveau interne tenant compte des interprétations de la Cour IDH[2266]. Seulement dans le cas où la protection de ces droits au niveau étatique a été inexistante ou inadéquate, les violations peuvent être étudiées par la Cour de San José, « éventualité dans laquelle, s'exercera un contrôle complémentaire de conventionnalité »[2267].

D'ailleurs, le contrôle de conventionnalité va trouver son ampleur par le biais d'une double application, qu'à la fois déterminent ses autres caractéristiques et lui donne une portée plus universelle. Il s'agit de son caractère concentré et diffus.

B. Un contrôle concentré et diffus

L'évolution jurisprudentielle du contrôle de conventionnalité révèle la transformation progressive de ce mécanisme de protection des droits de l'homme. Au début, le contrôle de conventionnalité a été déterminé par sa *verticalité (I)*. Centralisant son exercice au sein du tribunal régional des droits de l'homme, projetant ses effets, dans un premier temps, aux juges nationaux, pour après, dans un deuxième temps, les étendre à toutes les autorités étatiques[2268]. Néanmoins, l'objectif pédagogique assigné à ce mécanisme va tracer graduellement son *application horizontale (II)*.

[2262] Ibidem.
[2263] Ibid., § 72.
[2264] Ibidem.
[2265] Ibidem.
[2266] Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems) : Some Pertinent Questions*, Op. Cit., pp. 143 et 144.
[2267] COUR IDH, *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Résolution de supervision, Op. Cit., § 72. Voir dans le même sens, COUR IDH, *Affaire Massacre de Santo Domingo Vs. Colombie,* Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, Série C n° 259, Op. Cit., § 144.
[2268] Voir, COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit., § 124 ; *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Arrêt de fond et réparations, Série C n ° 221, Op. Cit, §§ 193 et 239 ; *Affaire Massacre de Santo Domingo Vs. Colombie,* Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, Série C n° 259, Op. Cit., § 142 ; *Affaire Norín Catrimán et autres (dirigeants, membres et activistes du Peuple Indigène Mapuche Vs. Chili*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 279, Op. Cit., § 436 ; et *Affaire Personnes dominicaines et haïtiennes expulsées Vs. Haïti*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 282, Op. Cit., § 471.

I. La verticalité du contrôle de conventionnalité

Bien que la Cour IDH n'ait donné qu'en 2006 l'appellation de contrôle de conventionnalité au mécanisme à travers lequel elle exerce l'analyse de conventionnalité des normes étatiques[2269], ce contrôle était pratiqué par celle-ci dès son début par le biais de sa fonction consultative[2270]. À vrai dire, le contrôle de conventionnalité a toujours appartenu aux bonnes pratiques de la Cour IDH[2271]. En effet, le tribunal de San José a continûment fait une analyse de compatibilité entre les deux corps normatifs, interne et interaméricain, donnant généralement priorité à ce dernier[2272], sauf par l'application du principe *pro homine*, cas dans lequel, la Cour peut préférer une norme distincte de l'interaméricaine si elle offre toujours une protection supérieure à la personne humaine[2273].

Sur l'analyse de compatibilité, Cançado Trindade a exprimé qu'elle ne consiste ni à « réviser » les arrêts des tribunaux nationaux ni à transformer l'action des organes internationaux des droits de l'homme en une « quatrième instance »[2274]. Au contraire, il s'agit d'une fonction plus importante et essentielle que doit accomplir tout mécanisme qui se vante d'être protecteur des droits de l'homme. Dans le cas du SIDH, tant la Commission que la Cour sont les seuls organes de supervision des instruments interaméricains relatifs aux droits de l'homme. C'est pourquoi ces organes « *peuvent* et *doivent*, dans le contexte de cas concrets de violations des droits de l'homme, déterminer la compatibilité ou non avec la Convention américaine de tout acte ou omission de la part de tout pouvoir, organe ou agent de l'État –*y compris les lois et les arrêts des tribunaux nationaux*– »[2275].

En 1998, en écrivant sur l'avenir du système interaméricain de protection des droits de l'homme, l'actuel juge de la CIJ, a manifesté que le temps de préciser les « *obligations législatives et judiciaires* » des États parties à des traités des droits de l'homme est arrivé[2276]. L'avenir des mécanismes internationaux de protection des droits de l'homme ne peut pas faire abstraction de l'adoption et du perfectionnement des « mesures nationales d'implémentation ». Surtout, parce que de ces mesures dépend fortement l'évolution future de la protection internationale des droits de l'homme[2277]. Les arguments du juge Cançado Trindade critiquent vivement les systèmes juridiques nationaux qui mettent tous les traités, y compris ceux relatifs aux droits de l'homme, au niveau « infraconstitutionnel »[2278].

[2269] COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit., § 124.
[2270] COUR IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Avis consultatif OC-4/84, Op. Cit., § 29. Voir aussi, Juan Carlos HITTERS, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, Op. Cit., p. 125.
[2271] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 220, Op. Cit., § 22.
[2272] Juan Carlos HITTERS, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, Op. Cit., pp. 110 et 111.
[2273] Ana Lucía GASPAROTO, Jayme Wanderley GASPAROTO et José BLANES SALA, *La Corte interamericana de derechos humanos y el Tribunal europeo de derechos humanos : una comparación sobre el punto de vista de la aplicabilidad del principio de la primacía de la norma más favorable*, Op. Cit., pp. 73 – 78.
[2274] Antônio CANÇADO TRINDADE, « Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos », Op. Cit., p. 584.
[2275] Ibidem.
[2276] Ibid., p. 585.
[2277] Ibidem.
[2278] C'est le cas de l'article 55 de la Constitution française de 1958, qui mette au niveau infraconstitutionnel tous les traités internationaux. « La France est un État de droit dont l'ordonnancement juridique repose sur

Évidemment, l'infraconstitutionnalité des traités n'est pas une question anodine. On sait que dans la pratique elle pose beaucoup de difficultés. L'une des plus complexes est la soumission des normes internationales des droits de l'homme aux normes constitutionnelles, et par conséquent, la disparité, dans les systèmes juridiques qui l'ont adopté, entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité[2279].

Le problème de cette sorte de pratiques, comme bien l'affirme Cançado Trindade, « inspirées de doctrines du passé », c'est qu'elles impliquent « la propre négation du droit international »[2280], autant que méconnaissent la spécificité des traités des droits de l'homme vis-à-vis des autres traités internationaux[2281]. En effet, tel qu'il est reconnu par la jurisprudence internationale, les traités relatifs aux droits de l'homme « sont orientés, plutôt à garantir la jouissance des droits et libertés de l'être humain, qu'à établir l'équilibre des intérêts entre les États »[2282]. Les traités dans ce domaine « ne sont pas traités multilatéraux de type traditionnel conclus pour accomplir l'échange réciproque des droits, pour le bénéfice mutuel des États contractants. Leur objet et but sont la protection des droits fondamentaux des êtres humains, indépendamment de leur nationalité, à la fois contre leur propre État et contre les autres États contractants »[2283].

Les mots du juge Cançado Trindade ont été prémonitoires, parce que quelque temps plus tard les tribunaux régionaux des droits de l'homme ont commencé à préciser les obligations étatiques en matière administrative, législative et judiciaire, afin de rendre effectifs les instruments internationaux sur la matière. Au début, la Cour IDH adoptant la

---

la hiérarchie des normes qui place la Constitution, norme suprême dans l'ordre juridique interne, au sommet de la pyramide des normes, suivie des traités et accords internationaux qui ont une valeur infraconstitutionnelle mais supralégislative ». COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *Les droits de l'homme en France : regards portés par les instances internationales* (*Rapport 2009 – 2011)*, Paris, La Documentation française, 2011, p. 21. Voir, COUR DE CASSATION FRANÇAISE, *Affaire Jacques Vabre*, Chambre mixte, 24 mai 1975, et CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Affaire Nicolo*, Assemblée, 20 octobre 1989. Voir également, CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, *Affaire Sarran, Levacher et autres*, Assemblée, 30 octobre 1998, et COUR DE CASSATION FRANÇAISE, *Affaire Pauline Fraisse*, Assemblée plénière, 2 juin 2000. Les deux premières affaires, reconnaissent la valeur supralégislative des traités. Tandis que les deux dernières, vont préciser que bien la supralégalité des traités internationaux, ils ont toujours un caractère infraconstitutionnel, étant la Constitution la norme suprême dans l'ordre juridique français.

[2279] Voir sur le sujet, Ghislaine ALBERTON, *De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité ?* Op. Cit., 251 – 256 ; Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : état des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61 § 1 de la Constitution*, Revue française de droit administratif, Paris, Dalloz, 2009, No. 4, pp. 787 – 799 ; et Jean-François AKANDJI-KOMBÉ, *Droit constitutionnel, droit international et droit européen des droits de l'homme : concurrence, confusion, complémentarité ?* Droit social, Paris, Dalloz, 2014, No. 4, pp. 301 – 307.

[2280] Antônio CANÇADO TRINDADE, « Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos », Op. Cit., p. 586.

[2281] Voir, Matthew CRAVEN, *Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law*, European Journal of International Law, 2000, Vol. 11, No. 3, pp. 489 – 519 ; Dinah SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 59 ; et Benedetto CONFORTI, « The Specificity of Human Rights and International Law », *in* Ulrich FASTENRATH (Ed.), *From bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 433 – 442.

[2282] COUR IDH, *« Otros tratados » objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Avis consultatif OC-1/82, Op. Cit., § 24.

[2283] COUR IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre derechos humanos*, Avis consultatif OC-2/82, Op. Cit., § 29.

théorie du contrôle de conventionnalité[2284] ; après, la Cour EDH par le biais des arrêts pilotes ou de « surveillance soutenue »[2285] ; et plus récemment, la Cour ADHP avec l'établissement de son propre contrôle de compatibilité des normes étatiques[2286].

Par rapport au contrôle de conventionnalité, Sergio García Ramírez, l'ancien juge de la Cour IDH, qui d'ailleurs est reconnu comme le créateur de cette théorie[2287], affirme que cette sorte de contrôle constitue une garantie conçue pour obtenir l'application harmonieuse du droit applicable, tant d'origines internationales que de provenance étatique[2288]. Initialement, le contrôle de conventionnalité naît avec un effet vertical, et par conséquent, comme un contrôle concentré, dans la mesure où l'harmonie des ordres normatifs est vérifiée par la Cour IDH elle-même[2289]. Cette circonstance, a valu à la Cour de San José le fait d'être comparée aux cours constitutionnelles[2290].

D'après Nogueira Alcalá, le fondement de la verticalité du contrôle de conventionnalité vient du fait que « les États parties ont accordé à la Cour interaméricaine la compétence de l'interprétation authentique de la Convention et d'être juge suprême de la conventionnalité de tous les actes internes des États en matière des droits de l'homme »[2291]. Tout cela, « dans le but d'établir un standard minimal commun de respect des droits de l'homme dans les États de la région, base substantielle sur laquelle sont construites la paix et la démocratie dans le système interaméricain »[2292].

Ainsi a été reconnu par la jurisprudence interaméricaine dans la première affaire où le tribunal de San José a employé le terme de contrôle de conventionnalité[2293]. Dans cette opportunité, le tribunal a précisé son rôle de juge suprême de la conventionnalité en

---

[2284] COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit., § 124.
[2285] COUR EDH, *Affaire Broniowski Vs. Pologne*, Requête nº 31443/96, Op. Cit., §§ 189 – 194.
[2286] COUR ADHP, *Affaire Lohé Issa Konaté Vs. Burkina Faso*, Requête n° 004/2013, Op. Cit., § 164, et point résolutif No. 8 ; et *Affaire Action pour la protection des droits de l'homme (APDH) Vs. Côte d'Ivoire*, Requête n° 001/2014, Op. Cit., §§ 135 et 151, et point résolutif No. 7.
[2287] Daniel TODA CASTÁN, *The transformation of the Inter-American system for the protection of Human Rights : the structural impact of the Inter-American Court's case law on amnesties*, Op. Cit., pp. 34 et 35 ; Miguel CARBONELL, « Introducción general al control de convencionalidad », Op. Cit., pp. 71 et 72 ; Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Chronique d'une théorie en vogue en Amérique Latine, décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité*, Op. Cit., pp. 855 et 856 ; et Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *Symposium : The Constitutionalization of International Law in Latin America Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., pp. 94 et 95.
[2288] Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems) : Some Pertinent Questions*, Op. Cit., pp. 137 et 138. Voir aussi, Susana ALBANESE, « La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional », Op. Cit., p. 15.
[2289] Néstor Pedro SAGÜÉS, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, Op. Cit., p. 133 ; et Daniel TODA CASTÁN, *The transformation of the Inter-American system for the protection of Human Rights : the structural impact of the Inter-American Court's case law on amnesties*, Op. Cit., p. 34.
[2290] Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Opinion dissidente d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens*, COUR IDH, Affaire Tibi Vs. Équateur, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 114, 7 septembre 2004, § 3. Voir aussi, Ludovic HENNEBEL, *The Inter-American Court of Human Rights : The Ambassador of Universalism*, Op. Cit., p. 75.
[2291] Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano*, Revista Ius et Praxis, Talca, Universidad de Talca, 2006, Vol. 12, No. 2, p. 382.
[2292] Ibidem.
[2293] Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *Symposium : The Constitutionalization of International Law in Latin America Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 95.

prescrivant que le pouvoir judiciaire, dans l'exercice de ses fonctions, doit prendre en compte non seulement la CADH, mais aussi l'interprétation que d'elle a faite la Cour interaméricaine, en tant qu'interprète final de la Convention[2294].

D'ailleurs, comme bien est mis en évidence par Daniel Toda Castán, le standard principal du contrôle concentré de conventionnalité dans le SIDH est la CADH. Cependant, la Cour IDH a élargi son critère d'analyse à d'autres instruments internationaux, soit de manière générale soit de façon particulière[2295]. Dans le premier cas, il est fréquent que la Cour pour étendre les critères d'analyse du contrôle de conventionnalité, parle des « standards internationaux dans la matière »[2296]. Dans le deuxième cas, la Cour préfère nommer l'instrument international utilisé dans l'affaire concrète[2297]. Néanmoins, la Cour IDH a conclu que l'application du contrôle de conventionnalité n'est pas seulement verticale mais horizontale, afin que ce contrôle accomplisse plus une fonction préventive ou pédagogique que répressive ou négative[2298].

II. L'application horizontale de la conventionnalité

L'application horizontale de la conventionnalité amène à la matérialisation du « contrôle diffus de conventionnalité »[2299]. Par le biais de cette modalité du contrôle, la Cour IDH a voulu partager sa mission de protection des droits de l'homme avec les États, voire remettre les États au rôle des premiers responsables de la protection des droits humains. Ainsi, au sein de chaque entité étatique, s'étend la fonction protectrice assignée au contrôle de conventionnalité[2300], afin que toutes les autorités publiques par l'analyse de compatibilité

[2294] COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit., § 124.

[2295] Daniel TODA CASTÁN, *The transformation of the Inter-American system for the protection of Human Rights : the structural impact of the Inter-American Court's case law on amnesties*, Op. Cit., p. 36.

[2296] Par exemple, sur les conditions de détention voir, COUR IDH, *Affaire Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 133, Op. Cit., § 134 et point résolutif No. 9 ; et *Affaire Montero Aranguren et autres Vs. Venezuela*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 150, 5 juillet 2006, § 145. Sur les exécutions extrajudiciaires voir, COUR IDH, *Affaire Cruz Sánchez et autres Vs. Perú*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 292, 17 septembre 2015, § 474. Ainsi que par rapport à l'enquête sur les délits sexuels voir, COUR IDH, *Affaire Fernández Ortega et autres Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 215, Op. Cit., § 256. Sur la consultation préalable des peuples indigènes voir, COUR IDH, *Affaire du peuple indigène Kichwa de Sarayaku Vs. Équateur,* Arrêt de fond et réparations., Série C n° 245, Op. Cit., § 166 ; et sur la protection des droits des migrants, COUR IDH, *Affaire Vélez Loor Vs. Panamá*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 218, Op. Cit., § 278.

[2297] COUR IDH, *Affaire Radilla Pacheco Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 209, Op. Cit., § 344 ; et point résolutif No. 11 ; *Affaire Quispialaya Vilcapoma Vs. Pérou*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 308, Op. Cit., § 286 ; et point résolutif No. 2 ; *Affaire Velásquez Paiz et autres Vs. Guatemala*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 307, 19 novembre 2015, § 202 ; et point résolutif No. 3 ; et *Affaire Humberto Maldonado Vargas et autres Vs. Chili*, Arrêt de fond, frais et dépens, Série C n ° 300, Op. Cit., § 178 ; et point résolutif No. 1.

[2298] Voir sur le sujet, COUR IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional*, Avis consultatif OC-21/14, Op. Cit., § 31.

[2299] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 220, Op. Cit., § 21.

[2300] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Op. Cit., pp. 531 et 532 ; et Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *The relationship*

normative empêchent que la responsabilité internationale des États soit mise en jeu par l'action ou l'omission de tout agent étatique qui puisse méconnaître les obligations de garantie et respect établies à l'article 1.1 de la CADH[2301]. Désormais, dans tout l'horizon de l'activité des États doit être présente l'idée d'agir conforme aux postulats de la CADH, d'autres instruments interaméricains de protection et de l'interprétation sur eux faite par la Cour IDH[2302].

Cependant, l'application horizontale du contrôle de conventionnalité n'a pas été quelque chose d'immédiate. Au contraire, elle a pris du temps pour s'insérer dans l'action de toutes les autorités publiques[2303]. Dans son opinion concordante du 26 novembre 2009, le juge interaméricain, Ferrer Mac-Gregor, a décrit la manière à travers laquelle le contrôle diffus de conventionnalité a pris du corps dans le SIDH[2304]. D'après lui, la création d'un tel mécanisme a eu lieu grâce à « une assimilation des concepts du droit constitutionnel »[2305]. Avec la création du contrôle de conventionnalité, l'existence d'une « internationalisation du droit constitutionnel » est clairement visible, en particulier quand les « garanties constitutionnelles » se sont déplacées aux « garanties conventionnelles », lorsque celles-ci n'ont pas été suffisantes pour l'effective protection des droits, donnant lieu, en quelque sorte, à une « suprématie conventionnelle »[2306].

À partir de l'internationalisation du droit constitutionnel il est possible de voir une ressemblance d'institutions juridiques dans le droit international et le droit constitutionnel. C'est le cas du contrôle diffus de conventionnalité qui, inspiré de son homologue constitutionnel (contrôle diffus de constitutionnalité)[2307], a transformé les autorités étatiques en premiers et véritables « gardien[s] de la Convention américaine, de ses protocoles

---

between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems) : Some Pertinent Questions, Op. Cit., pp. 141 – 145.

[2301] Silvia SERRANO GUZMÁN, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p.16.

[2302] COUR IDH, *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Résolution de supervision, Op. Cit., § 66 ; *Affaire des Massacres d'Ituango Vs. Colombie*, Résolution de supervision, 21 mai 2013, §§ 29 et 30 ; *Affaire Anzualdo Castro Vs. Pérou*, Résolution de supervision, 21 août 2013, § 24 ; *Affaire Castañeda Gutman Vs. Mexique*, Résolution de supervision, 28 août 2013, § 23 ; *Supervision de 11 Affaires Vs. Guatemala*, Résolution de supervision, 21 août 2014, § 17 ; *Supervision des Affaires des Massacres de Río Negro et Gudiel Álvares et autres « Journal Militaire »*, Résolution de supervision, 21 août 2014, § 17 ; et *Supervision des 12 Affaires Vs. Guatemala*, Résolution de supervision, 24 novembre 2015, § 65.

[2303] L'élargissement du contrôle de conventionnalité du « pouvoir judiciaire » exclusivement à « toute autorité publique » a pris un peu moins de cinq ans. Voir sur le sujet, COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit., § 124 ; *Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 220, Op. Cit., § 225 ; et *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Arrêt de fond et réparations, Série C n ° 221, Op. Cit, §§ 193 et 239.

[2304] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 220, Op. Cit., §§ 21 – 43.

[2305] Ibid., § 21.

[2306] Ibidem.

[2307] Sur le contrôle diffus de conventionnalité et sa relation avec le contrôle diffus de constitutionnalité voir, Alfredo NARVÁEZ MEDÉCIGO, *Enforcement of Fundamental Rights by Lower Courts : Towards a Coherent System of Constitutional Review in Mexico*, Mexican Review Law, 2013, New Series, Vol. 6, No. 1, pp. 3 – 44 ; et *Rule of Law and Fundamental Rights : Critical Comparative Analysis of Constitutional Review in the United States, Germany and Mexico*, New York, Springer, 2015, pp. 240 – 246. Également, Roberto de Figereido CALDAS, *O controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade no Brasil*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2013, Año XIX, pp. 393 – 415 ; Néstor Pedro SAGÜÉS, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la « constitución convencionalizada »*, Op. Cit., pp. 143 – 152.

additionnels (éventuellement d'autres instruments internationaux) et de la jurisprudence de la Cour IDH »[2308].

Selon Mme. Burgorgue-Larsen, sur la conventionnalité « la politique jurisprudentielle de la Cour ne laissa rien au hasard »[2309]. De manière progressive la titularité du contrôle de conventionnalité s'est étendue par la jurisprudence interaméricaine à toutes les autorités publiques, afin de réussir, à travers l'élargissement horizontal du contrôle, la protection et garantie des droits. On voit comment dans ce propos, le contrôle diffus de conventionnalité a passé d'une version « pure et simple », où le « pouvoir judiciaire » des États est le seul titulaire du contrôle[2310], à une version plus « élaborée et descriptive », où en plus des « juges » nationaux, sont présents aussi « les organes reliés à l'administration de justice dans tous les niveaux »[2311], comme le « ministère public »[2312], et en général, toute « autorité publique »[2313]. Dans l'actualité, les juges et les autres autorités publiques ont « l'importante mission de sauvegarder non seulement des droits fondamentaux prévus dans la sphère domestique, mais aussi l'ensemble des valeurs, principes et droits de l'homme que l'État a reconnu dans les instruments internationaux »[2314].

L'objectif de l'élargissement spectaculaire du contrôle de conventionnalité a été signalé depuis le début de sa naissance par le propre juge García Ramírez, alors président de la Cour IDH, dans une opinion concordante lorsqu'il a affirmé que l'importance de cette sorte de contrôle est celle de rechercher la « conformité entre les actes internes et les engagements internationaux pris par l'État, lesquels génèrent pour celui-ci des devoirs spécifiques et reconnaissent aux individus certains droits »[2315].

D'après García Ramírez, dans la logique judiciaire qui soutient la création et le fonctionnement de la Cour IDH, il n'est pas nécessaire que la Cour juge des centaines ou des milliers de cas sur une seule question conventionnelle pour rendre effectifs les droits de l'homme dans le SIDH[2316]. « La seule possibilité raisonnable de protection implique qu'une fois fixé le « critère d'interprétation et application », il soit réceptionné par les États dans l'ensemble de leurs systèmes juridiques : à travers les politiques, les lois, et les jugements qui donnent transcendance, universalité et efficacité aux décisions de la Cour »[2317].

[2308] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 220, Op. Cit., § 24.
[2309] Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Chronique d'une théorie en vogue en Amérique Latine, décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité*, Op. Cit., p. 839.
[2310] COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit., § 124.
[2311] COUR IDH, *Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 220, Op. Cit., § 225.
[2312] COUR IDH, *Affaire Gudiel Álvares et autres « Journal Militaire » Vs. Guatemala*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 253, 20 novembre 2012, § 330.
[2313] COUR IDH, *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Arrêt de fond et réparations, Série C n ° 221, Op. Cit, § 239.
[2314] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 220, Op. Cit., § 24.
[2315] Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Opinion concordante de l'arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens*, COUR IDH, Affaire Travailleurs licenciés du Congrès (Aguado Alfaro et autres) Vs. Pérou, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 158, Op. Cit., § 2.
[2316] Ibid., § 8.
[2317] Ibidem.

Autrement dit, l'effectivité du SIDH est encadrée dans un processus de concomitance et de prévention entre les États, en premier lieu, et ses organes judiciaires et quasi judiciaires, en deuxième lieu[2318]. Bien que le système interaméricain de protection ait pris le bon chemin à travers le contrôle de conventionnalité, l'identification des mesures de caractère générale à adopter par les États et l'application prioritaire du principe *pro homine*, il faut mettre l'accent sur l'intégration dans l'ordre juridique national des normes internationales des droits de l'homme, afin de réduire les violations de ces droits au niveau national par le biais de la prévention de celles-ci[2319].

Lorsque « les instruments internationaux sont immédiatement applicables dans la sphère interne, les tribunaux nationaux [autant que les autres autorités publiques] peuvent et doivent pratiquer leur propre « contrôle de conventionnalité » »[2320]. De cette manière, les autorités nationales peuvent prévenir soit la production des nouvelles violations des droits de l'homme, soit la solution des violations déjà en cours par toute autorité publique à travers l'application du contrôle de conventionnalité diffus. De là, que l'une des conclusions exprimées par García Ramírez dans son opinion concordante de 2006, sur l'importance conceptuelle et pratique du modèle de conventionnalité conçu dans le SIDH, ait été que la grande bataille pour les droits de l'homme n'aura pas lieu dans la sphère internationale, mais dans la sphère interne, dans laquelle est complément, mais non pas son remplaçant, l'internationale[2321].

De manière semblable, Jean-Paul Costa, président de la Cour EDH en 2011, à l'occasion de la conférence d'Izmir, a exprimé que « la place essentielle de la subsidiarité implique l'obligation des parties à la Convention d'assurer la protection intégrale au niveau national des droits et libertés garantis, et une responsabilité partagée entre les États et la Cour »[2322].

Quelques ans plus tard, ce qui avait conclu le juge García Ramírez, va être pleinement réaffirmé par la Cour IDH dans ses affaires et dans ses résolutions de supervision. Dans l'affaire *Massacre de Santo Domingo Vs. Colombie*, par exemple, la Cour a clairement précisé que « la responsabilité étatique en vertu de la Convention seulement peut être exigée à niveau international qu'après que l'État a eu l'occasion de déclarer la violation et de réparer les dommages causés par ses propres moyens »[2323]. Ainsi, « l'État est le principal garant des droits de l'homme des personnes, de sorte que, si un acte violateur de ces droits se produit, c'est l'État lui-même qui a le devoir de résoudre le problème au niveau interne et, [le cas échéant] de réparer, avant de répondre devant des instances internationales telles que le [SIDH] »[2324].

[2318] COUR IDH, *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Résolution de supervision, Op. Cit., §§ 71 et 72. Voir aussi, Ariel E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court ? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 54.

[2319] Silvia SERRANO GUZMÁN, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Op. Cit., p.16.

[2320] Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Opinion concordante de l'arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens*, COUR IDH, Affaire Travailleurs licenciés du Congrès (Aguado Alfaro et autres) Vs. Pérou, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 158, Op. Cit., § 11.

[2321] Ibidem.

[2322] CONSEIL DE L'EUROPE, *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme : Interlaken, Izmir, Brighton et au-delà : une compilation d'instruments et des textes relatifs à la réforme actuelle de la CEDH*, Op. Cit., p. 55.

[2323] COUR IDH, *Affaire Massacre de Santo Domingo Vs. Colombie,* Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, Série C n° 259, Op. Cit., § 142.

[2324] Ibidem. Voir aussi, COUR IDH, *Affaire García Ibarra et autres Vs. Équateur*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 306, 17 novembre 2015, § 103 ; et *Affaire*

Dans la résolution de supervision de l'arrêt *Gelman Vs. Uruguay*, la Cour a exprimé que « le contrôle de conventionnalité est une obligation des autorités étatiques et son exercice correspond, seulement de façon subsidiaire ou complémentaire, à la Cour interaméricaine quand un cas a été soumis à sa juridiction »[2325]. À la lumière de la jurisprudence interaméricaine on peut comprendre que l'exercice du contrôle diffus de conventionnalité n'exclut pas, à l'avenir, l'application du contrôle de conventionnalité par le tribunal de San José (dans sa version concentrée), car celui-ci continue à être le dernier interprète de la CADH[2326].

Au vu de ce qui précède, on croit qu'il ne faut pas laisser de côté l'analyse des effets juridiques concrets que l'application du contrôle de conventionnalité exerce sur les droits de l'homme. En particulier, sur l'un des sujets les plus sensibles sur la matière, le problème structurel des violations des droits.

Section 2 : Les effets juridiques concrets du contrôle de conventionnalité en matière des droits de l'homme

L'idée de contrôler la compatibilité des normes internes vis-à-vis des normes internationales a changé la perception des autorités publiques à l'égard du droit international des droits de l'homme ainsi que de son application[2327]. Aujourd'hui, au moins dans la plupart des États qui appartiennent au SIDH, les droits de l'homme sont plus un référent déterminant pour bien agir dans l'exercice de la fonction publique et de l'accomplissement du pacte social, qu'une obligation imposée aux États[2328]. Bien que le changement de paradigme soit un processus en construction, il génère déjà des effets juridiques concrets. Ces effets, sont visibles à deux volets qu'il ne faut pas perdre de vue, l'un *au niveau international, avec*

Acevedo Jaramillo et autres Vs. Pérou, Interprétation de l'arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 157, 24 novembre 2006, § 66.

[2325] COUR IDH, *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Résolution de supervision, Op. Cit., § 87.

[2326] COUR IDH, *Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 220, Op. Cit., §§ 18 – 22.

[2327] En particulier, le contrôle de conventionnalité créé par la Cour IDH refuse l'idée de la marge nationale d'appréciation appliquée et tolérée dans le SEDH. Cela afin de demander des autorités publiques un changement conceptuel par rapport aux obligations internationales des droits de l'homme, en donnant ainsi aux États, l'injonction d'adopter des exhaustives mesures de droit interne. Voir, Ariel E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court ? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 55. Sur la marge nationale d'appréciation voir, Jacques VELU et Rusen ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 56 ; Jan KRATOCHVÍL, *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, Netherlands Quarterly of Human Rights, 2011, Vol. 29, No. 3, pp. 324 – 357 ; Yuval SHANY, *Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law*, European Journal of International Law, 2005, Vol. 16, No. 5, pp. 907 – 940 ; et Steven GREER, *The Margin of Appreciation : Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2000.

[2328] En effet, depuis l'affaire *Almonacid Arellano* la Cour IDH a voulu transformer toutes les autorités étatiques en « gardiens de la conventionnalité », et par corollaire, de la protection des êtres humains. Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Op. Cit., p. 563. Ceci, lorsqu'elle a signalé que l'obligation législative contenue à l'article 2 de la CADH « a la finalité de faciliter la fonction [publique] de telle sorte que l'applicateur de la loi ait une option claire de la façon de résoudre un cas particulier ». COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit., § 123.

l'application du contrôle concentré de conventionnalité (§ 1), et l'autre *au niveau étatique, avec l'application du contrôle diffus de conventionnalité (§ 2)*.

§ 1 : Au niveau international avec l'application du contrôle concentré de conventionnalité

Le contrôle de conventionnalité dans sa version concentrée a plusieurs effets juridiques pour les systèmes de protection des droits. Cependant, les plus concrets se trouvent dans *la correction des problèmes structurels des violations des droits de l'homme (A)*, dans la mesure où il permet aux tribunaux régionaux de protection de ces droits l'identification et la détermination des mesures à être adoptées au sein de l'ordre juridique étatique ; et dans *l'extension que par sa voie est faite du patrimoine commun des droits de l'homme (B)*, lequel est d'ailleurs, en train d'avoir un progressif élargissement grâce au dialogue des juges régionaux et nationaux.

A. La correction des problèmes structurels des violations des droits de l'homme

Les tribunaux régionaux des droits de l'homme, appuyés sur les obligations de respecter et garantir les droits, ont progressivement travaillé sur la correction des problèmes structurels des violations des droits humains. Fondés sur « le principe de la responsabilité internationale des États »[2329] ou sur la préoccupation de corriger l'engorgement judiciaire des organes des systèmes de protection[2330], les tribunaux régionaux ont mis leur regard sur les actions et les omissions des autorités étatiques, afin de pouvoir corriger et prévenir les violations des droits dès la sphère interne. Ainsi, ils ont demandé *l'incorporation aux droits étatiques des nouvelles pratiques législatives, administratives et judiciaires (I)* avec le but d'éviter une multiplication et une prolongation des violations des droits de l'homme par la méconnaissance étatique des obligations internationalement acquises. Ce qui a amené au but du temps, *la conséquente mise à jour des ordres juridiques (II)* vis-à-vis du droit international des droits de l'homme.

I. L'incorporation aux droits étatiques des nouvelles pratiques législatives, administratives et judiciaires

Par le biais de l'interprétation de l'article 1.1 de la CADH, la Cour IDH a précisé, il y a longtemps dans sa jurisprudence, la portée des obligations de respecter et garantir les droits, pour engager la responsabilité internationale des États par l'omission ou par l'action de toute autorité publique[2331]. La Cour a mis l'accent, en particulier, sur l'obligation de garantir le libre et plein exercice des droits, pour déterminer qu'une telle « obligation implique le devoir des

---

[2329] Silvia SERRANO GUZMÁN, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Op. Cit., p.16.

[2330] Linos-Alexandre SICILIANOS, *La « réforme de la réforme » du système de protection de la convention européenne des droits de l'homme*, Op. Cit., pp. 611 – 614 ; Florence BENOÎT-ROHMER, *Les sages et la réforme de la Cour européenne des droits de l'homme…*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2008, No. 73, pp. 1 – 8 ; et CONSEIL DE L'EUROPE, *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme : Interlaken, Izmir, Brighton et au-delà : une compilation d'instruments et des textes relatifs à la réforme actuelle de la CEDH*, Op. Cit., p. 79.

[2331] COUR IDH, *Affaire Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Arrêt de fond, Série C n° 4, Op. Cit., § 164.

États parties d'organiser tout l'appareil gouvernemental et en général, toutes les structures à travers lesquelles l'exercice de la puissance publique se manifeste »[2332].

Cependant, il faut bien savoir que l'obligation étatique de garantir le libre et plein exercice des droits ne s'écoule pas « avec l'existence d'un ordre juridique destiné à rendre possible l'accomplissement de cette obligation »[2333]. On n'est pas devant une garantie simple, tout au contraire, on est devant une garantie pleine qui va au-delà de l'élémentaire adaptation normative, pour s'insérer dans « la nécessité d'une conduite gouvernementale de veiller à l'existence, réelle, d'une garantie efficace du libre et plein exercice des droits de l'homme »[2334].

Cette garantie demande des autorités publiques un comportement plus humaniste, voire plus accorde aux droits des êtres humains, afin de rendre effectifs les droits reconnus par les instruments internationaux des droits de l'homme. À cet égard, « dans toute circonstance dans laquelle un organe ou un fonctionnaire de l'État ou d'une institution de caractère publique viole l'un de ces droits, on est devant un manquement à l'obligation de respect »[2335], contenue dans les principaux instruments régionaux relatifs aux droits de l'homme[2336]. La méconnaissance de cette obligation, sans doute, met en jeu la responsabilité internationale de l'État, car il est un principe du droit international que l'État est responsable des actes et des omissions de ses agents effectués sous leur qualité officielle[2337], « même lorsque ces agents agissent en dehors des limites de leur autorité ou en violation du droit interne »[2338].

Dans cet ordre d'idées, le contrôle de conventionnalité exercé par les tribunaux régionaux des droits de l'homme est adressé d'abord, à corriger la méconnaissance étatique des instruments internationaux par des défauts législatifs, administratifs ou judiciaires, et ensuite, à prévenir que les États engagent à nouveau leur responsabilité internationale par l'implémentation des bonnes pratiques dans l'ordre juridique interne[2339].

Ainsi a été confirmé par exemple, par les membres de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dans la conférence d'Izmir du 26 et 27 avril 2011. À cette occasion, le président de l'Assemblée, M. Mevlüt Çavuşoğlu, a affirmé que cet organe du Conseil de l'Europe, dans un travail complémentaire à celui de la Cour EDH, « déploie des efforts considérables pour assurer que les parlements nationaux contrôlent rigoureusement et

---

[2332] Ibid., § 166.
[2333] Ibid., § 164.
[2334] Ibidem.
[2335] Ibid., § 169.
[2336] Voir l'article 1 de la CEDH, l'article 1.1 de la CADH et l'article 1 de la CADHP.
[2337] CPJI, *Affaire relative à l'usine de Chorzów (Allemagne Vs. Pologne)*, Arrêt du 13 septembre 1928, p. 29.
[2338] COUR IDH, *Affaire Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Arrêt de fond, Série C n° 4, Op. Cit., § 170.
[2339] Ces pratiques, dans le SIDH ont été faites par le biais de la version préventive du contrôle de conventionnalité. Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems) : Some Pertinent Questions*, Op. Cit., p. 143 ; et Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional : vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del caso Gelman Vs. Uruguay)*, Op. Cit., p. 656. Pour sa part, dans le SEDH les bonnes pratiques ont été mises en œuvre via solution des problèmes structurels sous-jacents, en particulier, grâce à l'implémentation des arrêts pilotes. CONSEIL DE L'EUROPE, *Guide de bonnes pratiques en matière de voies de recours internes*, Op. Cit., pp. 8 et 9 ; et Élisabeth LAMBERT ABDELGAWAD, *L'exécution des décisions des juridictions internationales des droits de l'homme : vers une harmonisation des systèmes régionaux*, Op. Cit., pp. 18 – 21.

systématiquement la compatibilité des projets de loi et de la législation en vigueur avec les normes de la Convention et garantissent des voies de recours nationales efficaces »[2340]. Pour lui, « il faut accorder la priorité au règlement des principaux problèmes structurels qui engendrent de nombreuses violations répétées de la Convention », se trouvant parmi celles-ci « la durée excessive de la procédure judiciaire, l'inexécution chronique des décisions nationales de justice, les mauvais traitements, entraînant parfois la mort, infligés par des agents de la force publique et l'absence de toute enquête effective à ce sujet ainsi que la détention illégale ou la durée excessive de la détention provisoire »[2341].

Dans la même veine, l'ancien président de la Cour EDH, Jean-Paul Costa, a affirmé qu' « un sujet capital à résoudre dans le SEDH est celui des requêtes répétitives, dans la mesure où elles sont, la plupart du temps, le reflet des problèmes structurels du droit interne[2342]. « Les États ont l'obligation, en vertu de l'article 13 de la Convention, d'offrir des recours effectifs pour les violations des droits garantis »[2343] ; ainsi que « d'exécuter, rapidement et complètement, les arrêts de la Cour », non seulement « pour les litiges auxquels ils sont parties », mais aussi « pour les litiges constatant des violations analogues de la part d'un autre État »[2344]. De cette manière, le problème des requêtes répétitives à cause du dysfonctionnement du droit interne, « dont on peut estimer l'ordre de grandeur à [30.500][2345], [devrait] disparaître ou *a fortiori* ne jamais naître si la responsabilité était réellement partagée »[2346].

En matière judiciaire par exemple, la Cour IDH, à travers son contrôle de conventionnalité, a corrigé les erreurs jurisprudentielles des tribunaux constitutionnels qui génèrent la méconnaissance des droits de l'homme autant que des obligations conventionnelles des États. C'est le cas de l'affaire *Artavia Murillo et autres Vs. Costa Rica*, dans laquelle le tribunal de San José a résolu un problème interprétatif vis-à-vis de la FIV. Il s'agit d'une décision de la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice costaricaine de 2000 déclarant inconstitutionnel le décret No. 24029-S qui réglait la FIV au Costa Rica. En effet, la Chambre constitutionnelle par le biais d'une action publique d'inconstitutionnalité a décidé, en interprétant l'article 6 de la Convention sur les droits des enfants, que « l'embryon humain est une personne à partir du moment de la conception, de sorte que ne peut pas être traité comme un objet, à des fins de recherche, être soumis à des

---

[2340] CONSEIL DE L'EUROPE, *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme : Interlaken, Izmir, Brighton et au-delà : une compilation d'instruments et des textes relatifs à la réforme actuelle de la CEDH*, Op. Cit., p. 53.
[2341] Ibidem.
[2342] Ibid., p. 56.
[2343] Ibidem.
[2344] Ibidem.
[2345] À 2011, la grandeur des requêtes répétitives était à l'ordre de 27.000. Bien les bonnes intentions des réformes et changements faits dans le SEDH, le nombre de cette sorte des requêtes ne cesse pas d'augmenter. À décembre 2015, ont état dans l'ordre de 30.500 requêtes répétitives, chiffre que pour l'année 2016 s'est maintenue inaltérable. Voir, CONSEIL DE L'EUROPE, *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme : Interlaken, Izmir, Brighton et au-delà : une compilation d'instruments et des textes relatifs à la réforme actuelle de la CEDH*, Op. Cit., p. 56 ; COUR EDH, *Rapport annuel 2015 de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2016, p. 6 ; et *Rapport annuel 2016 de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2017, p. 18.
[2346] CONSEIL DE L'EUROPE, *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme : Interlaken, Izmir, Brighton et au-delà : une compilation d'instruments et des textes relatifs à la réforme actuelle de la CEDH*, Op. Cit., p. 56.

processus de sélection, de congélation […], il n'est pas légitime constitutionnellement qu'il soit exposé à un risque disproportionné de mort »[2347].

Sur le sujet, la Cour IDH a statué, dans un premier moment, « que d'après les diverses méthodes d'interprétation, qui ont conduit à des résultats correspondants […] l'embryon ne peut pas être compris comme une personne aux fins de l'article 4.1 de la Convention américaine »[2348]. La conception au sens de cette norme « a lieu à partir du moment où l'embryon est implanté dans l'utérus, pour telle raison avant de cet événement n'aurait pas lieu à l'application de l'article 4 de la Convention »[2349]. Dans un deuxième moment, la Cour a trouvé que l'interdiction générale au Costa Rica de pratiquer la FIV a méconnu le droit à l'intégrité et à la liberté de la personne, ainsi que les droits à la dignité et à la vie privée et familiale[2350]. La Cour a rappelé, également, que « l'État a le devoir d'adopter les mesures nécessaires pour assurer l'exercice des droits et libertés reconnus dans la Convention »[2351]. Ce qui implique que les États en plus d'avoir « l'obligation positive d'adopter les mesures législatives nécessaires pour assurer l'exercice des droits qui y sont consacrés », doivent « éviter de promulguer des lois qui empêchent le libre exercice des droits et « éviter la suppression ou modification des lois qui les protègent »[2352].

Pour cette raison, la Cour a donné l'injonction aux autorités étatiques d'adopter les mesures appropriées « pour laisser sans effet le plus rapidement possible l'interdiction de la pratique de la FIV, afin que les personnes souhaitant faire usage de ladite technique de reproduction assistée puissent le faire sans trouver des obstacles pour l'exercice de [leurs] droits »[2353].

En matière législative et administrative, la Cour IDH a aussi fait ses apports pour corriger les défauts du droit interne. Par exemple, dans l'affaire précitée *Personnes dominicaines et haïtiennes expulsées Vs. République Dominicaine*, la Cour a identifié que la Loi No. 169-14 du 23 mai 2014[2354], réglant la situation des personnes nées dans le territoire national mais inscrites de manière irrégulière dans le registre d'état civil, « comporte un obstacle à la pleine jouissance du droit à la nationalité des victimes »[2355]. Selon le tribunal de San José, bien que la norme « puisse apparemment avoir pour conséquence que les

---

[2347] COUR CONSTITUTIONNELLE DU COSTA RICA, *Arrêt No. 2000-02306*, Chambre constitutionnelle, 15 mars 2000, pp. 94 et 95.
[2348] COUR IDH, *Affaire Artavia Murillo et autres (« fécondation in vitro ») Vs. Costa Rica*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 257, Op. Cit., § 264.
[2349] Ibidem.
[2350] Ibid., § 317.
[2351] Ibid., § 335. Voir aussi, COUR IDH, *Affaire du peuple indigène Kichwa de Sarayaku Vs. Équateur,* Arrêt de fond et réparations., Série C n° 245, Op. Cit., § 221 ; et *Affaire Furlan et familiers Vs. Argentine,* Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 246, Op. Cit., § 300.
[2352] COUR IDH, *Affaire Artavia Murillo et autres (« fécondation in vitro ») Vs. Costa Rica*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 257, Op. Cit., § 335.
[2353] Ibid., § 336.
[2354] Cette loi règle la situation des personnes nées dans le territoire dominicain dès 16 juin 1929 jusqu'au 18 avril 2007, mais qui sont irrégulièrement inscrits dans le registre d'état civil. Cette norme est dirigée, en particulier, à régler les problèmes des « haïtiens sans papier » dans la République Dominicaine, générant une situation de forte discrimination à l'intérieur du pays, lorsqu'elle donne le statut d'étranger à toute personne d'origine haïtienne née dans le territoire dominicain. Voir, CONGRÈS DE LA RÉPUBLIQUE DOMINICAINE, *Ley No. 169-14*, 2014, Disponible [En ligne] : https://presidencia.gob.do/themes/custom/presidency/docs/gobplan/gobplan-15/Ley-No-169-14.pdf (29 septembre 2018).
[2355] COUR IDH, *Affaire Personnes dominicaines et haïtiennes expulsées Vs. Haïti*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 282, Op. Cit., § 324.

personnes concernées « acquièrent » la nationalité dominicaine, ceci, est le résultat justement de les donner un traitement d'étrangers qui n'est pas compatible avec le plein respect du droit à la nationalité qu'elles ont dû avoir depuis leur naissance »[2356]. Par conséquent, la Loi No. 169-14 « dans ses articles 6, 8 et 11, méconnaît les obligations conventionnelles, y compris l'adoption de dispositions du droit interne, en ce qui concerne le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, le nom et la nationalité »[2357]. Afin de résoudre cette situation, la Cour a conclu que « conformément à l'obligation établie par l'article 2 de la Convention américaine, l'État doit adopter, dans un délai raisonnable, les mesures nécessaires pour laisser sans effet les normes de toute nature, que ce soit constitutionnelle, légale, réglementaire ou administrative, ainsi que toute pratique, décision ou interprétation, établissant ou ayant par effet que le séjour irrégulier des parents étrangers encourage le refus de la nationalité dominicaine aux personnes nées sur le territoire de la République Dominicaine, pour être ces normes, pratiques, décisions ou interprétations contraires à la Convention »[2358].

En plus, la Cour a considéré nécessaire dans le but de prévenir la répétition de ces faits, disposer que l'État adopte, dans un délai raisonnable « les mesures législatives, y compris constitutionnelles, administratives et de toute autre sorte pour réglementer une procédure d'enregistrement de naissance, qui doit être accessible et simple, de manière à assurer que toutes les personnes nées sur son territoire peuvent être enregistrées immédiatement après la naissance, indépendamment de leur ascendance ou de l'origine et du statut migratoire de leurs parents »[2359].

Plus récemment, la Cour IDH a incorporé aux droits étatiques de nouvelles pratiques législatives en matière de participation des victimes dans les enquêtes menées par la police ou le Ministère publique. C'est l'affaire *Favela Nova Brasilia Vs. Brésil*, où la Cour a connu des manquements et retards dans les enquêtes et les sanctions contre les responsables des exécutions extrajudiciaires de 26 personnes dans le cadre de deux opérations de police menées en Rio de Janeiro en 1994 et 1995[2360], dans lesquelles « trois femmes, dont deux filles, ont été victimes de torture et d'actes de violence sexuelle commis par des policiers »[2361]. D'après la Cour, le Brésil compte avec des règlements garantissant la participation des victimes ainsi que des organisations de la société civile dans la phase d'accusation de crimes de violence policière[2362]. Nonobstant, l'État « ne prévoit aucun cadre législatif garantissant la participation des parties à la phase d'enquête de la police ou du Ministère public »[2363]. La Cour dans le dispositif de son arrêt a exprimé que « l'État doit adopter les mesures législatives ou autres nécessaires pour permettre aux victimes de crimes ou à leurs proches de participer officiellement et efficacement aux enquêtes sur les crimes commis par la police ou le Ministère public »[2364].

2356 Ibidem.
2357 Ibidem.
2358 Ibid., § 469.
2359 Ibid., § 470 et point résolutif No. 20.
2360 COUR IDH, *Affaire Favela Nova Brasilia Vs. Brésil*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 333, 16 février 2017, § 1.
2361 Ibidem.
2362 Ibid., § 329.
2363 Ibidem.
2364 Ibid., point résolutif No. 19.

En Europe et en Afrique on commence à être témoins aussi de l'incorporation au droit interne des pratiques très semblables à celles adoptées dans le SIDH par la Cour de San José. La Cour EDH a recommandé aux États, à travers l'adoption des mesures générales, l'incorporation aux droits internes des nouvelles pratiques législatives, administratives et judiciaires[2365]. C'est le cas des arrêts rendus dans les affaires *Greens et M.T.* et *Yuriy Nikolayevich Ivanov*.

Le premier, c'est l'arrêt rendu contre le Royaume-Uni pour l'incompatibilité du droit électoral anglais vis-à-vis de l'article 3 du Protocole n° 1 additionnel à la CEDH. En effet, la loi de 1983 sur la représentation du peuple (*Representation of People Act 1983*) contient dans son article 3 l'interdiction automatique et indifférenciée des détenus d'exercer leur droit de vote. En 2005, dans un arrêt précèdent (l'arrêt *Hirst*), la Cour a identifié que l'article 3 de la loi de 1983 viole l'article 3 du Protocole n° 1[2366]. Cependant, dans l'arrêt la Cour de Strasbourg a constaté que le Royaume-Uni n'a pas pris les mesures nécessaires pour accomplir l'arrêt *Hirst*[2367], circonstance qui a dégénéré dans un problème structurel sous-jacent, dans la mesure où environ 2.500 requêtes ont été introduites pour des griefs analogues, dont quelque 1.500 ont été enregistrées et sont en attente d'une décision. De plus, la Cour a remarqué aussi que l'État défendeur compte en permanence avec un peu près de 70.000 détenus, lesquels sont dans la pratique des requérants potentiels par les mêmes faits et par les mêmes droits[2368].

Pour résoudre le problème structurel existant dans le droit anglais, la Cour conclut que « la seule chose à faire est de modifier la législation, ce qui apportera sans aucun doute une satisfaction à ceux qui sont ou pourraient être visés par l'interdiction générale [d'exercer leur droit de vote] »[2369]. Ainsi, s'éloignant un peu de sa doctrine de la marge d'appréciation, la Cour a décidé qu' « une modification du droit électoral aux fins de respecter l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Hirst* constituerait également une exécution du présent arrêt et de tout autre arrêt pouvant être rendu après celui-ci dans des affaires analogues actuellement pendantes devant elle »[2370]. C'est pourquoi dans la partie résolutive, elle a dit que le Royaume-Uni doit enfin « présenter, dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle le présent arrêt sera devenu définitif, des propositions de la loi visant à modifier la loi 1983 »[2371].

Le deuxième arrêt, cette fois rendu contre l'Ukraine, réaffirme l'incorporation au droit interne des nouvelles pratiques législatives, administratives et judiciaires dans le SEDH. L'arrêt met en évidence l'existence dans le droit et la pratique des autorités ukrainiennes d'un problème structurel à l'égard de la non-exécution des décisions judiciaires internes et du manque des recours effectifs. Sur ce sujet, la Cour EDH a révélé que « plus de la moitié de ses arrêts dans les affaires ukrainiennes ont concerné la question de la non-exécution prolongée de décisions finales pour lesquelles les autorités ukrainiennes étaient responsables »[2372].

[2365] Oana NADELCU-SURDESCU, *Brief Analysis of the Operation of the Pilot Judgment Procedure before The European Court of Human Rights (ECHR)*, Op. Cit., p. 28.
[2366] COUR EDH, *Affaire Hirst Vs. Royaume-Uni (No. 2)*, Requête n° 74025/01, 6 octobre 2005, §§ 41, 62, 84 et point résolutif No. 1.
[2367] COUR EDH, *Affaire Greens et M.T. Vs. Royaume-Uni*, Requête n° 60041/08, Op. Cit., §§ 111 et 112.
[2368] Ibid., § 111.
[2369] Ibid., § 118.
[2370] Ibid., § 120.
[2371] Ibid., point résolutif No. 6.
[2372] COUR EDH, *Affaire Yuriy Nikolayevich Ivanov Vs. Ukraine*, Requête n° 40450/04, 15 janvier 2010, § 73.

Dans le cas en espèce, la Cour constate, tel qu'elle a déjà fait dans l'affaire *Voytenko*[2373], que le requêtant ne pouvait pas recevoir, à cause d'une pratique administrative des autorités ukrainiennes, les sommes qui lui sont attribuées par rapport à la fin de son service militaire, ce qui est contraire à l'article 6 § 1 de la CEDH. De plus, la Cour a conclu que le système juridique ukrainien n'offre aucun recours interne effectif, tel qu'il est requis par l'article 13 de la CEDH, afin d'éviter des retards dans l'exécution des décisions ou pour permettre d'obtenir une réparation pour les dommages créés par ces retards[2374]. D'après le tribunal de Strasbourg, dans le système juridique Ukrainien existe un dysfonctionnement à l'égard de la non-exécution ou la longue exécution des arrêts internes définitifs et l'absence de recours internes effectifs pour corriger ces défauts[2375].

Afin de résoudre les problèmes « à grande échelle et de nature complexe » identifiés dans cette affaire, la Cour considère qu'il faut mettre en œuvre sans délais des mesures globales et complexes, parmi lesquelles, se trouvent celles de caractère législatif et administratif, impliquant diverses autorités nationales[2376]. Ainsi considère la Cour, que « l'État défendeur doit introduire sans délai, et au plus tard dans un an à compter de la date à laquelle le jugement devient définitif un recours ou une combinaison des recours dans le système juridique national, et veiller à ce que le recours soient conformes, en théorie et en pratique, aux critères clés fixés par la Cour »[2377].

En Afrique, le SADHP a démontré par le biais de ses décisions judiciaires être dans la même voie téléologique que ses tribunaux homologues interaméricain et européen. Bien que la jurisprudence africaine sur le fond des affaires ne soit pas encore assez nombreuse, la Cour ADHP s'est révélée, dès ses premiers arrêts de fond, être au niveau à l'égard de l'incorporation aux droits étatiques des nouvelles pratiques législatives, administratives et judiciaires[2378]. On parle du troisième arrêt sur le fond rendu par la Cour d'Arusha, qui a été déjà énoncé *supra*[2379], mais qu'il faut tenir en compte, parce qu'il a reconnu dans le droit burkinabé une incompatibilité normative que limite le plein exercice du droit à la liberté d'expression.

Dans le cas d'espèce, la Cour ADHP après d'avoir fait un examen de proportionnalité à la lumière des standards internationaux, a conclu que les limitations du droit à la liberté d'expression bien qu'elles soient prévues dans la loi[2380], répondent à un objectif légitime[2381], elles ne sont pas nécessaires pour atteindre l'objectif visé[2382]. Pour la Cour, ces dispositions législatives constituent « une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression des journalistes en général »[2383], parce que « les infractions aux lois relatives à la liberté d'expression et de presse ne sauraient être sanctionnées par des peines privatives de liberté sans être contraires à [l'article 9 de la Charte ADHP, 19 du PIDCP et 66.2 (c) du Traité révisé de la CEDEAO] »[2384].

[2373] COUR EDH, *Affaire Voytenko Vs. Ukraine*, Requête nº 18966/02, 29 septembre 2004, §§ 35 et 48, et points résolutifs No. 2 et 3.
[2374] COUR EDH, *Affaire Yuriy Nikolayevich Ivanov Vs. Ukraine*, Requête nº 40450/04, Op. Cit., § 73.
[2375] Ibid., §§ 83 et 84.
[2376] Ibid., §§ 90 et 92.
[2377] Ibid., § 94.
[2378] Dinah SHELTON, *Konaté Vs. Burkina Faso*, Op. Cit., p. 631.
[2379] Voir *supra* IIème partie, Titre I, Ch. 2, Section 1, B, II.
[2380] COUR ADHP, *Affaire Lohé Issa Konaté Vs. Burkina Faso*, Requête n° 004/2013, Op. Cit., § 130.
[2381] Ibid., § 138.
[2382] Ibid., § 163.
[2383] Ibid., § 164.
[2384] Ibid., § 165.

Le plus important de l'arrêt est la partie qui correspond à la réparation, vu que la Cour ADHP a incorporé dans le SADHP l'action d'ordonner aux États défendeurs de nouvelles pratiques législatives à travers la modification de leur législation[2385]. À cet égard, la Cour a demandé au Burkina Faso d' « [abroger] les peines privatives de liberté pour les actes de diffamation » et d' « [adapter] sa législation afin de faire en sorte que les autres sanctions pour diffamation soient conformes aux critères de nécessité et de proportionnalité, conformément à ses obligations en vertu de la Charte et d'autres instruments internationaux pertinents »[2386].

C'est ainsi que les tribunaux régionaux des droits de l'homme en Afrique, Amérique et Europe ont exercé un contrôle sur la conventionnalité des normes et pratiques étatiques afin de réussir la correction des problèmes qui vont au-delà des mesures individuelles. Cependant, la correction de cette sorte de problèmes sera plus évidente grâce à la conséquente mise à jour des ordres juridiques internes vis-à-vis des instruments internationaux.

II. La conséquente mise à jour des ordres juridiques internes

Dans l'actualité, lorsque les tribunaux régionaux des droits de l'homme trouvent un problème provenant de l'incompatibilité des droits étatiques ou des pratiques des autorités publiques, ils voient la nécessité, autant que l'opportunité, de rendre en conformité les droits et les pratiques internes aux normes internationales que l'État a acceptée[2387]. Le but recherché par ces tribunaux à travers l'harmonisation des droits internes aux normes de droit international ainsi qu'aux interprétations que d'elles ils ont fait leurs interprètes autorisés[2388], est celui de régler les violations des droits de l'homme dès leur source et de prévenir la multiplication des violations par le fait d'être en vigueur les normes ou les pratiques internes incompatibles[2389].

En effet, on pourrait dire qu'à ce stade « le contrôle de conventionnalité est un outil essentiel, approprié et nécessaire pour assurer l'accomplissement et l'application correcte du jugement international »[2390], ainsi que de la transformation et la mise à jour de l'ordre juridique étatique, dans la mesure où ce mécanisme permet aux tribunaux régionaux « d'appliquer non seulement le droit international, particulièrement, le droit international des

---

[2385] Ibid., point résolutif No. 8.
[2386] Ibidem.
[2387] Anne-Catherine FORTAS, *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 403 ; Dragoljub POPOVIĆ, « Pilot Judgments of the ECTHR », *in* COUNCIL OF EUROPE, *Reforming of the European Convention on Human Rights : A work in progress*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009, p. 359 ; et Oana NADELCU-SURDESCU, *Brief Analysis of the Operation of the Pilot Judgment Procedure before the European Court of Human Rights (ECHR)*, Op. Cit., p. 28.
[2388] Barbara BONAFINI, « The OAS and the Inter-American Court of Human Rights : A Human Rights Framework for the Americas », *in* Sabino CASSESE and al. (Ed.), *Global Administrative Law : The Casebook*, New York, Institute for International Law and Justice, 2012, p. 57.
[2389] COUR IDH, *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Résolution de supervision, Op. Cit., § 72 ; et COUR EDH, *Affaire Kurić et autres Vs. Slovénie*, Requête nº 26828/06, Op. Cit., § 132.
[2390] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional : vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del caso Gelman Vs. Uruguay)*, Op. Cit., p. 684.

droits de l'homme »[2391], mais permet également aux États d'accomplir, l'une des obligations communes des trois systèmes régionaux de protection, l'exécution des arrêts[2392].

Selon Ferrer Mac-Gregor, l'exécution des décisions judiciaire acquiert une importance spéciale « quand l'accomplissement de l'arrêt international implique de « laisser sans effets » une norme générale » du droit interne[2393]. Surtout, dans les systèmes de protection, comme celui de la CADH, où toutes les autorités publiques ont « la fonction de faire prévaloir la Convention américaine et les arrêts de [la Cour IDH] sur la normativité interne, les interprétations et les pratiques qui obstruent l'accomplissement de ce qui a été disposé dans un cas déterminé »[2394].

L'action respectueuse des décisions internationales par les autorités internes va faire prévaloir dans l'exercice ordinaire de leurs fonctions publiques la primauté des droits de l'homme, ainsi que de l'interprétation qu'en ont donné les tribunaux régionaux, donnant lieu d'ailleurs à la formation d'un « *ius commune* »[2395]. C'est seulement de cette manière que les problèmes structurels sous-jacents du droit étatique pourront être résolus[2396]. Il est clair, mis à part la force contraignante des arrêts des tribunaux régionaux, que la solution aux problèmes structurels et la nécessaire mise à niveau du droit interne à l'égard des obligations acquises par les États, ne se trouvent pas exclusivement dans les décisions internationales, mais elle repose aussi dans la volonté étatique.

Dans le SIDH par exemple, le parfait accomplissement des arrêts où la Cour IDH a identifié des incompatibilités normatives ou des pratiques administratives et judiciaires avec la *corpus juris* interaméricain, ordonnant le redressement de celles-ci (*res judicata*)[2397], ainsi que l'adéquat exercice du contrôle diffus de conventionnalité par toutes les autorités publiques, tenant compte de l'interprétation que des instruments interaméricains a fait la Cour de San José (*res interpretata*)[2398], met le droit interne obligatoirement en consonance aux droits interaméricain et international des droits de l'homme[2399].

[2391] Ibidem.

[2392] Dans les trois systèmes de protection des droits de l'homme (l'interaméricain, l'africain et l'européen) de manière taxative et presque dans les mêmes termes, s'est établie la force obligatoire des arrêts autant que le devoir de leur exécution par les États. L'article 46.1 de la CEDH dispose que « les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ». L'article 68.1 de la CADH, pour sa part, détermine que « les États parties à la présente Convention s'engagent à se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige où elles sont en cause ». Enfin, l'article 30 du Protocole portant création de la Cour ADHP, énonce que « les États parties au présent Protocole s'engagent à se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige où ils sont en cause et en assurer l'exécution dans le délai fixé par la Cour ».

[2393] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional : vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del caso Gelman Vs. Uruguay)*, Op. Cit., p. 684.

[2394] COUR IDH, *Affaire Apitz Barbera et autres (« Cour première du contentieux administratif ») Vs. Venezuela*, Résolution de supervision, 23 novembre 2012, § 26 ; et *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Résolution de supervision, Op. Cit., § 73.

[2395] Ariel E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court ? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 68.

[2396] Oana NADELCU-SURDESCU, *Brief Analysis of the Operation of the Pilot Judgment Procedure before the European Court of Human Rights (ECHR)*, Journal of European Studies and International Relations, 2010, Vol. I, Issue 1, p. 32.

[2397] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Opinion concordante à la résolution de supervision*, COUR IDH, *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Résolution de supervision, 20 mars 2013, § 32.

[2398] Ibid., § 33.

[2399] Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems) : Some Pertinent Questions*, Op. Cit., p. 126.

De même dans le SEDH, lorsque les États coopèrent et suivent de manière responsable les indications sur les mesures générales recommandées par la Cour EDH, les problèmes structurels détectés peuvent être surmontés au niveau national. En effet, la Cour peut rejeter toutes les nouvelles applications sur la même infraction, ainsi que toutes les applications qui ont été gelées après l'émission de l'arrêt trouvant des problèmes structurels, évitant ainsi des nouvelles condamnations pour les États pour les mêmes faits[2400]. En bref, le droit interne devient compatible, conforme et en harmonie aux droits européen et international des droits de l'homme[2401].

Néanmoins, l'application du contrôle concentré de conventionnalité par les tribunaux régionaux des droits de l'homme ne se limite pas à corriger les problèmes structurels sous-jacents des droits étatiques ni à éviter avec cela les violations massives et systématiques. Dans le but de former un véritable « *ius commune* »[2402], l'application du contrôle concentré de conventionnalité vise aussi l'extension du patrimoine commun des droits de l'homme à tous les territoires étatiques soumis à leur juridiction.

B. L'extension du patrimoine commun des droits de l'homme

On rappelle que par patrimoine commun des droits de l'homme on envisage plus l'idée de processus continu que de résultat définitif. La notion de patrimoine commun des droits de l'homme qu'on a retenu est encadrée par l'idéal d'abandonner l'égalité de droit par celle de l'égalité réelle[2403]. De plus, la notion du patrimoine commun acceptée est orientée par l'objectif de faire des groupes en état de vulnérabilité les premiers récepteurs de sa normativité, afin que les droits de l'homme soient dirigés vers la matérialisation de la justice sociale[2404].

[2400] Voir par exemple, les arrêts *Torreggiani et autres* et *Stella et autres* contre l'Italie. Tous les deux visant le problème structurel de la surpopulation carcérale, tellement grave dans ce pays, que l'année 2010 le président du Conseil des ministres italien a déclaré l'état d'urgence au niveau national. La première décision est un arrêt pilote, dans lequel la Cour EDH a précisé toutes les mesures générales à prendre pour l'Italie afin de résoudre le problème structurel et d'éviter plus des violations des droits de l'homme par les mêmes faits. La deuxième décision est le résultat d'un nombre des requêtes irrecevables, par le fait que la Cour EDH a constaté que l'Italie avait mis en œuvre les mesures générales recommandées dans l'arrêt *Torreggiani*, parmi celles-ci, des nouvelles voies de recours individuels. Dans le cas d'espèce, la Cour considère, en principe, que ces voies de recours individuels sont adéquates pour que les détenus puissent dénoncer la violation de l'article 3 de la CEDH, raison pour laquelle nie la recevabilité. COUR EDH, *Affaire Torreggiani et autres Vs. Italie*, Requêtes n°s 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/09 et 37818/10, 25 mai 2013, et *Affaire Stella et autres Vs. Italie*, Requête n° 49169/09, 16 septembre 2014.

[2401] Le cas contraire se présente lorsque l'État n'a pas la volonté d'accomplir les arrêts ni de suivre les indications sur les mesures générales données par la Cour de Strasbourg. En Russie, le problème structurel de la surpopulation carcérale a amené la Cour EDH en 2012 à émettre l'arrêt *Ananyev et autres*. Dans cet arrêt, la Cour a indiqué toutes les mesures générales nécessaires pour surmonter le problème structurel. Néanmoins, la Russie n'a pas montré la volonté requise pour mettre en œuvre les mesures générales et, par conséquent, les violations n'ont pas diminué. La Cour EDH s'est vue obligée à réexaminer les affaires qu'ont été gelées après l'émission de l'arrêt *Ananyev*. Voir, COUR EDH, *Ananyev et autres Vs. Russie*, Requêtes n°s 42525/07 et 60800/08, 10 avril 2012 ; *Affaire Reshetnyak Vs. Russia*, Requête n° 56027/10, 8 janvier 2013 ; *Affaire Yefimenko Vs. Russie*, Requête n° 152/04, 12 février 2013 ; et *Affaire Zuyev Vs. Russie*, Requête n° 16262/05, 19 mai 2013.

[2402] Ariel E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court ? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 68.

[2403] Voir le paragraphe 2 de la Section 2 du Chapitre I de la Partie II.

[2404] Ibidem.

Cependant, les objectifs prétendus par le patrimoine commun des droits de l'homme deviendront difficilement une réalité sans la participation des acteurs régionaux. C'est pourquoi au niveau international l'exercice du contrôle de conventionnalité, en plus de permettre la concrétisation du patrimoine commun a, comme effet juridique, l'extension de ce patrimoine, soit *par l'intégration aux systèmes régionaux (I)*, soit *par l'enrichissement permanent obtenu à l'intérieur de ces systèmes (II)*.

I. Par l'intégration du patrimoine commun des droits de l'homme aux systèmes régionaux

Le contrôle de conventionnalité exercé par les organes régionaux des droits de l'homme a la capacité de contrôler, initialement, la compatibilité des normes internes, mais avec celle-ci, de contrôler aussi la pertinence et l'efficacité de tout le droit interne vis-à-vis des obligations internationales acquises en la matière par les États[2405]. Néanmoins, il faut bien savoir qu'au moment d'exercer cette sorte de contrôle de compatibilité normative, les organes régionaux ne se limitent pas à faire le contrôle au regard des instruments internationaux ratifiés par l'État, mais ils tiennent compte aussi des interprétations jurisprudentielles données à ces instruments[2406], ainsi que de l'identification des nouveaux droits reconnus grâce à la « saving clause »[2407], de chacun des traités constituant les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme[2408].

Cette manière d'agir des organes régionaux des droits de l'homme est pleinement compatible, voire congruente, avec le but d'étendre le patrimoine commun des droits de l'homme à toutes les entités étatiques. En effet, tel qu'il a été reconnu par le juge belge à la Cour EDH, Paul Lemmens, la protection juridictionnelle des droits de l'homme doit être assurée par les juridictions nationales et internationales –en faisant référence à la Cour de Strasbourg–, par le fait que tous les deux ont tant une « mission » que des « défis » communs[2409]. Dans cet ordre d'idées, la complémentarité entre la protection internationale et nationale des droits de l'homme devient essentielle. Sur le terrain de la protection des droits de l'homme il y a une complémentarité entre les garanties internationales et les garanties nationales, à tel point que l'idée de la « responsabilité partagée » répond dans la pratique « à une réalité en fait et en droit » des systèmes régionaux de protection[2410].

[2405] En effet, lorsque le contrôle de conventionnalité est exercé par les autorités publiques, il est à rappeler qu'elles doivent tenir compte tant du *corpus juris* que des interprétations faites par les tribunaux internationaux sur lui. Le résultat de cet exercice est le contrôle de tout le droit interne étatique sur ce qui concerne sa pertinence et son efficacité. Tout cela est fait, afin de garantir l'effet utile des instruments internationaux des droits de l'homme. Voir, Juan Carlos HITTERS, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, Op. Cit., pp. 129 – 130.

[2406] COUR IDH, *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Résolution de supervision, Op. Cit., § 65.

[2407] Magdalena SEPULVEDA, *The nature of the obligation under the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Op. Cit., p. 303 ; et Florent MAZERON, « Article 5 », Op. Cit., p. 167.

[2408] Voir, Article 60 –articule 53 à partir du Protocole n° 11– de la CEDH, article 29 de la CADH et article 60 de la CADHP.

[2409] Paul LEMMENS, « Réponse à l'exposé de Monsieur Jean Marc Sauvé », *in* COUR EDH, *Dialogue entre juges 2015 : « Subsidiarité : une médaille à deux faces ? »*, Strasbourg, Cour Européenne des droits de l'homme, 2015, p. 33, Disponible [En ligne] : http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2015_FRA.pdf (29 septembre 2018).

[2410] Ibid., p. 34.

La protection « primaire » des droits de l'homme est à la charge des États. Les organes régionaux des droits de l'homme jouent un rôle de protection « subsidiaire »[2411], consistant à veiller à ce que le « ius commune latino-américaine »[2412], le « standard européen »[2413], et le droit africain des droits de l'homme, inspiré « des vertus de leurs traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine »[2414], soient respectés par les autorités publiques. Autrement dit, mis à part le « contrôle primaire » de conventionnalité que doivent exercer toutes les autorités publiques, comme c'est le cas concret du SIDH, il est indispensable le « contrôle secondaire » de conventionnalité exercé par les tribunaux régionaux[2415], afin de conserver la compatibilité du droit interne vis-à-vis du droit international des droits de l'homme régional et universel[2416].

À ce propos, devient assez pertinentes les remarques du juge interaméricain, Ferrer Mac-Grégor, par rapport à l'importance actuelle de contrôler la conventionnalité des normes. Selon lui, dans l'actualité, le plus relevant du contrôle de conventionnalité, c'est qu'il constitue un outil indispensable pour assurer l'application de tout le droit international, mais en particulier, du droit international des droits de l'homme[2417]. Quand les juges internationaux des droits de l'homme contrôlent la conventionnalité d'une norme interne, soit par la voie contentieuse soit par la voie consultative, ils fondent leurs décisions évidemment sur le *corpus juris* développé dans leurs régions, mais ils le font aussi tenant compte de tout ce que le droit international trouve que partagent les êtres humains et qui forme « l'œuvre collective de l'humanité »[2418].

[2411] Ibidem.

[2412] Ariel E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court ? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 68 ; et Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems) : Some Pertinent Questions*, Op. Cit., p. 125. Voir aussi, Armin Von BOGDANDY, *Ius constitutionale commune en América Latina : una Mirada a un constitucionalismo transformador*, Revista Derecho del Estado, 2015, No. 34, pp. 3 – 50 ; et José Ma. SERNA DE LA GARZA, « El concepto del *ius commune* latinoamericano en derechos humanos : elementos para una agenta de investigación », *in* Armin Von BOGDANDY, Héctor FIX-FIERRO et Mariela MORALES ANTONIAZZI (Coord.), *Ius constitutionale commune en América Latina : rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 199 – 217.

[2413] Par rapport au concept de standard européen des droits de l'homme voir, Costas PARASKEVA, *Reforming the European Court of Human Rights : An Ongoing Challenge*, Nordic Journal of International Law, 2007, Vol. 76, Issue 2, pp. 185 – 216 ; S.A. GORCHKOVA, *European Norms on the Protection of Human Rights : On the Development of Russian Human Rights Legislation*, Review of Central and East European Law, 2004, Vol. 29, No. 3, pp. 365 – 405 ; et Päivi LEINO, *A European Approach to Human Rights ? Universality Explored*, Nordic Journal of International Law, 2002, Vol. 71, Issue 4, pp. 455 – 495.

[2414] Les droits de l'homme en Afrique sont déterminés par la cosmovision des populations africaines fondée sur la conception collective des droits. Voir sur le sujet, Mutoy MUBIALA, *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et cultures africaines*, Revue québécois de droit international, 1999, No. 12.2, p. 201 ; Edwin EGEDE, *Africa and the Deep Seabed Regime : Politics and International Law of the Common Heritage of Mankind*, New York, Springer, 2011, pp. 62 et 63.

[2415] Juan Carlos HITTERS, *Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, Op. Cit., pp. 126 – 128.

[2416] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional : vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del caso Gelman Vs. Uruguay)*, Op. Cit., p. 684.

[2417] Ibidem.

[2418] Les réflexions faites par Joseph Yacoub sur la construction collective des droits de l'homme deviennent ici très constructives pour comprendre le phénomène des droits de l'homme en tant que patrimoine commun de l'humanité. Bien que « les droits de l'homme sont à la mode », et ils comptent depuis 1948 avec une Déclaration qui les donnent le caractère d'universels, dans la réalité l'universalité des droits de l'homme a dû se battre avec la philosophie occidentale pour se libérer progressivement de « la prédominance du libéralisme individualiste ». Le temps a démontré, avec l'expédition d'autres instruments internationaux corrigeant l'empreinte individualiste occidentale de la Déclaration de 1948 (le PIDCP et le PIDESC par exemple), que « les droits de l'homme sont et doivent être une œuvre collective de l'humanité », ils doivent

On peut le constater dans les trois systèmes régionaux des droits de l'homme (africain, américain et européen) lorsque leurs décisions s'appuient, par exemple, sur le droit international humanitaire, le droit international pénal ou le droit migratoire, laissant en évidence l'existence de certains droits qui font partie d'un patrimoine commun des droits de l'homme[2419].

Dans le SIDH, la Cour IDH et la Commission IDH ont reconnu que les normes interaméricaines ne sont pas susceptibles d'être interprétées de manière isolée des autres normes du droit international. C'est le cas des normes de la CADH et des normes du droit international humanitaire. Dans l'affaire *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, la Cour IDH a reconnu l'interrelation des droits de l'homme et du droit international humanitaire, pour affirmer l'existence effective d'une « équivalence entre le contenu de l'article 3 commun des Conventions de Genève de 1949 et celui des dispositions de la Convention Américaine et d'autres instruments internationaux à propos des droits de l'homme non susceptibles de dérogation (tels que le droit à la vie et le droit de n'être pas soumis aux tortures et aux traitements cruels inhumains ou dégradants) »[2420].

Également, dans sa jurisprudence constante la Cour IDH a manifesté l'importance d'interpréter la CADH à la lumière des normes et principes pertinents du droit international humanitaire tels que le principe de distinction, le principe de proportionnalité et le principe de précaution[2421]. Dans le même esprit, la Commission IDH a statué que la complémentarité et le fait que les réglementations des droits l'homme et du droit international humanitaire « sont basées sur les mêmes principes et valeurs »[2422], révélant pourquoi ces deux branches du droit international s'influencent et se renforcent mutuellement. De la sorte, et en accord aussi avec l'avis consultatif de la Cour internationale de justice de 2004, pour la Commission, la relation étroite entre le droit international des droits de l'homme et le DIH, oblige, le cas échéant, que le droit international des droits de l'homme soit interprété à la lumière du DIH, et celui-ci, soit interprété à la lumière du droit international des droits de l'homme[2423].

être reconnus en tant que patrimoine de toute et pour toute l'humanité. Joseph YACOUB, *Les droits de l'homme : une œuvre collective de l'humanité*, Op. Cit., pp. 400 et 401.

[2419] Antônio CANÇADO TRINDADE, « Aproximaciones y convergencias revisitadas : Diez años de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004) » *in Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984 – 2004)*, San José/México, ACNUR, 2005, pp. 139 – 191.

[2420] COUR IDH, *Affaire Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, Arrêt de fond, Série C n° 70, Op. Cit., § 209. Le tribunal de San José, dès années 2000 a réaffirmé que dans son examen de compatibilité normative, elle est « compétente pour décider si, n'importe quelle norme du droit interne ou international appliquée par un État, en temps de paix ou de conflit armé, est compatible ou non avec la Convention Américaine ». D'après la propre Cour, dans cette activité elle « n'a pas de limite normative : toute norme juridique est susceptible d'être soumis à cet examen de compatibilité ». COUR IDH, *Affaire Las Palmeras Vs. Colombie*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 67, 4 février 2000, § 32.

[2421] COUR IDH, *Affaire Massacre de Santo Domingo Vs. Colombie,* Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, Série C n° 259, Op. Cit., § 211. Voir plus récemment : COUR IDH, *Affaire Cruz Sánchez et autres Vs. Pérou*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 292, Op. Cit., § 273.

[2422] COMMISSION IDH, *Affaire Franklin Guillermo Aisalla Molina. Équateur Vs. Colombie,* Rapport d'admissibilité de la Communication interétatique No. 2, Rapport No. 112/10, Op. Cit., § 121.

[2423] Ibidem. Pour l'avis consultatif émis par la CIJ à l'égard des conséquences juridiques de l'édification d'un mur de division dans le territoire palestinien occupé voir, CIJ, *Affaire sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Op. Cit., § 106.

Dans l'affaire interétatique *Franklin Guillermo Aisalla Molina. Équateur Vs. Colombie*, la Commission, en précisant l'influence et le renforcement mutuel entre normes du droit international[2424], a rejeté les arguments de la Colombie par rapport à son incompétence *ratione materiae* suite aux bombardements des forces armées colombiennes du campement des forces armées révolutionnaires de Colombie (FARC) situé dans le territoire équatorien[2425]. Selon la défense colombienne, les bombardements se sont déroulés dans un conflit armé, ce qui exclurait nécessairement l'affaire de la scène de la CADH et la placerait dans l'espace du DIH. Pour la Commission, un tel argument est inadmissible, puisque « bien que la *lex specialis* par rapport aux faits qui ont eu lieu dans le contexte d'un conflit armé soit le DIH, cela ne signifie pas que le droit international des droits de l'homme ne s'applique pas. Au contraire, ce qu'il signifie, c'est qu'en appliquant le droit des droits de l'homme, en l'occurrence la Convention Américaine, on recourt au DIH pour les effets de l'interprétation comme norme spécifique qui est en vigueur dans un conflit armé »[2426].

Pour sa part, dans le SEDH, la Cour de Strasbourg a réitéré récemment dans l'affaire *Margus Vs. Croatie*, par rapport à la question des amnisties relatives aux crimes internationaux, qui comprennent les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et les génocides, qu'elle « ne saurait ignorer l'évolution du droit international en la matière »[2427]. Celui-là, selon la Cour, parce que « la Convention et ses protocoles doivent être interprétés non pas isolément mais de manière à se concilier avec les principes généraux du droit international, dont ils font partie intégrante »[2428]. Ici, la Cour du palais des droits de l'homme, fondée sur la règle de l'article 31 § 3 c) de la CVDT, reconnaît l'existence d'un patrimoine commun des droits de l'homme qu'il ne faut pas ignorer. Pour statuer, tout de suite, que « l'interprétation d'un traité doit se faire en tenant compte de « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties, en particulier de celles relatives à la protection internationale des droits de l'homme »[2429].

Dans un autre arrêt rendu quelques mois après et à l'encontre du Royaume-Uni, l'affaire *Hassan*, qui portait sur l'exercice par l'État contractant de sa juridiction au sens de l'article 1 de la CEDH, hors de son territoire, la Cour a reconnu l'existence d'un patrimoine commun des droits de l'homme qui se trouve dans tout le droit international. Dans cet arrêt, la Cour a accepté que dans un cas concret « le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire peuvent s'appliquer simultanément »[2430]. Surtout, si l'on tient compte que « la Convention ne peut s'interpréter dans le vide mais doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie intégrante »[2431].

[2424] COMMISSION IDH, *Affaire Franklin Guillermo Aisalla Molina. Équateur Vs. Colombie,* Rapport d'admissibilité de la Communication interétatique No. 2, Rapport No. 112/10, Op. Cit., § 121.

[2425] Les bombardements référenciés dans cette affaire ont fait partie de l'opération militaire dénommée « Operación Fénix » perpétuée par l'armée colombienne, le 1 mars 2008, dans le territoire frontalier équatorien. Dans ces évènements a été abattu le deuxième chef des FARC, Raúl Reyes, et le citoyen équatorien Franklin Aisalla. Voir, Felicity SZESNAT et Annie R. BIRD, « Colombia », *in* Elizabeth WILMSHURST (Ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 232 – 239.

[2426] COMMISSION IDH, *Affaire Franklin Guillermo Aisalla Molina. Équateur Vs. Colombie,* Rapport d'admissibilité de la Communication interétatique No. 2, Rapport No. 112/10, Op. Cit., § 122.

[2427] COUR EDH, *Affaire Margus Vs. Croatie*, Requête nº 4455/10, Op. Cit. § 129.

[2428] Ibidem.

[2429] Ibidem.

[2430] COUR EDH, *Affaire Hassan Vs. Royaume-Uni*, Requête nº 29750/09, 16 septembre 2014, §§ 35 – 37 et 77.

[2431] Ibid., § 77.

Pareille situation se trouve dans le SADHP. La Commission ADHP, dans l'affaire interétatique introduite par la République Démocratique du Congo Vs. le Burundi, le Rwanda et l'Ouganda, relative « aux violations graves et massives des droits de l'homme et des peuples que les forces armées de ces trois pays auraient commises dans les provinces congolaises touchées par un mouvement de rébellion depuis le 2 août 1998 »[2432], a vu pertinente l'incorporation au système régional africain des normes du droit international humanitaire. Dans sa réflexion, la Commission a précisé que la série de violations alléguées d'être commises par les forces armées des États défendeurs (massacres, viols, mutilations, déportations massives de populations et pillage des possessions des populations) « entre dans le cadre du droit humanitaire et donc, est couverte par les quatre *Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels* »[2433]. La Commission a exprimé également qu'en vertu des dispositions combinées des articles 60 et 61 de la CADHP, « les quatre Conventions de Genève et les deux Protocoles additionnels relatifs aux conflits armés font partie des principes généraux du droit reconnus par les États africains »[2434]. Avec ces arguments, la Commission a condamné « l'occupation du territoire du Plaignant par les forces des États Défendeurs »[2435], et a trouvé que « les tueries, massacres, viols, mutilations et autres violations graves des droits de l'homme commis par les forces armées des États Défendeurs pendant leur occupation des provinces orientales de l'État Plaignant [sont] répréhensibles et en violation de leurs obligations aux termes du Titre III de la *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (1949) et du Protocole 1 de la Convention de Genève* »[2436].

La brève description qui vient d'être faite sur la manière par laquelle les organes régionaux des droits de l'homme trouvent dans les autres branches du droit international le patrimoine commun des droits humains et les intègrent à leurs systèmes de protection, confirme les effets positifs du contrôle concentré de conventionnalité.

Cependant, le phénomène de l'extension du patrimoine commun des droits de l'homme ne s'écoule pas dans son intégration aux systèmes de protection régionaux. Au contraire, l'extension du patrimoine commun est un phénomène à deux faces qui ne se limite pas à la transmission mais qui englobe aussi l'enrichissement ; un enrichissement qui peut bien être qualifié de permanent et qui trouve sa réalisation dans les systèmes régionaux de protection.

II. Par l'enrichissement permanent du patrimoine commun des droits de l'homme par les systèmes régionaux

Le droit international est une construction collective. Son évolution a dépendu des plusieurs acteurs, qui en interprétant la réalité des sociétés, ont essayé de faire le point juridique du droit international pour maintenir sa vigueur dans le temps[2437]. L'une de ses

---

[2432] COMMISSION ADHP, *Communication 227/99*, République Démocratique du Congo Vs. Burundi, Rwanda et Ouganda, 29 mai 2003, § 2.
[2433] Ibid., § 69.
[2434] Ibid., § 70.
[2435] Ibid., § 76.
[2436] Ibid., § 79.
[2437] Suivant les réflexions portées par Reisman dans sa « *the actors theory ignored* » (la théorie des acteurs ignorés), la construction du droit international a eu plusieurs acteurs, elle a été un processus tellement collectif qu'il y a eu même des acteurs qui ont été ignorés, mais qui ont participé dans la construction du

spécialités en particulier, le droit international des droits de l'homme, a vécu son développement autour des circonstances cruelles et dramatiques, qui progressivement commencent à être résolues grâce à l'émergence des droits humains ainsi que des systèmes et tribunaux en la matière[2438].

Le cas du SIDH est quelque chose de remarquable, compte tenu de toutes les difficultés confrontées par le continent américain le long du dernier siècle. En Amérique, particulièrement en Amérique Latine, tel qu'il est remarqué par le juge international Cançado Trindade, il y a eu toujours une forte « reconnaissance […] de la pertinence des principes généraux du droit international »[2439]. C'est pourquoi malgré toutes les difficultés survécus, les Latino-Américains montrent « constamment son état de préparation pour contribuer à la codification et ou développement progressif de la loi des nations, depuis une perspective essentiellement universaliste et dans un esprit de solidarité internationale »[2440].

Dans cet état d'esprit, la Cour IDH a enrichi le patrimoine commun des droits de l'homme par le biais de l'humanisation de diverses spécialités du droit international. Par exemple, en matière de droit consulaire, elle a reconnu de manière prétorienne le droit à l'information consulaire en tant que droit humain[2441]. En effet, dans son avis consultatif OC-16/99, relatif au droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière, interprétant l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963, la Cour a précisé que cet article « reconnaît au détenu étranger des droits individuels »[2442].

D'après le tribunal de San José, l'article 36 accorde de manière non équivoque « les droits à l'information et à la notification consulaire » aux détenus étrangers[2443], ce qui « constitue une exception remarquable à l'égard de la nature, essentiellement étatique, des droits et obligations consacrés dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires », et représente, à partir de l'interprétation dynamique donnée par la Cour, « une avance

droit international, tels que les organisations intergouvernementales, les corporations transnationales, les ONG, les groupes terroristes et les gangs. Michel REISMAN, *The quest for world order and human dignity in the twenty-first century : constitutive process and individual commitment*, Op. Cit., pp. 233 – 264. Voir aussi, Daniel THÜRER, *International Humanitarian Law : Theory, Practice, Context*, Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2011, Vol. 338, pp. 197 – 233.

[2438] Voir sur le sujet, Gerhard HAFNER, *The emancipation of the individual from the state under international law*, Op. Cit., pp. 332 – 339.

[2439] Antônio CANÇADO TRINDADE, *The Contribution of Latin American Legal Doctrine to The Progressive Development of International Law*, Op. Cit., p. 63. À cet égard, il faut se souvenir par exemple, des précisions faites par le grand internationaliste colombien, Jesús María Yepes, dans son cours de droit international donné à l'Académie du droit international de La Haye en 1930. Yepes a démontré comment l'évolution de la pensée juridique latino-américaine avait prévu –un siècle en avance– à travers le traité du Congrès de Panamá de 1826, l'idée d'une organisation internationale, telle que la Société des Nations créée un siècle plus tard. Jesús María YEPES, *La contribution de l'Amérique Latine au développement du droit international public et privé*, Recueil des cours de l'Académie du droit International, RCADI, 1930, Vol. 32, pp. 699 – 706.

[2440] Antônio CANÇADO TRINDADE, *The Contribution of Latin American Legal Doctrine to The Progressive Development of International Law*, Op. Cit., p. 63.

[2441] Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants : Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 292.

[2442] COUR IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Avis consultatif OC-16/99, 1 octobre 1999, § 84. Voir aussi, Antônio CANÇADO TRINDADE, *The humanization of Consular Law : The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice*, Chinese Journal of International Law, 2007, Issue 6, No. 1, pp. 1 – 16.

[2443] COUR IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Avis consultatif OC-16/99, Op. Cit., § 82.

remarquable par rapport aux conceptions traditionnelles du droit international sur la matière »[2444]. Cet avancement est plus remarquable, si on tient compte de la relation trouvée dans l'avis consultatif entre les droits à l'information et notification consulaires, tous les deux reconnus par la Convention de Vienne de 1963, et le droit à une procédure régulière consacré par l'article 14 du PIDCP.

Pour la Cour IDH, la notification faite au détenu étranger du droit de se communiquer avec le représentant consulaire de son pays, « contribuera à améliorer considérablement ses possibilités de défense et à faire que les actes procéduraux auxquels il intervient […] se réalisent avec un plus grand attachement à la loi et au respect de la dignité des personnes »[2445]. À la lumière du droit international humaniste le droit individuel à l'information consulaire « doit être reconnu et considéré dans le cadre des garanties minimales pour offrir aux étrangers l'opportunité de préparer convenablement leur défense et de disposer d'un jugement juste »[2446]. Le droit individuel à l'information consulaire permet, dans les cas concrets, que le droit à une procédure régulière tel que consacré par l'article 14 du PIDCP acquière pleine efficacité[2447].

D'autre part, bien que l'humanisation du droit consulaire faite par la Cour IDH dans son avis consultatif OC-16/99 n'ait pas été expressément accueillie par la CIJ dans sa jurisprudence (affaires *LaGrand*[2448] et *Avena*[2449])[2450], on voit dans la réflexion de ses juges l'intention d'accepter l'interprétation humaniste du droit à l'information consulaire lui donnant la catégorie de droit humain. On peut le conclure de l'opinion individuelle exprimée par le juge international Cançado Trindade dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*. D'après lui, la Cour IDH de manière spectaculaire en 1999 a lié, dans le but de protéger la personne humaine, le droit individuel à l'information consulaire à l'évolution des garanties d'une procédure régulière[2451]. « Cet avis consultatif historique révèle l'impact du droit international des droits de l'homme sur l'évolution du droit international public lui-même, parce que la [Cour IDH] a été le premier tribunal international à préciser que le non-respect de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b)*, de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 entraîne des conséquences néfastes non seulement pour l'État partie mais également pour les personnes concernées »[2452].

L'enrichissement donné par le tribunal de San José au patrimoine commun des droits de l'homme, par le biais de sa perspective avancée sur l'assistance et la protection consulaires, montre que ces matières « se sont en effet sensiblement *juridictionnalisées* en intégrant […] une conception élargie de la *procédure régulière* »[2453]. Ainsi, tel qu'il est manifesté par le juge Cançado Trindade dans son opinion individuelle, l'évolution réussie par la Cour IDH sur la reconnaissance d'un droit humain à l'information consulaire « imprègne peu à peu la doctrine

---

[2444] Ibidem.
[2445] Ibid., § 121.
[2446] Ibid., § 122.
[2447] Ibid., § 124.
[2448] CIJ, *Affaire LaGrand (Allemagne Vs. États-Unis)*, Arrêt du 27 juin 2001, §§ 123 – 125.
[2449] CIJ, *Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique Vs. États-Unis)*, Arrêt du 31 mars 2004, §§ 122 – 124.
[2450] Marie-Bénédicte DEMBOUR, *When Humans Become Migrants : Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Op. Cit., pp. 292 – 296.
[2451] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Opinion individuelle dans l'affaire Ahmadou Sadio Diallo*, CIJ, Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée Vs. République Démocratique du Congo), Op. Cit., § 162.
[2452] Ibidem.
[2453] Ibid., § 166.

contemporaine, qui reconnaît maintenant à juste titre que, si la protection diplomatique demeure inévitablement discrétionnaire et conserve une dimension interétatique, si peu satisfaisante soit-elle, l'assistance et la protection consulaires sont maintenant liées aux garanties obligatoires de la procédure régulière dans le cadre du droit international des droits de l'homme »[2454].

Un autre apport à l'enrichissement du patrimoine commun des droits de l'homme a été la reconnaissance internationale du droit humain à la vérité[2455]. Pour le droit des personnes et le droit international des droits de l'homme l'année 1988 a été une date déterminante, lorsque la Cour IDH a identifié, en exerçant sa compétence contentieuse, l'existence d'un nouveau droit humain : le droit à la vérité des victimes des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire[2456]. D'après le tribunal de San José, le droit à la vérité doit être garanti par les États à travers leur devoir d'enquêter les violations des droits de l'homme commises dans leur juridiction[2457].

Une analyse de la jurisprudence interaméricaine met en évidence que ce droit a été encadré dans un double but. Le premier, cherche à faire connaître aux victimes les raisons pour lesquelles leurs droits ont été méconnus par les autorités publiques ou par les particuliers[2458]. Tandis que le deuxième, projette le droit à la vérité comme une modalité de *restitutio in integrum* pour les familiers des victimes et pour la société dans son ensemble[2459].

Dans ce processus d'enrichissement du patrimoine commun des droits de l'homme, la relation trouvée entre le droit à la vérité, les garanties judiciaires, la protection judiciaire et le droit à l'information a été reconnue au niveau universel par l'ancienne Commission DH dans sa résolution 2005/66. L'ancienne Commission a affirmé que « dans les cas de violations flagrantes des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, il importe d'étudier la relation entre le droit à la vérité, le droit à l'accès à la justice, le droit à un recours utile et à réparation et d'autres droits pertinents »[2460].

Également, fondée sur la jurisprudence interaméricaine d'avancée, la Commission DH a reconnu dans cette résolution la portée collective du droit à la vérité, lorsqu'elle a souligné qu'il est impératif que la société dans son ensemble reconnaît le droit des victimes des

---

[2454] Ibidem. Voir sur ce sujet, Emmanuel DECAUX, « La protection consulaire et les droits de l'homme », *in La protection consulaire : journée d'études de Lyon*, Paris, Pedone, 2006, pp. 56 – 57, 64 et 69 – 72.

[2455] Patricia NAFTALI, *Crafting a "Right to Truth" in International Law : Converging Mobilization, Diverging Agendas ?*, Champ pénal/Penal Field, 2016, Vol. XIII, § 3, Disponible [En ligne] : https://champpenal.revues.org/9245 (29 septembre 2018).

[2456] COUR IDH, *Affaire Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Arrêt de fond, Série C n° 4, Op. Cit., § 181. Sur toute l'évolution du droit humain à la vérité dans les Amériques voir, COMMISSION IDH, *The Right to Truth in the Americas*, Washington, CIDH, OEA/Ser.L/V/II.152, 2014.

[2457] COUR IDH, *Affaire Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Arrêt de fond, Série C n° 4, Op. Cit., § 181.

[2458] Ibid., § 176. Cette dernière hypothèse fait référence aux actions des particuliers tolérées (omission) ou appuyées (action) par les autorités publiques et qui ont donné lieu à la méconnaissance des droits de personnes humaines. Voir, COUR IDH, *Affaire Massacre de Mapiripán Vs. Colombie,* Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 134, Op. Cit., § 111 ; et A*ffaire Massacre de Pueblo Bello Vs. Colombie*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 140, Op. Cit., § 113.

[2459] COUR IDH, *Affaire Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 91, Op. Cit., § 76 ; *Affaire du Caracazo Vs. Venezuela*, Arrête de réparations, frais et dépens, Série C n° 95, 29 août 2002, § 118 ; *Affaire Tibi Vs. Équateur*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 114, Op. Cit., § 258 ; et *Affaire García et familiers Vs. Guatemala*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 258, 29 novembre 2012, § 176.

[2460] COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, *Résolution 2005/*66, 20 avril 2005, p. 2.

violations graves et flagrantes tant des droits de l'homme que du droit international humanitaire, « de connaître la vérité sur ces violations, y compris l'identité des acteurs ainsi que les causes, les faits et les circonstances dans lesquelles ces violations ont été commises »[2461].

La Commission DH a manifesté aussi « qu'il importe de respecter et de mettre en œuvre le droit à la vérité afin de contribuer à mettre fin à l'impunité et à promouvoir et protéger les droits de l'homme »[2462]. C'est pourquoi à la fin de sa résolution encourage aux États, tel qui a été fait durant les deux dernières décennies par les organes du SIDH, « à envisager de mettre en place des mécanismes judiciaires spécifiques ainsi que, le cas échéant, des commissions de vérité et de réconciliation qui complètent le système d'administration de la justice, afin d'enquêter sur les violations flagrantes des droits de l'homme et les violations graves du droit international humanitaire »[2463].

Pour sa part, le CDH à travers sa résolution 9/11 relative au droit à la vérité, considérant les normes des principaux instruments interaméricains des droits de l'homme[2464], en particulière, les articles 25, 8, 13, et 1.1 de la CADH « qui traitent du droit à la protection judiciaire, à la procédure régulière et aux garanties judiciaires, à la liberté d'expression et au devoir des États de respecter et de garantir les droits de la personne »[2465], a décidé « de reconnaître l'importance de respecter et de garantir le droit à la vérité, afin de contribuer à mettre fin à l'impunité, à promouvoir et à protéger les droits de la personne »[2466].

D'ailleurs, et en suivant l'esprit de la résolution 2005/66, le CDH a accueilli « avec satisfaction la création, dans plusieurs États, de mécanismes judiciaires spécifiques, ainsi que d'autres mécanismes extrajudiciaires ou *ad hoc*, comme les commissions de la vérité et de réconciliation »[2467], dans la mesure où ces mécanismes ont aidé à la matérialisation du droit à la vérité. Ainsi l'ont constaté quelques écrivains[2468], qui ont commencé à voir dans la prolifération des commissions de la vérité dans les Amériques une contribution au naissant droit à la vérité des victimes et des sociétés[2469].

Enfin, dans sa résolution 12/12 le CDH a reconnu aussi le caractère universel du droit humain à la vérité en « soulignant combien il importe que la communauté internationale s'efforce de reconnaître le droit qu'ont les victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, ainsi que leur famille et la société dans son ensemble, de connaître la vérité sur de telles violations de la manière la plus complète possible, en particulier l'identité des acteurs, les causes, les faits et le contexte dans lequel ces violations se sont produites »[2470].

[2461] Ibidem.
[2462] Ibid., p. 2, § 1.
[2463] Ibid., p. 3, § 3.
[2464] CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Résolution 9/11*, 4 juin 2009, p. 1.
[2465] Ibidem.
[2466] Ibid., p. 3, § 1.
[2467] Ibid., p. 3, § 2.
[2468] Priscilla HAYNER, *Fifteen Truth Commissions – 1974 to 1994 : A Comparative Study*, Human Rights Quarterly, 1994, Vol. 16, No. 4, p. 611 ; et Jo M. PASQUALUCCI, *The Whole Truth and Nothing but the Truth : Truth Commissions, Impunity and the Inter-American Human Rights System*, Boston University International Law Journal, 1994, Vol. 12, pp. 329 – 331.
[2469] Patricia NAFTALI, *Crafting a "Right to Truth" in International Law : Converging Mobilization, Diverging Agendas ?*, Op. Cit., § 8.
[2470] CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Résolution 12/12*, 1 octobre 2009, p. 2.

Le droit à l'information consulaire et le droit à la vérité sont de bons exemples d'enrichissement par les systèmes de protection régionaux du patrimoine commun des droits de l'homme de manière permanente. Maintenant, pour bien comprendre la portée des effets juridiques du contrôle de conventionnalité en matière des droits de l'homme, il faut approfondir sur les effets que génère l'exercice du contrôle diffus de conventionnalité au niveau étatique.

§ 2 : Au niveau étatique avec l'application du contrôle diffus de conventionnalité

L'application du contrôle diffus de conventionnalité est, peut-être, la dimension la plus souhaitée et la plus attendue de ce mécanisme de protection des droits de l'homme, dans la mesure où son adéquat exercice permet la prévention des violations des droits de l'homme dès leur source, à travers l'humanisation du droit et des pratiques administratives et judiciaires nationaux[2471]. La tâche préventive du contrôle de conventionnalité diffus amène deux principaux effets juridiques. D'une part, *l'humanisation du droit interne (A)*, lorsqu'il incorpore tous les avancements du droit international dans l'ordre juridique étatique ; d'autre part, *l'application interne du patrimoine commun des droits de l'homme (B)*, par le biais d'un dialogue jurisprudentiel croisé[2472], respectueux de la diversité et dirigé à la protection des personnes les plus vulnérables[2473].

A. L'humanisation du droit interne

L'exercice du contrôle diffus de conventionnalité par les autorités publiques nationales montre progressivement dans la scène étatique un nouveau visage de ce mécanisme de protection. Il s'agit de la dimension constructive et pédagogique du contrôle de conventionnalité dirigée vers la prévention des violations des droits de l'homme[2474]. Le principal effet de cette dimension du contrôle de conventionnalité est l'humanisation du droit interne, qui commence à être réussie *contrôlant la compatibilité normative (I)* et *appliquant*

[2471] MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, *Diálogos : el impacto del sistema interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*, Op. Cit., pp. 29 – 35 ; Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Symposium : The Constitutionalization of International Law in Latin America Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., pp. 93 – 99. Voir aussi, vis-à-vis de la fonction préventive en Europe des arrêts pilotes, Hurges DE SUREMAIN, *Surpopulation carcérale : les juridictions nationales au pied du mur*, Lettres Actualités Droits et Libertés, CREDOF, 7 février 2013 ; et Markus FYRNYS, « Expanding Competence by Judicial Lawmaking : The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights », *in* Armin Von BOGDANDY et Ingo VENZKE (Ed.), *International Judicial Lawmaking : On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Springer, 2012, pp. 329 – 363.

[2472] Francis JACOBS, *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal System : The European Court of Justice*, Op. Cit., pp. 547 – 556 ; et Angela DI STASI, *The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights : Towards a "Cross Fertilization" ?*, Op. Cit., pp. 97 – 111.

[2473] FERRER MAC-GRÉGOR, *Symposium : The Constitutionalization of International Law in Latin America Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 99.

[2474] Néstor Pedro SAGÜÉZ, *Nuevas fronteras del control de convencionalidad : el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad*, Op. Cit., pp. 24 et 25.

le principe pro homine (II) dans l'ordre juridique étatique, afin de préférer toujours l'application de la norme la plus favorable à l'être humain[2475].

Pour bien comprendre ce phénomène, on analysera des affaires connues par les tribunaux nationaux en Amérique Latine, dû au fait que dans leur compromis pour le respect des droits des êtres humains, ils ont fait dans leurs affaires une stricte allusion au contrôle diffus de conventionnalité.

I. Contrôlant la compatibilité normative

Dans le but de ce qu'on a pu bien dénommer l'humanisation du droit interne, les tribunaux nationaux commencent, en exerçant le contrôle diffus de conventionnalité, à contrôler la compatibilité de leur droit interne par rapport aux standards fixés par les normes et les interprétations internationales en matière des droits de l'homme.

L'une des affaires remarquables, vu l'importance qu'elle a au moment de définir qui peut être considéré comme victime du conflit armé interne, c'est l'affaire jugée para le Conseil d'État colombien relative à la base militaire du Mont de Patascoy. Particulièrement, si on tient compte que la Colombie, dans un compromis avec le respect des droits des victimes, l'année 2011 s'est engagée à travers la Loi 1448 de 2011, appelée loi de victimes et restitution des terres, à réparer intégralement toutes les personnes qui ont subi des dommages à cause du conflit interne colombien[2476], sauf, les combattants réguliers[2477], exclus de la réparation économique, et les combattants irréguliers, exclus de toute sorte de réparation[2478].

Vers la fin des années quatre-vingt-dix, les FARC ont réalisé des opérations militaires à l'encontre des postes de police et des bases militaires de l'armée colombienne. Le 21 décembre 1997, les FARC ont déroulé une opération à l'encontre des militaires se trouvant dans la base de l'armée colombienne au Mont de Patascoy, située à plus de 4.200 mètres d'altitude[2479]. Comme conséquence de cette opération, trois membres de l'armée

---

[2475] Ana Lucía GASPAROTO, Jayme Wanderley GASPAROTO et José BLANES SALA, *La Corte interamericana de derechos humanos y el Tribunal europeo de derechos humanos : una comparación sobre el punto de vista de la aplicabilidad del principio de la primacía de la norma más favorable*, Op. Cit., p. 57.

[2476] L'article 3 de la loi de victimes, pour laquelle sont dictées des mesures d'attention, d'aide et de réparation intégrale aux victimes du conflit armé interne, « établit un traitement différencié entre deux groupes des personnes : i) celles qui ont subi des dommages à l'occasion des faits postérieurs au premier janvier 1985, des titulaires des mesures de réparation signalées dans ce corps normatif ; et ii) celles qui ont subi des dommages par des faits antérieurs à cette date qui ont le droit à la vérité, les mesures de réparation symbolique et aux garanties de non-répétition prévues dans la même loi, comme partie du conglomérat social et sans la nécessité de ce qu'elles soient individualisées ». COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-250-12*, Requêtes accumulées D-8590, D-8613 et D-8614, 28 mars 2012, § 9.1.

[2477] Paragraphe 1 de l'article 3 : « quand les membres de la force publique soient victimes dans les termes du présent article, leur réparation économique correspondra par tout concept à celle qu'ils ont droit conformément au régime spécial qui leur est applicable. De la même manière, ils auront le droit aux mesures de satisfaction et de garanties de non-répétition signalées dans la présente loi ».

[2478] Paragraphe 2 de l'article 3 : « les membres des groupes armés organisés à la marge de la loi ne seront pas considérés victimes, sauf dans les cas où les enfants ou les adolescents auront été déliés du groupe armé organisé à la marge de la loi étant mineurs ».

[2479] CONSEIL D'ÉTAT COLOMBIEN, *Affaire du Mont de Patascoy*, Requête n° 31250 (Troisième Section), 20 octobre 2014, § 1.

colombienne ont perdu la vie, dont l'un était militaire professionnel et les deux autres des soldats réguliers accomplissant leur service militaire obligatoire[2480].

Les familles des trois victimes décédées, fondées sur la législation colombienne en matière de réparation des dommages (acción de reparación directa) ainsi que sur la théorie de la faute de service, ont demandé la *restitutio in integrum* à l'État colombien. Dans la première instance, le tribunal administratif de Nariño a rejeté les prétentions des familles, dans la mesure où « les trois décès ont eu lieu comme conséquence des risques normaux du service »[2481].

Selon le tribunal administratif, les victimes « n'étaient pas des personnes étranges au conflit, par les instructions qu'elles avaient reçu des supérieurs, à elles correspondaient avec d'autres membres de la Base Militaire, à réaliser les activités propres de leur mission, tendant à repousser l'action des séditieux. Leur incorporation dans l'Armée colombienne a été volontaire pour le militaire professionnel nommé, et en ce qui concerne les soldats, elle a obéi à l'accomplissement d'un devoir légal. Il s'agissait des unités préparées au combat et, par conséquent, leur mort a obéi aux risques normaux du service »[2482].

Pour sa part, le Conseil d'État colombien, en appliquant dans cette affaire le contrôle diffus de conventionnalité et en reconnaissant l'évolution du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme vis-à-vis des victimes[2483], a conclu que dans le concept universel de victime, appliqué au cadre du conflit armé interne, il faut considérer comme inclut « tout membre de la force publique (les forces armées, la police nationale ou les autorités de l'administration publique) »[2484]. Également, le Conseil a précisé que « s'il correspond, en accord avec le droit interne, le terme « victime » fera aussi référence à la famille immédiate ou aux personnes sous la responsabilité de la victime directe »[2485].

Grâce à cette argumentation, le Conseil d'État en contrôlant la compatibilité normative du droit interne vis-à-vis de l'évolution du droit international des droits de l'homme, par la voie d'une interprétation additive[2486] a élargi le concept de victime fixé par la loi 1448, « en ordonnant et en exhortant aux entités poursuivies l'accomplissement des mesures de réparation non pécuniaires […] afin de répondre au *principe d'indemnité* et à la *restitutio in integrum* »[2487]. Fondé sur cet argument, le Conseil a déterminé dans son *decisum* que les familles des décédés comme victimes « devront être incorporées à ce qui est établi dans la loi 1448 de 2011 (législation de victimes), dans la mesure où ce qui s'est passé le 21 décembre 1997 se circonscrit dans le conflit armé »[2488].

Dans une autre affaire, cette fois déroulée au Mexique, le Tribunal électoral de l'État fédéré de Chihuahua (TEEC) a connu d'un jugement pour la protection des droits politiques

---

[2480] Ibidem.
[2481] Ibid., § 3.3.
[2482] Ibidem.
[2483] Ibid., § 7.5.2.
[2484] Ibid., § 7.5.1.
[2485] Ibid., § 7.5.5.
[2486] Néstor Pedro SAGÜÉZ, *Nuevas fronteras del control de convencionalidad : el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad*, Op. Cit., p. 25.
[2487] CONSEIL D'ÉTAT COLOMBIEN, *Affaire du Mont de Patascoy*, Requête nº 31250 (Troisième Section), Op. Cit., § 8.3.9.
[2488] Ibid., point résolutif No. 5.

des citoyens (JDC), à travers lequel les requérants cherchaient la modification de l'acte administratif émis par le Conseil étatique de l'Institut électoral de Chihuahua, convoquant les citoyens qui désirent s'inscrire de manière indépendante à l'élection des postes publics de Président municipal, Conseiller municipal et Syndic pour les années 2016 – 2018[2489].

D'après les requérants, l'acte contesté est contraire à leurs droits politiques dans la mesure où il applique des normes constitutionnelles et légales contraires à la CADH et au PIDCP[2490]. D'une part, parce que l'acte applique l'article 21, section II, de la Constitution fédéré de Chihuahua, lequel exige que tout aspirant aux postes publics n'ait pas été militant, affilié ou son équivalent, d'un parti politique, dans les trois dernières années précédant le jour de l'élection du poste public auquel il veut postuler[2491] ; et d'autre part, quand l'acte contesté se base sur l'article 205, numéral 1, alinéa e), de la loi électorale de l'État de Chihuahua, pour exiger des aspirants indépendants un nombre minimum d'appui citoyen du 4% du recensement électoral en vigueur pour la ville concernée du poste public[2492].

Dans sa réflexion, le TEEC, en appliquant l'article 1, paragraphes 2 et 3 de la Constitution fédérale du Mexique (CFM)[2493], précise qu'il « se trouve dans la nécessité de réaliser l'étude de constitutionnalité et de conventionnalité [des normes signalées] pour être dans l'aptitude de donner une réponse [aux requérants] en prenant compte les principes établis dans des articles controversés, ainsi que dans le [PIDCP], la [CADH] et la Charte démocratique interaméricaine (CDI) »[2494].

Également, le TEEC avertit, par le biais d'une interprétation systématique des articles 1 et 133 de la CFM, « que toutes les autorités juridictionnelles du pays, peuvent réaliser un contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité des normes juridiques, pour garantir le plein exercice des droits de l'homme »[2495]. Raison pour laquelle, il a trouvé, après d'avoir essayé une interprétation conforme et d'appliquer le test de proportionnalité, que la mesure imposée aux aspirants de n'avoir pas été militant d'un parti politique dans les trois dernières années, « manque de proportionnalité, puisque l'exigence de trois ans sans un militantisme partisan, termine par éliminer partiellement la vigueur du droit des personnes à être élues à travers une candidature indépendante »[2496]. Par conséquent, le TEEC ayant trouvé la non-proportionnalité de la condition requise par l'article 21, section II, de la Constitution de Chihuahua et en exerçant le contrôle diffus de conventionnalité, a considéré que le plus convenable est de déclarer son inapplication à l'acte concret[2497].

De manière similaire, le TEEC a trouvé disproportionnée la demande d'appui citoyen du 4% du recensement électoral aux aspirants pour s'inscrire de façon indépendante aux élections des postes publics[2498]. Pour ce motif, il a vu raisonnable de fixer comme nombre minimum d'appui citoyen le même pourcentage requis pour les aspirants aux postes de

---

2489 TRIBUNAL ÉLECTORAL DE L'ÉTAT DE CHIHUAHUA, *Arrêt sur la protection des droits politiques des citoyens*, Requête nº JDC-13/2015 et JDC-14/2015, 15 janvier 2016, p. 23.
2490 Ibid., pp. 8 – 10.
2491 Ibid., p. 22.
2492 Ibid., p. 32.
2493 Ibid., p. 15.
2494 Ibidem.
2495 Ibidem.
2496 Ibid., p. 28.
2497 Ibid., p. 32.
2498 Ibid., p. 40.

Gouverneur de l'État et de député, c'est-à-dire le 3% du recensement électoral[2499], afin de faire compatible la condition requise avec la CFM et les droits politiques, tels que reconnus par le droit international des droits de l'homme[2500].

Ainsi, dans le dispositif de l'arrêt, le TEEC n'a pas seulement demandé l'inapplication de l'article 21, section II, de la Constitution de Chihuahua, mais aussi l'inapplication de l'article 205, numéral 1, alinéa e), de la loi électorale de cet État fédéré relatif au 4% du recensement électoral pour les inscriptions des aspirants indépendants[2501]. Tout cela, dans le but d'humaniser le droit étatique le rendant compatible avec les exigences internationales en la matière.

D'autre part, il ne faut pas oublier que contrôler la compatibilité normative du droit interne n'est pas la seule manière employée par les tribunaux nationaux pour humaniser le droit étatique. Ils ont aussi fait usage de l'application du principe *pro homine* afin de préférer la norme la plus favorable aux êtres humains.

II. Appliquant le principe *pro homine*

Les tribunaux nationaux se sont servis du principe *pro homine* pour humaniser les droits étatiques en intégrant à leurs ordres juridiques tous les développements en matière des droits de l'homme qui ont produit les organes de protection internationale. Désormais, l'application de la norme ainsi que l'interprétation la plus favorable à la personne humaine sont vues comme un bon outil pour faire compatible le droit interne avec l'évolution du droit international des droits de l'homme.

En Argentine, les juges de la Province de Mendoza ont fait usage du principe *pro homine* dans un *habeas corpus* collectif afin de résoudre la situation humanitaire critique des détenus. D'après les requérants, et de ce qui a été constaté par les juges de la Cour suprême de justice de Mendoza (SCJM), des près de 4000 détenus qu'il y a aujourd'hui à la province, 874 se trouvent privés de la liberté par l'autorité qui fait l'enquête de la cause, sans un contrôle judiciaire d'aucune sorte, et pour des durées qui vont de quelques jours jusqu'à plus d'une année[2502]. Selon la SCJM, le problème structurel qui a généré la violation massive des droits de détenus se trouve dans le Code de procédure pénal (CPP), par le fait qu' « il n'oblige pas le procureur à soumettre au contrôle du juge de garanties la garde à vue qu'il a ordonnée »[2503], devenant « en pratique habituelle que les concernés restent détenus sans décision juridictionnelle jusqu'au prononcé de l'arrêt et à titre préventif »[2504].

Se fondant sur le rapport de la Commission IDH relatif à *l'usage de la prison préventive dans les Amériques*[2505], la SCJM a constaté l'existence d'un état de choses inacceptable dans la pratique judiciaire de la Provence de Mendoza, à cause duquel la présomption d'innocence

---

[2499] Ibid., p. 42.
[2500] Ibid., p. 43.
[2501] Ibid., p. 44, point résolutif No. 1.
[2502] SUPRÊME COUR DE JUSTICE DE MENDOZA, *Habeas corpus correctif et collectif (Penitenciaria de Mendoza)*, Requête CUIJ nº 13-03815694-70, 23 décembre 2015, p. 1.
[2503] Ibid., p. 21.
[2504] Ibidem.
[2505] COMMISSION IDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas,* Washington, CIDH, OEA/Ser.L/V/II., 2013, §§ 133 – 142.

des détenus, telle qu'interprétée par la Commission IDH, est méconnue[2506]. En effet, l'organe quasi juridictionnel du SIDH a bien précisé que « le droit à la présomption d'innocence implique comme règle générale que l'accusé doit affronter le processus pénal en liberté »[2507]. Ce qui suppose, par conséquent, « que la prison préventive soit réellement utilisée comme une mesure exceptionnelle »[2508].

Pour la SCJM, l'application exceptionnelle de la prison préventive a son fondement dans le droit international des droits de l'homme. C'est pourquoi en exerçant le contrôle diffus de conventionnalité, elle a trouvé que l'article XXV de la DADDH signale que « tout individu qui a été privé de sa liberté a droit à ce que le juge vérifie immédiatement la légalité de cette mesure et à être jugé sans retard ou, dans le cas contraire, à être mis en liberté ». Également, la SCJM a identifié que l'article 17 de la Constitution de la Province de Mendoza, en harmonie avec l'article 7.5 de la CADH[2509], exprime que personne ne peut être privée de sa liberté « sans une décision écrite de juge compétent »[2510].

Sur la base de ces fondements normatifs, la SCJM a conclu qu'il est nécessaire de reconnaître le droit de toute personne privée de liberté au cours d'un processus pénal, « que sa situation soit immédiatement connue et analysée par un juge de garanties, même dans les cas où le contrôle juridictionnel n'a pas été requis par l'accusé ou son défenseur »[2511].

Par cette voie, la SCJM a créé une nouvelle règle juridique à travers laquelle est précisé qu'en tout état de cause, le procureur qui a ordonné la garde à vue, est la personne indiquée pour demander devant le juge de garanties –de manière immédiate et officieuse– le contrôle de légalité de la mesure privative de la liberté[2512]. Cependant, dans ce cas-là la Cour suprême de la Province de Mendoza ne s'est pas arrêtée à la question du contrôle juridictionnel des prisons préventives ; elle a voulu arriver jusqu'au bout du problème, l'usage disproportionné de la mesure conservatoire dans la pratique des autorités judiciaires de Mendoza.

D'après la SCJM, la prison préventive a été employée dans la Province de Mendoza comme mesure de coercition personnelle afin d'éviter le risque de récidive criminelle[2513]. Pour cette raison, appuyée sur le principe *pro homine* et les rapports de la Commission IDH[2514], la SCJM a conclu que la pratique jurisprudentielle développée dans la Province de Mendoza, « transformant la prison préventive en peine anticipée, transgresse de manière flagrante la garantie de présomption d'innocence de l'accusé »[2515]. C'est pourquoi la

---

[2506] SUPRÊME COUR DE JUSTICE DE MENDOZA, *Habeas corpus correctif et collectif (Penitenciaria de Mendoza)*, Requête CUIJ nº 13-03815694-70, Op. Cit., pp. 21 et 22.
[2507] COMMISSION IDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas,* Op. Cit., § 134.
[2508] Ibidem.
[2509] En effet, le paragraphe 5 de l'article 7 de la CADH établit que : « toute personne arrêtée ou détenue sera traduite dans le plus court délai devant un juge ou un autre fonctionnaire habilité par la loi à exercer des attributions judiciaires, et devra être jugée dans un délai raisonnable ou libérée sans préjudice de la poursuite de l'instance. La mise en liberté de l'accusé peut être conditionnée à des garanties assurant sa comparution à l'audience ».
[2510] SUPRÊME COUR DE JUSTICE DE MENDOZA, *Habeas corpus correctif et collectif (Penitenciaria de Mendoza)*, Requête CUIJ nº 13-03815694-70, Op. Cit., p. 24.
[2511] Ibidem.
[2512] Ibid., pp. 24 et 25.
[2513] Ibid., pp. 33 et 34.
[2514] Voir, COMMISSION IDH, *Affaire Jorge, José y Dante Peirano Basso Vs. Uruguay*, Rapport de fond No. 86/09, 6 août 2009, § 84.
[2515] SUPRÊME COUR DE JUSTICE DE MENDOZA, *Habeas corpus correctif et collectif (Penitenciaria de Mendoza)*, Requête CUIJ nº 13-03815694-70, Op. Cit., p. 39.

SCJM a ordonné, en suivant les critères fixés sur le sujet par la Commission IDH[2516], que « la décision sur la privation de la liberté dans des prisons doit être précédée nécessairement d'une considération d'alternatives concrètes et, échouée cette instance, seulement la réclusion préventive peut devenir légitime »[2517].

Néanmoins, par le biais du principe *pro homine* les tribunaux nationaux ne se sont pas exclusivement limités à intégrer les développements du droit international des droits de l'homme aux droits étatiques. Au contraire, par ce principe ils se sont donnés aussi à la tâche de l'enrichir en créant des interprétations normatives plus favorables à l'être humain, allant même au-delà des instruments internationaux en la matière. À cet égard, la Chambre Plénière de la Cour constitutionnelle colombienne a rendu un arrêt révoquant la décision d'un de ses magistrats qui avait rejeté l'action d'inconstitutionnalité d'un citoyen, considérant qu'il se trouvait inhabilité dans l'exercice de ses droits politiques, tel qu'il est réglé par l'article 52 *in fine* du Code pénal colombien[2518].

Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle par la voie du contrôle diffus de conventionnalité ainsi que de l'application du principe *pro homine*, a décidé d'avancer dans sa jurisprudence pour créer un nouveau *ratio decidendi* sur le droit d'accès à la justice par rapport aux actions d'inconstitutionnalité. En effet, avant cet arrêt, la jurisprudence de la Cour indiquait « que ceux qui sont condamnés à une peine de prison, par jugement définitif, manquent en tout cas d'une légitimation pour interjeter des actions publiques d'inconstitutionnalité »[2519]. Cette jurisprudence a été établie par la propre Cour constitutionnelle en 1998 à travers son arrêt de constitutionnalité C-536-98, où elle avait estimé que « le droit qui soutient la possibilité d'instaurer des actions publiques d'inconstitutionnalité est d'une nature politique, et a pour objet la préservation de l'ordre institutionnel en soi […], ce qui signifie qu'elle est réservée aux ressortissants colombiens et, entre ceux-ci, à ceux qui ont atteint la citoyenneté et sont dans leur exercice »[2520].

Pour bien comprendre la question suscitée dans cet arrêt, il faut savoir que la Colombie a une longue histoire en matière de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et comme action judiciaire directe[2521], c'est-à-dire sur le contrôle de constitutionnalité conçu comme

---

[2516] La Commission IDH « considère comme standard fondamental d'application, que chaque fois que le risque de fuite ou d'engourdissement de l'enquête peut être évité raisonnablement par l'application d'une mesure moins lourde pour l'accusé que celle requise par le procureur, le juge devra opter par l'application de celle-là ». COMMISSION IDH, *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas,* Op. Cit., § 225.

[2517] SUPRÊME COUR DE JUSTICE DE MENDOZA, *Habeas corpus correctif et collectif (Penitenciaria de Mendoza)*, Requête CUIJ nº 13-03815694-70, Op. Cit., p. 65.

[2518] Article 52, paragraphe 3 : « En tout cas, la peine de prison comportera la peine accessoire d'inhabilité pour l'exercice de droits et fonctions publiques, par le temps égal à celui de la peine à laquelle il accède et même pour encore une troisième partie de plus, sans excéder le temps maximum fixé dans la loi, sans préjudice de l'exception dont parle le paragraphe 2 de l'article 51 ».

[2519] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de supplie A-242-15*, Requêtes accumulées D-10065 et D-10066, 10 juin 2015, p. 8, fondement juridique 3.

[2520] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-536-98*, Requête D-1951, 1 octobre 1998, p. 6, fondement juridique VI.

[2521] J.A.C. GRANT, *« Contract Clause » Litigation in Colombia : A Comparative Study in Judicial Review*, The American Political Science Review, 1948, Vol. 42, No. 6, pp. 1103 – 1126 ; Phanor J. EDER, *Judicial Review in Latin America*, Ohio State Law Journal, 1960, Vol. 21, No. 4, pp. 589 – 593 ; et Juan Carlos HENAO PÉREZ, *La Cour constitutionnelle colombienne, son système de contrôle de constitutionnalité et les évolutions jurisprudentielles récentes*, Op. Cit. Voir aussi, Marco Gerardo MONROY CABRA, *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, pp. 177 et 178 ; et Luís Ricardo GÓMEZ-PINTO, *El control constitucional en Colombia : Sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acción pública*, Vniversitas, 2011, No. 122, pp. 174 – 177.

mécanisme pour le contrôle citoyen du respect de la constitution et de sa suprématie[2522]. Dès la Constitution de 1811 (Constitution de Cundinamarca) les Colombiens ont conçu le contrôle *a posteriori* de constitutionnalité comme une « popular action »[2523], indépendante et directe[2524], sans la nécessité que le requérant soit inscrit dans une instance en cours ni soit partie dans un procès judiciaire[2525].

Le fait de compter en Colombie avec une longue histoire sur l'action publique d'inconstitutionnalité des normes juridiques (constitutionnelles et législatives), a déterminé qu'une telle action ait été jurisprudentiellement encadrée sous l'angle des droits politiques. Dès lors, il était considéré logique qu'en tout cas l'action d'inconstitutionnalité devrait subir le même sort que les autres droits politiques, lorsqu'un citoyen a été condamné à la peine accessoire d'interdiction de droits et de fonctions publiques par une décision judiciaire[2526].

Cependant, la Cour a trouvé nécessaire un changement jurisprudentiel sur la matière vue l'affectation que cette interdiction a sur le droit fondamental à l'accès effectif à l'administration de la justice[2527]. Particulièrement, si on tient compte des caractéristiques et finalités uniques de l'action d'inconstitutionnalité colombienne, à savoir que « seulement au moyen de cette action publique le citoyen peut projeter devant la plus haute autorité juridictionnelle en matière constitutionnelle, des contestations *in abstracto* à l'encontre d'un amendement de la Constitution, d'une loi ou d'un décret-loi, sans la nécessité de démontrer un litige en cours ou de prouver que l'acte en question l'affecte réellement et personnellement »[2528].

[2522] Luz Estella NAGLE, *Evolution of the Colombia Judiciary and the Constitutional Court*, Indiana International & Comparative Law Review, 1995, Vol. 6, Issue 1, p. 68.
[2523] Phanor J. EDER, *Judicial Review in Latin America*, Op. Cit., p. 574.
[2524] Kenneth L. KARST et Keith S. ROSENN, *Law and Development in America : A Case Book*, Berkeley – Los Angeles – London, University of California Press, 1975, p. 125.
[2525] Voir le déficit de participation citoyenne qu'il y a encore dans quelques systèmes constitutionnels où le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* jusqu'à il y a peu de temps n'existait pas. C'est le cas concret de la France, pays dans lequel jusqu'au 1er mars 2010, date dans laquelle entra en vigueur la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, ne se comptait pas avec un système de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Federico FABBRINI, *Kelsen in Paris : France's constitutional reform and the introduction of a posteriori constitutional review of legislation*, Op. Cit., pp. 1297 et 1298. Bien que la révision de 2008 créant la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) ait comblé en partie « le retard intellectuel et pratique » de la France en matière de contrôle de constitutionnalité, elle reste lacunaire. Mathieu DISANT, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité : cadre juridique, pratiques jurisprudentielles,* Rueuil-Malmaison, Lamy, 2011, § 18 ; et Michel FROMONT, *La justice constitutionnelle en France ou l'exception française*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 2004, No. 8, pp. 171, 172, 175 et 176. Cela, dans la mesure où sa procédure incidentaire empêche la participation citoyenne dans le contrôle de la constitutionnalité des lois. Pour le faire, il faut être légitimé, autrement dit, il faut avoir un contentieux en cours pour pouvoir demander une QPC. C'est pourquoi pour Duhamel, « la QPC n'offre pas un nouveau pouvoir au citoyen, seulement un droit au justiciable ». Olivier DUHAMEN, *La QPC et les citoyens*, Pouvoirs, 2011/2, No. 131, p. 185.
[2526] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-536-98*, Requête D-1951, Op. Cit., p. 8, fondement juridique VI. Voir aussi, *Arrêt de constitutionnalité C-592-98*, Requêtes accumulées D-1959, D-1961, D-1963 et D-1977, 21 novembre 1998, pp. 20 et 21, fondement juridique 1.1 ; *Arrêt de constitutionnalité C-329-03*, Requête D-4276, 29 avril 2003, pp. 30 et 31, fondement juridique 4.1.3 ; et *Arrêt de constitutionnalité C-591-12*, Requête D-8892, 25 juillet 2012, pp. 13 – 18, fondement juridique 2.1.
[2527] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de supplie A-242-15*, Requêtes accumulées D-10065 et D-10066, Op. Cit., p. 18, fondement juridique 16.
[2528] Ibidem.

Pour la Cour, « l'accès à la justice est un droit essentiel pour l'effectivité d'autres droits, et pour le contrôle des institutions »[2529]. De-là, il en résulte que restreindre le droit d'accéder à la justice constitutionnelle, par la voie de suspension de l'exercice de l'action publique, « n'est pas seulement la limitation d'un droit politique, mais aussi la réduction d'une garantie de laquelle dépend en partie que tous les autres droits se respectent et soient protégés effectivement »[2530].

La Cour a trouvé qu'il n'est plus valable de restreindre l'accès à la justice constitutionnelle aux citoyens qui ont été frappés d'une interdiction de droits et fonctions publiques, puisque « réduire les voix des citoyens dans les débats de constitutionnalité est donc une perte pour la défense objective de l'intégrité et la suprématie de la Constitution »[2531].

Pour la Cour, bien que l'article 23.2 de la CADH établisse que les États peuvent réglementer par la loi la jouissance des droits et facultés politiques « pour des motifs d'âge, de nationalité, de résidence, de langue, de capacité de lire et d'écrire, de capacité civile ou mentale, ou dans le cas d'une condamnation au criminel prononcée par un juge compétent », de l'exercice d'un contrôle diffus de conventionnalité combiné avec l'application du principe *pro homine*, il en résulte qu'en Colombie « ni le texte constitutionnel admet expressément une restriction aux citoyens colombiens pour exercer l'action publique d'inconstitutionnalité, ni cette limitation compatit au droit d'accès à la justice constitutionnelle »[2532]. La CADH reconnaît expressément qu'en vertu du principe *pro homine* « il n'est pas possible d'invoquer ses dispositions comme raison pour confiner ou pour restreindre la plus ample jouissance des droits accordée dans des normes de droit interne »[2533].

C'est ainsi que les tribunaux nationaux en Colombie et en Argentine sont parvenus à humaniser le droit interne, en intégrant tout ce qui a été développé en faveur de l'être humain dans le droit international des droits de l'homme, de même qu'en enrichissant le *corpus juris humaniste* à travers les interprétations les plus favorables à la personne humaine.

Cependant, l'application au niveau étatique du contrôle diffus de conventionnalité ne s'est pas limitée à humaniser le droit interne des États, elle a aussi amené avec soi comme effet juridique, l'application interne du patrimoine commun des droits de l'homme.

B. L'application interne du patrimoine commun des droits de l'homme

L'autre effet juridique apporté par le contrôle de conventionnalité qui exercent les autorités publiques, est l'application dans le droit étatique du patrimoine commun des droits de l'homme. L'application de ce patrimoine commun, fondée sur la diversité culturelle des personnes et sur des critères de justice sociale[2534], s'est manifestée principalement dans les

---

[2529] Ibid., p. 19, fondement juridique 17.
[2530] Ibidem.
[2531] Ibid., p. 20, fondement juridique 20.
[2532] Ibid., p. 21, fondement juridique 21.
[2533] Ibid., pp. 21 et 22, fondement juridique 23. La Cour fait allusion à l'alinéa b) de l'article 29 de la CADH, lequel prescrit qu'aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme « restreignant la jouissance et l'exercice de tout droit ou de toute liberté reconnus par la législation d'un État partie ou dans une convention à laquelle cet État est partie ».
[2534] Voir le paragraphe 2 de la Section 2 du Chapitre II de la Partie II.

affaires concernant les populations ancestrales ou originaires, *respectant le principe d'autodétermination des peuples (I)*, ainsi que dans les causes des personnes démunies *en tenant compte en prévalence les groupes en état de vulnérabilité (II)*.

I. Le respect de l'autodétermination des peuples

La Déclaration et le programme d'action de Vienne des Nations Unies ont nourri le chemin du respect des droits des peuples, en reconnaissant qu'ils « ont le droit de disposer d'eux-mêmes »[2535], et qu' « en vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et culturel »[2536]. Si ce droit est méconnu, le même instrument international reconnaît le droit à la rébellion des peuples « de prendre toute mesure légitime, conformément à la Charte des Nations Unies, pour réaliser leur droit inaliénable à l'autodétermination »[2537].

Cependant, la soif et la cupidité pour les ressources naturelles des sociétés dites civilisées paraissent être le principal ennemi de ce droit inaliénable. Il paraît que ces sociétés ne comprennent pas que chaque peuple est libre de déterminer son développement économique, social et culturel, ni moins comprendre le message donné par le PNUD en 1994, lorsque dans le rapport mondial sur le développement humain de cette année il a prescrit qu' « à moins que les sociétés n'admettent pas que les individus qui les composent sont leur véritable richesse, l'obsession relative à la création de richesses matérielles occultera l'objectif ultime, l'enrichissement de la vie humaine »[2538].

Bien que cette même Déclaration ait réaffirmé, ce qu'a oublié la DUDH par son individualiste héritage occidental[2539], à savoir, que « tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés »[2540], plus de deux décennies parcourues après son adoption sans un véritable accomplissement de ses proclamations, démontrent que tous les États n'étaient pas authentiquement convaincus[2541], particulièrement les États qui appuient et soutiennent l'exploitation indiscriminée des ressources naturelles, se trouvant dans les territoires des peuples indigènes ou originaux, et par les gouvernements des États où ces ressources se situent[2542].

Les pays d'Amérique Latine se sont caractérisés pour être des pays interculturels, par le fait que plus du 8.3% de leur population est composée par des personnes appartenant aux peuples indigènes, ancestraux ou originaux[2543]. L'arrivée du XXI siècle a apporté une

---

[2535] UN, *Déclaration et programme d'action de Vienne*, Op. Cit., § 2.
[2536] Ibidem.
[2537] Ibidem.
[2538] PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 1994*, Op. Cit., p. 15.
[2539] Emmanuel MONIER, *Faut-il refaire la Déclaration des droits ?*, Op. Cit., p. 120 ; Danièle LOCHAK, « L'autre saisi par le droit », Op. Cit., p. 181 ; et Emmanuel MONIER, *Projet d'une déclaration des droits des personnes et des collectivités*, Op. Cit., pp. 121 – 127.
[2540] UN, *Déclaration et programme d'action de Vienne*, Op. Cit., § 5.
[2541] Patrick WACHSMMAN, *Les droits de l'homme*, Op. Cit., p. 48.
[2542] CEPAL, *Guaranteeing Indigenous People's Rights in Latin America : Progress in the Past Decade and Remaining Challenges*, Santiago, CEPAL, 2014, p. 12.
[2543] En effet, en Amérique Latine d'accord aux recensements de 2010, il y a près de 45 millions d'indigènes, c'est-à-dire, plus de 826 peuples ancestraux ou originaux dans la région avec un panorama hautement hétérogène, étant le Brésil (305) et la Colombie (102) les pays avec le nombre plus haut de peuples indigènes, et le Salvateur (3) et l'Uruguay (2) les pays avec le nombre plus bas. Ibid., pp. 36 - 38.

augmentation significative des extractions minières et pétrolières dans le continent Américain, et plus spécifiquement, en Amérique Latine et aux Caribes. Également, le XXIe siècle a généré l'implémentation de grands projets d'infrastructure comme des routes, canaux, barrages, centrales hydroélectriques, parcs éoliens, ports, et complexes touristiques ou similaires[2544]. Avec une grande fréquence les projets d'extraction, exploitation et développement coïncident avec les territoires historiquement occupés par des peuples indigènes et tribaux ainsi que par de communautés afro-descendantes[2545]. Cette situation, d'après la Commission économique pour l'Amérique Latine (CEPAL), a eu « des impacts négatifs sur les écosystèmes […] en aggravant le tableau historique de spoliation et vulnérabilité » des peuples ancestraux[2546].

Néanmoins, et comme s'il s'agissait du mythe de la boîte de Pandore, quelques tribunaux nationaux, conscients de la méconnaissance des droits des peuples par ces activités économiques, ont revécu l'espoir de ces communautés, et se sont battus pour réussir leur respect[2547]. L'un des tribunaux plus actifs sur la matière est la Cour constitutionnelle de la Colombie, pays que par son important nombre de peuples indigènes, de communautés afro-descendantes ainsi que de ressources naturelles, a eu l'opportunité de développer une sérieuse jurisprudence à cet égard.

En 2014, la Cour a émis un arrêt très révélateur sur la protection des peuples afro-descendants et ancestraux, particulièrement, contre leur déplacement forcé interne qui peut générer l'industrie extractive et pétrolière. En exerçant le contrôle diffus de conventionnalité et en appliquant le principe *pro homine*, la Cour constitutionnelle colombienne s'est battue pour le respect de l'autodétermination des peuples[2548]. Principalement, par la situation de vulnérabilité de certaines communautés afro-descendantes qui se trouvent au sud du pays[2549].

Déjà, dans les années 2006 et 2009, la Cour a déjà eu l'opportunité de déclarer la nécessité d'adopter une « approche différentielle » pour la prévention, la protection, l'aide et l'attention des victimes afro-descendantes du déplacement forcé interne[2550]. Elle a aussi affirmé « le caractère de sujets de spéciale protection constitutionnelle des peuples afro-descendantes et l'impact disproportionné, dans des termes quantitatives et qualitatives, du déplacement forcé interne sur les communautés afro-colombiennes, ainsi que la vulnérabilité

[2544] COMMISSION IDH, *Informe sobre pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales : protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Op. Cit., § 12.
[2545] Ibid., § 16.
[2546] CEPAL, *Guaranteeing Indigenous People's Rights in Latin America : Progress in the Past Decade and Remaining Challenges*, Op. Cit., p. 12. Voir aussi, WORLD BANK, *The World Bank Participation Sourcebook,* Washington, World Bank, 1996, § 251 ; et Manuel GÓNGORA MERA, « Derecho a la salud y discriminación interseccional : Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas », *in* Laura CLÉRICO, Liliana RONCONI et Martín ALDAO (Ed.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 133 – 159.
[2547] Voir, Laura CLÉRICO et Martín ALDAO, « De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano », Op. Cit., pp. 219 – 262.
[2548] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de suivi A-073-14*, 27 mars 2014, p. 15, fondement juridique 4.
[2549] Ibidem.
[2550] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de suivi A-005-09*, 26 janvier 2009, pp. 4 et 5, fondements juridiques 1 – 7 ; et *Arrêt de suivi A-218-06*, 11 août 2011, p. 26, fondement juridique 5.3.1.

de leurs droits individuels et collectifs »[2551]. Dans l'arrêt de suivi A-005-09 du 26 janvier 2009, elle a conclu que la condition de sujets de spéciale protection des afro-descendants, « impose aux autorités étatiques à tout niveau [...] des devoirs spéciaux de prévention, attention et sauvegarde de leurs droits individuels et collectifs, dont leur accomplissement doit être fait avec particulière diligence »[2552].

Cependant, vu la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouvent les peuples ancestraux et tribaux (dans ce cas-là, les communautés noires) par l'industrie extractive et pétrolière autant que par les grands œuvres civils, la Cour a pris la décision d'approfondir le sujet. Pour elle, bien que la croissance économique du pays puisse dépendre de ces activités, en application de la Convention 169 de l'OIT (article 16) et de la Déclaration des Nations Unies sur les droits de peuples autochtones de 2007 (article 32), il faut bien faire « la distinction entre consultation préalable et consentement préalable, libre et éclairé »[2553]. Surtout, parce qu' « ils existent quelques cas dans lesquels en plus de la condition requise de consultation, le consentement de la communauté est indispensable »[2554].

D'après le précédent jurisprudentiel de la Cour[2555], il s'agit des cas où la mesure « (1) implique le déplacement des communautés par l'œuvre ou le projet ; (2) soit relative au stockage ou versement des déchets toxiques dans les territoires ethniques ; et/ou (3) représente un haut impact social, culturel ou environnemental dans une communauté ethnique, mettant en risque l'existence de la communauté, entre autres »[2556].

Sur les mesures qui peuvent produire un haut impact social, culturel ou environnemental, la Cour a exprimé que « lorsqu'il s'agit des plans de développement, d'investissement à grande échelle ou en général de toute mesure législative ou administrative que non seulement peut directement toucher une communauté, mais qui peut avoir un plus haut impact sur celle-ci, on doit distinguer la consultation préalable du consentement, puisque dans ces cas il est nécessaire d'obtenir les deux pour pouvoir adopter la décision »[2557].

Dans cet état d'esprit, la Cour a précisé qu'au cas où être vérifié le plus grand impact, il « est du devoir des autorités d'obtenir le consentement de la communauté, et avec sa participation, explorer d'autres solutions moins nuisibles »[2558]. Jusqu'ici, la Cour ne dit rien de différent de ce qui est prévu par les instruments internationaux. Néanmoins, ce qui devient révélateur par rapport à la protection de l'autodétermination des peuples, c'est qu'elle a affirmé que lorsque d'autres solutions moins nuisibles ont été explorées avec la communauté, et qu'il est conclu que toutes sont préjudiciables pour celle-ci –dans la mesure où leur exécution pourrait amener à son anéantissement ou à sa disparition– « en vertu du principe *pro persona*, la protection des droits de la communauté et de ses membres prévaudra,

---

[2551] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de suivi A-073-14*, Op. Cit., p. 13, fondement juridique 3.
[2552] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de suivi A-005-09*, Op. Cit., p. 6, fondement juridique 10.
[2553] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de suivi A-073-14*, Op. Cit., p. 74, fondement juridique 55.
[2554] Ibidem.
[2555] Voir, COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-129-11,* Requête T-2451120, 3 mars 2011, p. 77, fondement juridique 7.1.
[2556] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de suivi A-073-14*, Op. Cit., pp. 74 et 75, fondement juridique 55.
[2557] Ibid., p. 75, fondement juridique 55.
[2558] Ibidem.

rendant impossible l'adoption de la mesure consultée comme étant disproportionnée et déraisonnable »[2559].

De cette manière, la Cour constitutionnelle colombienne a fait prévaloir les droits des peuples, proscrivant l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles, ainsi que la mise en œuvre de grands projets d'infrastructure en Colombie, lorsqu'ils mettent en risque la survie d'une communauté ancestrale ou tribale ou de l'un de ses membres[2560]. La Cour, en reconnaissant, tel qu'il a été fait par la Cour IDH, que la survie de ces sortes de communautés n'a pas fait allusion à une « survie physique », mais à la capacité des peuples ancestraux ou originaux de « préserver, protéger et garantir la relation spéciale qu'ils ont avec leur territoire, de manière qu'ils puissent continuer à vivre leur mode de vie traditionnelle et que leur identité culturelle, structure sociale, système économique, coutumes, croyances et traditions seront respectés, garantis, et protégés »[2561].

Avec cette décision, la Cour a aussi rappelé que le développement, vu comme la création de richesses matérielles, ne peut pas être au-delà du respect des droits des peuples ancestraux ou originaux. Elle a également remémoré que le respect du pluralisme culturel, « favorisant l'inclusion et la participation de tous les citoyens est garant de la cohésion sociale, de la vitalité de la société civile et de la paix […], constitue la réponse politique au fait de la diversité culturelle », tel qu'il est reconnu par l'article 2 de la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle[2562].

Dans la même veine, le tribunal constitutionnel de la Bolivie a reconnu, en 2014, la protection de l'autodétermination du peuple « Puca Huasi » dans une procédure relative à la titularité des terres rurales. Par le biais d'une action d'Amparo, les membres de la communauté indigène et paysanne Puca Huasi ont saisi le tribunal constitutionnel afin de trouver une protection effective de leurs droits à l'autodétermination, aux garanties judiciaires, à la propriété collective, et à la consultation préalable[2563]. Les requérants ont considéré que la Chambre liquidatrice du Tribunal agro-environnemental, à travers son arrêt S1a 47/2012, a méconnu leurs droits fondamentaux au territoire et à la consulte préalable, à l'avoir exclu une partie de leur territoire des procédures agricoles administratives, prévues pour tous les territoires ruraux, en changeant leur statut de territoire rural à territoire urbain[2564].

Le tribunal, en appliquant le contrôle diffus de conventionnalité a déterminé que « toute interprétation des normes juridiques, quand dans une procédure judiciaire ou administrative interviennent des nations ou des peuples indigènes originaires paysans, doit être effectuée de manière plurielle, en considérant leurs caractéristiques, principes, valeurs et cosmovision, pour faire effectif de ce qui est prévu par l'article 8.1 de la Convention 169 de

---

[2559] Ibidem.
[2560] Ibid., p. 91, fondement juridique 68.
[2561] COUR IDH, *Affaire du Peuple Saramaka Vs. Suriname*, Arrêt d'interprétation de l'arrêt d'exception préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 185, 12 août 2008, § 37. Voir aussi, *Affaire du Peuple Saramaka Vs. Suriname*, Arrêt d'exception préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 172, Op. Cit., § 129.
[2562] UNESCO, *Universal Declaration on Cultural Diversity : a vision, a conceptual platform, a pool of ideas for implementation, a new paradigm*, Op. Cit., p. 4.
[2563] TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL PLURINATIONAL DE BOLIVIE, *Arrêt d'Amparo*, Requête nº 0487/2014, 25 février 2014, p. 2, fondement juridique I.1.2.
[2564] Ibid., pp. 4 et 5, fondement juridique I.2.3.

l'OIT »[2565]. Cela en raison au fait que « la justice constitutionnelle et les différentes juridictions de l'organe judiciaire, dans le cadre du pluralisme, sont obligées à interpréter le droit à partir du propre contexte de la nation et du peuple indigène originaire correspondant »[2566], afin « d'éviter des interprétations mono culturelles » du droit[2567].

Pour le tribunal, la Constitution bolivienne, tel qu'il a été prescrit par l'article 13.1 de la Convention 169 de l'OIT, reconnaît que « les gouvernements doivent respecter l'importance spéciale que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés la relation qu'ils entretiennent avec les terres ou territoires, ou avec les deux, selon le cas, qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et en particulier des aspects collectifs de cette relation »[2568].

Il faut concevoir donc que « l'habitat des indigènes, ne comprend pas seulement la terre, mais aussi le territoire »[2569]. Autrement dit, qu' « il comprend l'espace ancestral dans lequel ils développent leurs formes spécifiques de vie, où se développe leur culture, leur spiritualité, leur organisation sociale et politique, ainsi que leurs connaissances en relation aux ressources naturelles et se déploient toutes leurs institutions »[2570].

Par le biais de ce raisonnement, le tribunal a considéré que l'arrêt administratif en question a méconnu, de pleine évidence, « le droit à la terre et au territoire de la communauté Puca Huasi, dans la mesure où leur reconnaissance de la part de l'État doit respecter leur forme de possession, ainsi que leurs coutumes et traditions, sans qu'il soit valable, l'imposition d'une forme de possession étrangère à leur forme de vie, à leurs coutumes, traditions, et en général, à la forme intégrale comme ils conçoivent leur territoire, moins encore effectuer des divisions dans leur territoire sous la logique occidentale, par exemple, leur zonage en aires urbaines ou rurales, puisque cela ne répond pas à la forme dans laquelle ils ont traditionnellement administré leur territoire »[2571].

Le tribunal constitutionnel a identifié également que le droit à l'autodétermination de la communauté a été affecté, lorsque le gouvernement municipal « n'a pas effectué la consultation respective à la communauté, dans le cadre de ce qui est prévu par la Convention 169 de l'OIT, pour assumer la détermination de l'inclure dans l'agrandissement de l'aire urbaine »[2572]. Cette inclusion étant « une mesure qui touche directement à la communauté doit être consultée au préalable, lui permettant de décider librement dans le cadre de son droit à la libre détermination »[2573].

La conclusion générale dans cette affaire c'est qu'avec l'annulation de la procédure de titularité des terres et l'interprétation simplement légaliste des normes juridiques, sans les analyser depuis et conformément à la Constitution politique de l'État et les normes du bloc de constitutionnalité, « les droits à la terre et au territoire de la communauté Puca Huasi, ainsi

---

[2565] Ibid., p. 12, fondement juridique III.1.2.c).
[2566] Ibid., p. 13, fondement juridique III.1.2.c).
[2567] Ibid., pp. 13 et 14, fondement juridique III.1.2.c).
[2568] Ibid., p. 17, fondement juridique III.4.
[2569] Ibid., p. 20, fondement juridique III.4.
[2570] Ibidem.
[2571] Ibid., p. 36., fondement juridique III.7.2.
[2572] Ibidem.
[2573] Ibidem.

que son droit d'exister librement et son droit à la consultation préalable » ont été lésés[2574]. Pour corriger cette violation, l'arrêt du tribunal constitutionnel a ordonné au Tribunal agro-environnemental, d'émettre une nouvelle résolution de titularité des terres, cette fois, en conformité avec le respect de l'autodétermination du peuple Puca Huasi, tenant compte de sa cosmovision et de sa relation existentielle avec la terre et le territoire[2575].

Cependant, l'application étatique du patrimoine commun des droits de l'homme ne s'épuise pas avec le respect de l'autodétermination des peuples. Les tribunaux nationaux s'en sont en servis pour arriver à la justice sociale, particulièrement, dans les affaires des groupes en état de vulnérabilité.

II. La prise en compte prioritaire des groupes en état de vulnérabilité

La matérialisation des meilleures conditions de vie des populations les plus vulnérables est un compromis pour la plupart de tribunaux nationaux en Amérique Latine. Dans cette tâche, ils se sont inspirés généralement de la jurisprudence interaméricaine pour intégrer au droit interne le patrimoine commun des droits de l'homme[2576].

En Colombie par exemple, la Cour constitutionnelle a été appelée à protéger un groupe des personnes considérées dans l'actualité comme des sujets de protection spéciale[2577]. Il s'agit des femmes qui ont des problèmes de fertilité et qui requièrent d'un traitement de reproduction assistée, comme celui de la fécondation *in vitro* (FIV). En 2013, dans les débats législatifs du projet de loi 109/2013 (Chambre de représentants), relatif à la reconnaissance de l'infertilité comme maladie et à l'établissement des critères pour sa couverture par le système général de santé de l'État, il a été révélé que « le problème d'infertilité chez les hommes et chez les femmes dans l'âge reproductif est en augmentation […] entre le 20% et 24% des couples sont affectées par l'infertilité »[2578].

Cette situation a généré dans tout le pays une augmentation des requêtes d' « Acción de Tutela », présentées par les femmes infertiles afin de réussir une protection de leurs droits reproductifs, parce que l'exercice effectif de ces droits, suppose la reconnaissance, le respect et la garantie d'autres, tels que l'égalité, la liberté de décider librement sur la possibilité de procréer, la liberté de choisir avec responsabilité le nombre d'enfants, l'autodétermination, le libre développement de la personnalité, l'intimité personnelle et familière, et le droit d'avoir une famille[2579].

La Cour constitutionnelle a eu l'opportunité de rendre un arrêt sur ce sujet dans lequel, s'inspirant du précédent interaméricain créé par l'affaire *Artavia Murillo et autres Vs. Costa*

[2574] Ibid., p. 37, fondement juridique II.7.2.
[2575] Ibid., p. 38, point résolutif No. 2.
[2576] Voir, Laura CLÉRICO et Martín ALDAO, « De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano », Op. Cit., pp. 219 – 262.
[2577] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-274-15,* Requêtes accumulées T-4492963, T-4715291, T-4725592, et T-4734867, 12 mai 2015, p. 45, fondement juridique 4.2.2.
[2578] CONGRÈS DE LA RÉPUBLIQUE DE COLOMBIE, *Gaceta del Congreso 779/2013*, 30 septembre 2013, p. 22.
[2579] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-274-15*, Op. Cit., pp. 59 et 74, fondements juridiques 4.3.5 et 5.2.4.

Rica, elle a intégré au droit colombien le *ius constitutionale commune* sur la matière. En effet, la Cour a analysé un nombre collectif de requêtes des femmes infertiles demandant aux juges constitutionnels de « tutela » la protection de leurs droits –principalement de leurs droits reproductifs– à travers l'autorisation des traitements de FIV à charge des entités promotrices de santé (EPS).

Dans cet arrêt, la Cour s'est tracée comme objectif principal de donner une protection spéciale aux femmes infertiles, constatant que « les femmes font partie de ces groupes qu'historiquement ont été objet de discrimination, dont la reconnaissance de leurs droits a été le produit d'un processus complexe d'évolution sociale, politique, législative et jurisprudentielle »[2580]. Suivant son but, la Cour s'est appuyée sur sa jurisprudence à l'égard de la nécessité de substituer l'égalité formelle par l'égalité réelle, pour ainsi reconnaître que l'État a l'obligation d'adopter des mesures en faveur des « personnes se trouvant en situation de faiblesse manifeste »[2581] ; mesures « qui peuvent consister en la compensation transitoire pour obtenir l'égalité des chances, la remise de bénéfices concrets ou les changements politiquement déterminés de la distribution des ressources dans la société »[2582].

Dans cet état d'esprit, la Cour a intégré à sa réflexion la répercussion du droit à l'égalité dans la garantie des droits sexuels et reproductifs mise en évidence par la Cour IDH dans l'affaire *Artavia Murillo*[2583], pour conclure que la jurisprudence constitutionnelle colombienne et la jurisprudence interaméricaine ont déterminé que « les droits sexuels et reproductifs protègent la faculté des personnes de prendre des décisions libres sur leur sexualité et reproduction, et que ces libertés ont été reconnues comme des droits de l'homme dont la protection et la garantie ont pour base la reconnaissance de l'égalité et de l'équité de genre »[2584].

La Cour constitutionnelle a trouvé qu'en Colombie la législation exclut du Plan général de santé (POS) les « traitements d'infertilité »[2585], et que cette exclusion s'est maintenue au motif de réussir « la plus grande effectivité dans l'utilisation des ressources du système et leur destination dans les services qui contribuent au diagnostic, le traitement et la réhabilitation

---

[2580] Ibid., p. 45, fondement juridique 4.2.2.
[2581] Ibid., p. 45, fondement juridique 4.2.1.
[2582] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de constitutionnalité C-371-2000*, Requête P.E.010, 29 mars 2000, pp. 52 et 53, fondements juridiques 19 – 21 ; *Arrêt d'unification SU-389-2005*, Requêtes T-851947, T-1003162, T-1003169, T-1003177, T-1003629 et T-1015380, 13 avril 2005, p. 16, fondement juridique 3 ; *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-629-2010*, Requête T-2384611, 13 août 2010, p. 23, fondement juridique 2.3.2 ; et *Arrêt d' « Action de Tutela » T-248-2012*, Requête T-3277032, 26 mars 2012, p.26, fondements juridiques 2.6.2 et 2.6.3.
[2583] La Cour IDH soutient que c'est une obligation des États de tendre par l'inclusion des personnes handicapées au moyen de l'égalité de conditions, d'opportunités et de participation dans toutes les sphères de la société. Ainsi « toute personne qui se trouve dans une situation de vulnérabilité est titulaire d'une protection spéciale, en raison des devoirs spéciaux dont l'accomplissement de la part de l'État est nécessaire pour satisfaire les obligations générales de respect et la garantie des droits de l'homme ». Celui-là, parce qu' « il ne suffit pas que les États s'abstiennent de violer les droits, mais il est impératif l'adoption de mesures positives, déterminables en fonction des nécessités particulières de protection du sujet de droit, soit pas sa condition personnelle, soit par la situation spécifique dans laquelle il se trouve, comme le handicap ». COUR IDH, *Affaire Artavia Murillo et autres (« fécondation in vitro ») Vs. Costa Rica*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 257, Op. Cit., § 292.
[2584] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-274-15*, Op. Cit., p. 52, fondement juridique 4.2.4.
[2585] Article 130 numéral 4, Résolution 5521/2013. Voir, MINISTÈRE DE SANTÉ DE COLOMBIE, *Résolution 5521/2013*, 27 décembre 2013.

de la maladie »[2586]. Autrement dit, la limitation a été faite pour maintenir « l'équilibre financier » du système général de santé[2587].

Néanmoins, pour la Cour cette exclusion génère un « déficit de protection » sur les personnes qui souffrent de cette pathologie, en particulier sur celles qui n'ont pas les ressources économiques pour accéder aux traitements de fertilité, parce qu'elles « auront comme la seule possibilité pour former une famille celle de la maternité adoptive »[2588]. « Le refus de la part de l'État d'offrir la possibilité aux patients ou couples d'accéder aux procédures de fécondation *in vitro*, comme la seule possibilité de procréer biologiquement, suppose une limitation à l'exercice des droits à l'égalité, au libre développement de la personnalité et à avoir une famille »[2589].

Après l'exercice du contrôle diffus de conventionnalité dans le cas, la Cour a exprimé que « la maternité fait partie du droit au libre développement de la personnalité et dans cette mesure [a considéré] que la décision d'être ou non mère ou père est partie du droit à la vie privée, et inclut la décision d'être mère ou père dans le sens génétique ou biologique »[2590]. La Cour a aussi dit qu'à elle ne lui appartient pas « l'évaluation des priorités financières du système de sécurité de santé »[2591], parce que sa tâche n'est pas financière mais juridictionnelle. Pour cela, dans le cas d'espèce elle s'est limité à « assurer la garantie des droits fondamentaux des patients qui se trouvent dans ces circonstances spéciales et exceptionnelles »[2592].

Sur la base de ces arguments, la Cour constitutionnelle a décidé d'admettre l' « Acción de Tutela » comme un recours valable pour demander des EPS la réalisation des traitements de fertilité, tels que la FIV, vu que son refus peut générer l'affectation « d'autres droits comme la liberté, la vie privée et familière, la santé reproductive, le libre développement de la personnalité, l'égalité, entre autres »[2593], ainsi qu'un impact disproportionné sur les droits des « personnes qui ne disposent pas des ressources économiques pour assumer leur prix et souhaitent procréer d'une manière biologique »[2594]. Par le biais de l'application du patrimoine commun des droits de l'homme en matière des droits reproductifs, en Colombie ces droits deviennent protégés et garantis à travers leur inclusion au régime d'assurance-maladie des traitements de fertilité[2595].

En Chili, la Cour suprême de justice en 2013 a rendu un arrêt protégeant le droit à la réparation effective des victimes de violations graves des droits de l'homme, lesquelles, à

2586 COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt d'« Acción de Tutela » T-274-15*, Op. Cit., p. 60, fondement juridique 5.1.1.
2587 Ibid., p. 64, fondement juridique 5.1.3.
2588 Ibidem.
2589 Ibid., p. 65, fondement juridique 5.1.4.
2590 Ibid., p. 70, fondement juridique 5.2.2. Voir, COUR IDH, *Affaire Artavia Murillo et autres (« fécondation in vitro ») Vs. Costa Rica*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 257, Op. Cit., § 143.
2591 COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt d'« Acción de Tutela » T-274-15*, Op. Cit., p. 71, fondement juridique 5.2.2.
2592 Ibidem.
2593 Ibid., p. 74, fondement juridique 5.2.4.
2594 Ibidem.
2595 COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt d'« Acción de Tutela » T-306-16*, Requête T-5165407, 15 juin 2016, p. 39, fondement juridique 8.

partir de la résolution 60/147 de l'Assemblée générale des Nations Unies, sont considérées aussi sujets de spéciale protection en raison de leur vulnérabilité[2596].

D'après la Cour, toutes « les victimes devraient être traitées avec humanité ainsi que dans le respect de leur dignité et de leurs droits humains » ; et dû à leur condition de vulnérabilité « des mesures appropriées devraient être prises pour assurer leur sécurité, leur bien-être physique et psychologique et la protection de leur vie privée, de même que ceux de leur famille »[2597]. Pour cela, les victimes des violations des droits de l'homme commisses par la dictature militaire de Pinochet doivent être indemnisées de manière effective sans que les normes du Code civil relatives à la prescription des actions de réparation des dommages puissent être opposées[2598].

En effet, au cours d'un pourvoi en cassation contre un arrêt d'indemnisation de préjudices par l'assassinat de 4 personnes de la part d'agents de sécurité de l'État durant la dictature d'Augusto Pinochet[2599], la Cour s'est vue confrontée à deux thèses juridiques en matière de réparation de préjudices. La première, priorisant l'application de l'ordre juridique interne, principalement la normativité civile commune sur la prescription d'actions d'indemnisation, et la deuxième, demandant l'application des normes constitutionnelles qui remettent aux normes internationales en matière de responsabilité internationale et l'obligation de réparer les victimes des violations des droits de l'homme[2600].

La Cour suprême en appliquant le contrôle diffus de conventionnalité a décidé de rejeter les prétentions des requérants et d'appliquer la jurisprudence interaméricaine en matière de réparations, pour confirmer la décision du tribunal de deuxième instance, laissant de côté le délai de prescription fixé par le Code civil et protéger ainsi les droits des victimes. Pour la Cour « lorsqu'il s'agit de violations aux droits de l'homme, la source de la responsabilité civile ne se trouve pas dans le Code civil applicable aux relations entre

---

[2596] L'Assemblée des Nations Unies dans sa soixantième session qui a eu lieu le 16 décembre 2005, a approuvé par sa résolution 60/147 les principes fondamentaux et les directives concernant le droit à un recours et à une réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire. D'après la résolution, l'État doit « veiller à ce que sa législation interne, dans la mesure du possible, permette aux victimes de violence ou de traumatismes de bénéficier d'une sollicitude et de soins particulières, afin de leur éviter de nouveaux traumatismes au cours des procédures judiciaires et administratives destinées à assurer justice et réparation ». UN. GENERAL ASSEMBLY, *Resolution 60/147 (2005)*, A/RES/60/147, 16 December 2005, § 8.

[2597] Ibidem.

[2598] COUR SUPRÊME DE JUSTICE DU CHILI, *Affaire Juan Soto Cerda*, Requête nº 3841-2012, 4 septembre 2013, considérant 10.

[2599] En effet, tel qu'il a été prouvé dans la procédure pénale déroulée à l'encontre des agents de sécurité du Centre national d'information (CNI), 4 membres du parti socialiste du Chili ont été détenus en octobre et novembre 1981, et quelques jours après, ils ont été assassinés par des agents du CNI dans un opératif d'intelligence simulé afin de leur présenter devant les médias comme de subversifs morts dans un affrontement. Par ces faits, tant le fisc de Chile que les agents accusés par homicide qualifié ont été condamnés à payer solidairement la somme de trente millions de pesos par concept d'indemnisation de préjudices moraux à chacune des victimes requérantes. Ibid., considérant 1.

[2600] Voir sur le sujet, Constanza NÚÑEZ DONALD, *Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile : avances jurisprudenciales*, Anuario de Derechos Humanos, 2015, No. 11, p. 166 ; et Claudio NASH ROJAS, *Sentencia de la Corte suprema en el caso « Episodio Juan Soto Cerda » de 4 de septiembre de 2013 : La responsabilidad internacional del Estado y la reparación por violación de derechos humanos*, Revista de Derecho Público, 2013, Vol. 72, p. 262.

particuliers ou de ceux-ci contre l'État dans l'ordre interne, mais dans les principes et les normes du droit international des droits de l'homme »[2601].

Ainsi, bien que l'article 2497 du Code civil signale que les règles de prescription « s'appliquent également en faveur et à l'encontre de l'État », cela ne semble pas pertinent dans les cas de violations flagrantes des droits de l'homme[2602]. « L'arrêt contesté [par les requérants] applique correctement les normes contenues dans les articles 1.1. et 63.1 de la [CADH] »[2603], dans la mesure où la Cour IDH a défini dans sa jurisprudence que « la responsabilité de l'État dans cette sorte d'illicite reste soumise aux règles du droit international, celles qui ne peuvent pas être méconnues sous le prétexte de faire primer les dispositions de droit interne »[2604].

De plus, ce qui est intéressant de cet arrêt, c'est que la Cour suprême a déterminé que devant « un délit de lèse-humanité dont l'action pénale est imprescriptible, il ne semble pas cohérent à admettre que l'action civile pour dommages soit soumise aux normes de prescription établies par la loi civile interne, puisque cela est contraire à la volonté exprimée par la normativité internationale sur les droits de l'homme »[2605]. Moins compréhensible est celui-ci, si on tient compte que la Constitution du Chili dans son article 5.2 consacre « le droit des victimes et d'autres titulaires légitimes à obtenir la réparation due de tous les préjudices subis en conséquence de l'acte illicite »[2606].

Par le biais de cette argumentation, la Cour suprême chilienne a protégé le droit de l'un des groupes vulnérables, les victimes des violations flagrantes des droits de l'homme et des violations graves du droit international humanitaire, à recevoir une réparation effective. Dans cet arrêt, la Cour a appliqué dans le droit chilien l'obligation internationale de réparer les victimes, principalement, parce que cette obligation fait partie, à l'heure actuelle, du patrimoine commun des droits de l'homme, étant considérée par la jurisprudence internationale comme « une norme coutumière qui constitue l'un des principes fondamentaux du droit international contemporain sur la responsabilité des États »[2607].

[2601] COUR SUPRÊME DE JUSTICE DU CHILI, *Affaire Juan Soto Cerda*, Requête nº 3841-2012, Op. Cit., considérant 3.
[2602] Ibid., considérant 6.
[2603] Ibidem.
[2604] Ibidem. Dans l'affaire *La Cantuta Vs. Pérou*, la Cour IDH a précisé que « l'article 63.1 de la Convention américaine accueille une norme coutumière qui constitue l'un des principes fondamentaux du droit international contemporain sur la responsabilité des États ». De cette manière, « l'obligation de réparer est réglée par le droit international, et elle ne peut pas être modifiée ou être méconnue en invoquant pour cela des dispositions [de] droit interne ». COUR IDH, *Affaire La Cantuta Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 162, Op. Cit., § 200.
[2605] COUR SUPRÊME DE JUSTICE DU CHILI, *Affaire Juan Soto Cerda*, Requête nº 3841-2012, Op. Cit., considérant 9.
[2606] Ibidem.
[2607] COUR IDH, *Affaire 19 commerçants Vs. Colombie*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 109, Op. Cit., § 220.

Conclusion Chapitre 1

L'arrivée du contrôle de conventionnalité dans la pratique des tribunaux internationaux et nationaux, au début, à travers l'obligation de prendre des mesures générales en droit interne, et puis, par le biais de l'obligation d'harmoniser le droit étatique avec le droit conventionnel des droits de l'homme, a démontré qu'il est un mécanisme effectif pour intégrer au droit interne les développements du droit international, autant que pour humaniser tout l'ordre juridique national. De plus, le contrôle de conventionnalité concentré et diffus, dans ses versions répressive et constructive, démontre l'existence d'une véritable « montée en puissance des juges »[2608]. Il est désormais valable d'affirmer, tel que le font Allard et Garapon, que le pouvoir des juges dans l'actualité est « le plus universalisable, mais aussi le plus universalisant, des trois pouvoirs décrits par Montesquieu »[2609].

Il faut garder à l'esprit par ailleurs les grandes avancées de mécanisme de contrôle dans le cadre du SIDH, où l'obligation de contrôler la conventionnalité du droit interne vis-à-vis de la CADH, les autres instruments internationaux et les interprétations faites par la Cour IDH, s'est élargie à toutes les autorités publiques[2610]. Ces avancements ont eu lieu afin de prévenir au maximum la violation des droits de l'homme et de consolider, avec la participation de tous les États, l' « *ius commune latino-américain* »[2611].

D'autre part, le contrôle de conventionnalité a prouvé sa grande utilité pour corriger les problèmes structurels des violations des droits de l'homme, lesquels, sont devenus une priorité pour les tribunaux régionaux sur la matière, parce qu'ils mettent en risque la crédibilité et la stabilité des systèmes de protection[2612]. Le contrôle de conventionnalité a démontré aussi qu'il peut humaniser les droits internes, soit par le contrôle de la compatibilité des normes étatiques[2613], soit par l'application du principe *pro homine*[2614].

Enfin, au niveau étatique, l'exercice du contrôle de conventionnalité a entraîné comme effet juridique l'intégration et l'application dans le droit interne de tout le patrimoine commun

---

[2608] Mireille DELMAS-MARTY, « Mondialisation et montée en puissance des juges », Op. Cit., p. 95.
[2609] Julie ALLARD et Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation* : *la nouvelle révolution du droit*, Op. Cit., p. 84.
[2610] COUR IDH, *Affaire Gelman Vs. Uruguay*, Arrêt de fond et réparations, Série C n ° 221, Op. Cit, §§ 193 et 239 ; *Affaire Massacre de Santo Domingo Vs. Colombie,* Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, Série C n° 259, Op. Cit., § 142 ; *Affaire Norín Catrimán et autres (dirigeants, membres et activistes du Peuple Indigène Mapuche Vs. Chili*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 279, Op. Cit., § 436 ; et *Affaire Personnes dominicaines et haïtiennes expulsées Vs. Haïti*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 282, Op. Cit., § 471.
[2611] Ariel E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court ? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 68 ; et Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems) : Some Pertinent Questions*, Op. Cit., p. 125. Voir aussi, Armin Von BOGDANDY, *Ius constitutionale commune en América Latina : una Mirada a un constitucionalismo transformador*, Op. Cit., pp. 3 – 50 ; et José Ma. SERNA DE LA GARZA, « El concepto del *ius commune* latinoamericano en derechos humanos : elementos para una agenta de investigación », Op. Cit., pp. 199 – 217.
[2612] Dominik HAIDER, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 29 ; et ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Op. Cit., § 10.
[2613] CONSEIL D'ÉTAT COLOMBIEN, *Affaire du Mont de Patascoy*, Requête nº 31250 (Troisième Section), Op. Cit., §§ 7.5.1 – 7.5.5 ; et TRIBUNAL ÉLECTORAL DE L'ÉTAT DE CHIHUAHUA, *Arrêt sur la protection des droits politiques des citoyens*, Requête nº JDC-13/2015 et JDC-14/2015, Op. Cit., p. 32.
[2614] SUPRÊME COUR DE JUSTICE DE MENDOZA, *Habeas corpus correctif et collectif (Penitenciaria de Mendoza)*, Requête CUIJ nº 13-03815694-70, Op. Cit., p. 39.

des droits de l'homme. Ce patrimoine, pour être construit sous le respect de la diversité et la différence, a favorisé la sauvegarde des droits des peuples ancestraux, tribaux et originaux[2615], ainsi que priorisé l'action de l'État dans l'aide prioritaire des personnes et des groupes en condition de vulnérabilité, tel qui a été démontré par les tribunaux latino-américains[2616].

Il faut diriger désormais l'analyse vers la vérification des systèmes de contrôle de conventionnalité au niveau universel et régional.

[2615] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt de suivi A-073-14*, Op. Cit., p. 15, fondement juridique 4 ; *Arrêt de suivi A-005-09*, Op. Cit., pp. 4 et 5, fondements juridiques 1 – 7 ; et *Arrêt de suivi A-218-06*, Op. Cit., p. 26, fondement juridique 5.3.1. Également, TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL PLURINATIONAL DE BOLIVIE, *Arrêt d'Amparo*, Requête nº 0487/2014, Op. Cit., p. 36., fondement juridique III.7.2.

[2616] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-274-15*, Op. Cit., p. 74, fondement juridique 5.2.4 ; et COUR SUPRÊME DE JUSTICE DE CHILI, *Affaire Juan Soto Cerda*, Requête nº 3841-2012, Op. Cit., considérant 9.

Chapitre 2 : La vérification de la rigueur des systèmes de contrôle de conventionnalité au niveau universel et régional

Il est important de vérifier maintenant, l'existence réelle du contrôle de conventionnalité tant à l'intérieur des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme qu'au sein du système universel. Pour cela, il est impératif de faire un tour par ces systèmes pour comprendre, dans un premier moment, *le rôle pionnier des instances du système interaméricain dans la formation du contrôle de conventionnalité (Section 1)*, et dans un deuxième temps, *les manifestations du contrôle de conventionnalité à l'intérieur de l'Europe (Section 2)*, avant de se focaliser sur *les interrogations et les évolutions du contrôle de conventionnalité dans les systèmes onusien et africain des droits de l'homme (Section 3)*.

Section 1 : Le rôle pionnier des instances du système interaméricain

Par rapport à la genèse du contrôle de conventionnalité, les organes du SIDH sont ceux qui ont donné naissance à ce mécanisme de protection des droits de l'homme. Cependant, à travers un regard minutieux de leurs parcours on peut découvrir que *le rôle instigateur du contrôle de conventionnalité a été à la charge de la Commission IDH (§ 1)*, et qu'un temps plus tard, le *rôle consécrateur du contrôle de conventionnalité a été responsabilité de la Cour IDH (§ 2)*.

§ 1 : Le rôle instigateur du contrôle de conventionnalité : la Commission IDH

Dans la bibliographie spécialisée sur le contrôle de conventionnalité l'on identifie souvent l'organe juridictionnel du SIDH comme l'organe ayant permis l'existence de ce mécanisme[2617]. Néanmoins, bien que la Cour IDH ait été celle qui pour la première fois a parlé de ce concept juridique, lui a également donné son nom, et pour cela, on dit qu'elle est sa créatrice[2618], en réalité, la Commission IDH a été celle, qui comme organe quasi juridictionnel, a posé les premières pierres pour la construction conceptuelle du contrôle de conventionnalité. En effet, la Commission dans cette entreprise a trouvé dans *l'article 2 de la CADH sa muse d'inspiration (A)*, permettant ainsi, à travers *la demande d'adoption des mesures de droit interne, la naissance du contrôle de conventionnalité (B)*.

A. L'article 2 de la CADH : la muse d'inspiration de la Commission IDH

[2617] Ernesto REY CANTOR, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Op. Cit., pp. 167 – 171 ; Juan Carlos HITTERS, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, Op. Cit., pp. 110 – 118 ; Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Op. Cit., pp. 531 – 537 ; Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Chronique d'une théorie en vogue en Amérique Latine, décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité*, Op. Cit., pp. 831 – 863 ; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems) : Some Pertinent Questions*, Op. Cit., pp. 137 – 148 ; et Ariel E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court ? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., pp. 45 – 93.

[2618] COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154. Op. Cit., § 124 ; et *Affaire Travailleurs licenciés du Congrès (Aguado Alfaro et autres) Vs. Pérou*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 158, Op. Cit., § 128.

De manière catégorique, il faut voir dans l'article 2 de la CADH la pierre angulaire du contrôle de conventionnalité pratiqué dans le SIDH ; une sorte d'*ousia* de ce mécanisme de protection des droits humains qui a déterminé et détermine encore, son essence[2619]. Pour la Commission IDH, c'est l'article 2 du Pacte de San José celui qui a donné corps à ce qu'aujourd'hui on connaît sous le nom de contrôle de conventionnalité[2620]. Pour arriver à cette conclusion, la Commission IDH a parcouru trois stades : le premier, de sort explorateur, *reconnaissant l'existence d'une obligation de caractère générale (I)* dans l'article 2 de la CADH ; le deuxième, plus consistant, *recommandant aux États l'adoption des mesures nécessaires pour rendre compatible le droit interne (II)* avec la CADH ; et le troisième, très aigu, *déterminant l'incompatibilité des normes étatiques (III)*.

I. Reconnaissance de l'existence d'une obligation de caractère générale

Durant le début des années quatre-vingt-dix, les organes du SIDH n'étaient pas d'accord sur l'importance de contrôler contentieusement la conventionnalité du droit interne vis-à-vis de la CADH et des autres instruments interaméricains des droits de l'homme[2621]. Une analyse détaillée des décisions judiciaires des deux organes du SIDH démontre que la Commission IDH était plus inclinée à exercer un fort et véritable contrôle sur la conventionnalité des droits étatiques[2622], même, s'il s'agissait de normes qui n'avaient pas eu encore l'application dans un cas concret[2623] ; tandis que la Cour IDH se niait à cette possibilité, parce qu'à son avis, elle n'avait pas la fonction de contrôler la compatibilité des normes *in abstracto*[2624].

[2619] Voir, Gérard VERBEKE, *La doctrine de l'être dans la métaphysique d'Aristote [note critique]*, Revue philosophique de Louvain, 1952, Vol. 50, No. 27, pp. 471 – 478 ; et Anne MERKER, *Paul Ricœur, Être, essence et substance chez Platon et Aristote. Cours professé à l'Université de Strasbourg en 1953 – 1954*, Études Platoniciennes, 2013, Vol. 10, [En ligne] : https://etudesplatoniciennes.revues.org/230#quotation (29 septembre 2018).

[2620] COUR IDH, *Affaire Maqueda Vs. Argentine*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 18, 17 janvier 1995, § 2 et *Affaire El Amparo Vs. Venezuela*, Arrêt de fond, Série C n° 19, 18 janvier 1995, § 4.

[2621] Dans la Cour IDH cette situation se présentait seulement dans la fonction contentieuse, parce que par la voie consultative, elle venait pratiquant le contrôle de conventionnalité et ordonnant l'adéquation normative de l'ordre juridique étatique dès les années quatre-vingt. Voir, COUR IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Avis consultatif OC-4/84, Op. Cit., §§ 25 – 29.

[2622] Voir par exemple, COMMISSION IDH, *Affaires 9768, 9780 et 9828 Vs. Mexique*, Résolution No. 1/90, 17 mai 1990, §§ 82 et 98 ; *Affaire 9893 Vs. Uruguay*, Rapport No. 90/90, 3 octobre 1990, point résolutif No. 3 ; *Affaire 10180 Vs. Mexique*, Rapport No. 8/91, 22 février 1991, §§ 37 – 39 et 53 ; *Affaires 9328, 9329, 9742, 9848, 10193, 10230, 10429, 10469 Vs. Costa Rica*, Rapport No. 24/92, 2 octobre 1992, § 9 ; *Affaires 10147, 10181, 10262, 10309 et 10311 Vs. Argentine*, Rapport No. 28/92, 2 octobre 1992, point résolutif No. 1 ; *Affaires 10029, 10036, 10145, 10305, 10372, 10373, 10374 et 10375 Vs. Uruguay*, Rapport No. 29/92, 2 octobre 1992, § 32 et point résolutif No. 1 ; *Affaire 10956 Vs. Mexique*, Rapport No. 14/93, 7 octobre 1993, p. 2 ; *Affaire 10473 Vs. Colombie*, Rapport No. 1/94, 1 février 1994, point résolutif No. 2 ; *Affaire 10912 Vs. Colombie*, Rapport No. 2/94, 1 février 1994, point résolutif No. 2 ; *Affaire 10574 Vs. Salvador*, Rapport No. 5/94, 1 février 1994, point résolutif No. 4.c ; *Affaire 10911 Vs. Salvador*, Rapport No. 7/94, 1 février 1994, point résolutif No. 3.c. ; *Affaire 10804(b) Vs. Guatemala*, Rapport No. 21/94, 22 septembre 1994, § 5, et point résolutif No. 3 ; *Affaire 10026 Vs. Panamá*, Rapport No. 28/94, 30 septembre 1994, § 27 et point résolutif No. 2 ; et *Affaire 11010 Vs. Colombie*, Rapport No. 15/95, 13 septembre 1995, points résolutifs Nos. 1, 2 et 5. Voir aussi, COUR IDH, *Affaire Genie Lacayo Vs. Nicaragua*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 21, 27 janvier 1995, § 2.

[2623] COUR IDH, *Affaire El Amparo Vs. Venezuela*, Arrêt de fond, Série C n° 19, Op. Cit., § 4.

[2624] COUR IDH, *Affaire Genie Lacayo Vs. Nicaragua*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 21, Op. Cit., § 50.

À partir de 1990, la Commission IDH en reprenant ce qu'avait déjà prescrit la Cour IDH deux ans avant dans l'affaire *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, par rapport à l'obligation des États « de « garantir » le libre et plein exercice des droits reconnus dans la [CADH] à toute personne relevant de [leur] juridiction »[2625], commence à déterminer que de la relation existentielle entre les obligations de la CADH de respecter les droits (Art. 1.1) et d'adopter des mesures de droit interne (Art. 2), peuvent se déduire deux grandes responsabilités. D'une part, « le devoir des États parties d'organiser tout l'appareil gouvernemental et, en général, toutes les structures à travers lesquelles l'exercice de la puissance publique se manifeste, afin qu'ils soient capables d'assurer juridiquement le libre et plein exercice des droits de l'homme »[2626], et, d'autre part, le devoir de l'État partie « d'adapter sa législation interne lorsqu'elle [souffre] de défauts qui [empêchent] ou [rendent difficile] la pleine vigueur des droits reconnus par la Convention »[2627].

La Commission précise que par la voie de l'article 1 de la CADH « les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la Convention, et à en garantir le libre et plein exercice, à toute personne relevant de leur juridiction »[2628]. Également, la Commission affirme que conformément à l'article 2, « les États s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de cette Convention, les mesures législatives ou autres nécessaires pour effet auxdits droits et libertés »[2629]. Autrement dit, pour l'organe quasi juridictionnel interaméricain, dans l'article 2 de la CADH se trouve l'une des obligations générales et principales du SIDH, grâce à laquelle, pèse sur les États parties l'impératif d'assujettir leur conduite à la CADH en corrigeant tous les défauts normatifs de leur droit interne[2630].

C'est ainsi que la Commission IDH, au moins à ce premier stade, reconnaît que la CADH, en plus d'établir l'obligation générale de garantir le libre et plein exercice à toute personne des droits et libertés y reconnus, crée par le biais de l'article 2 une autre obligation générale et complémentaire qui oblige les États parties à mettre à jour leurs ordres juridiques avec les dispositions de la CADH. Désormais, par la voie de ce raisonnement de l'obligation d'harmoniser, la Commission considérer comme pertinent de recommander aux États l'adoption des mesures nécessaires pour rendre compatible le droit étatique avec les postulats du droit interaméricain.

II. Recommandation aux États de l'adoption des mesures nécessaires pour rendre compatible le droit interne

---

[2625] La Cour IDH, en effet, a prescrit que l'obligation de garantir les droits « implique le devoir des États parties d'organiser l'ensemble de l'appareil gouvernemental et, d'une manière générale, toutes les structures par lesquelles l'exercice du pouvoir public se manifeste, de telle sorte qu'ils soient en mesure d'assurer légalement l'exercice libre et complet des droits de l'homme ». Par conséquent, « les États doivent prévenir, enquêter et punir toute violation des droits reconnus par la Convention et rechercher, en outre, le rétablissement, si possible, du droit violé et, le cas échéant, la réparation des dommages causés par la violation des droits de l'homme ». COUR IDH, *Affaire Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Arrêt de fond, Série C n° 4, Op. Cit., § 166.

[2626] COMMISSION IDH, *Affaires 9768, 9780 et 9828 Vs. Mexique*, Résolution No. 1/90, Op. Cit., § 82.

[2627] Ibidem.

[2628] COMMISSION IDH, *Affaire 9893 Vs. Uruguay*, Rapport No. 90/90, Op. Cit., § 10.i.

[2629] Ibidem.

[2630] Voir, COMMISSION IDH, *Affaires 9768, 9780 et 9828 Vs. Mexique*, Résolution No. 1/90, Op. Cit., § 98 ; *Affaire 9893 Vs. Uruguay*, Rapport No. 90/90, Op. Cit., point résolutif No. 3 ; et *Affaire 10180 Vs. Mexique*, Rapport No. 8/91, Op. Cit., § 52.

Juste après avoir mis en évidence dans l'article 2 de la CADH l'existence d'une obligation de caractère générale, la Commission IDH entreprend l'entreprise de recommander aux États l'assujettissement de leurs droits internes.

Par exemple, par rapport à la protection des droits politiques au Mexique, la Commission IDH a estimé opportun, dans l'une de ses décisions, de rappeler au gouvernement mexicain que d'après les obligations étatiques acquises par la CADH, il a le « devoir d'adopter les dispositions de droit interne, selon ses procédures constitutionnelles et les dispositions de la Convention, qu'elles soient des mesures législatives ou ayant d'autre caractère, nécessaires pour rendre effectifs les droits et libertés que la Convention reconnaît »[2631]. Ensuite, en dépit d'avoir reconnu l'existence d'un actif processus de réforme de la législation électorale dans ce pays, la Commission a néanmoins fait remarquer dans son rapport de fond qu'elle « espère que telles réformes conduisent à l'adoption de normes qui protègent convenablement l'exercice des droits politiques, de même qu'à instituer un recours effectif et rapide pour leur protection »[2632].

Dans une autre affaire à l'encontre du Mexique, relative aussi aux droits politiques, la Commission a trouvé que la loi électorale de l'État de Nuevo León « n'accomplit pas pleinement la protection effective de l'exercice des droits politiques ni offre un recours simple, rapide et effectif devant des tribunaux indépendants et impartiaux »[2633]. Pour cela, dit la Commission dans ses conclusions, « le gouvernement du Mexique, en conformité avec les articles 2 et 28.2 de la Convention doit immédiatement adopter les mesures nécessaires pour obtenir une telle adéquation »[2634].

D'autre part, dans une affaire sur l'égalité devant la loi, déroulée contre l'Uruguay par la promulgation d'un décret (décret 137/85) qui fixait le réajustement des retraites de manière différenciée[2635], bien que la Commission de Washington ait rejeté la requête pour le non-épuisement des recours internes[2636], elle n'a pas laissé échapper l'opportunité pour recommander à l'État, « l'adoption des mesures législatives ou d'autre caractère »[2637]. En effet, pour la Commission, il était nécessaire la dérogation du décret 137/85 et ses effets, pour faire possible la comparaison des rajustements de passivités correspondantes à l'année 1985 en fonction de l'indice moyen de salaires à tous les retraités, et la correspondante mise à jour dans les montants qu'ils perçoivent au présent »[2638].

Par la même voie, la Commission IDH dans une affaire à l'encontre du Costa Rica relative à l'incompatibilité normative du Code de procédure pénale avec le droit à la présomption d'innocence reconnu par la CADH[2639], en plus de déclarer l'existence de la violation du droit, a décidé de « [recommander] au gouvernement que dans le délai de six mois et selon ses procédures constitutionnelles, prenne des mesures nécessaires pour faire

---

[2631] COMMISSION IDH, *Affaires 9768, 9780 et 9828 Vs. Mexique*, Résolution No. 1/90, Op. Cit., § 101.
[2632] Ibid., § 102. Voir aussi, COMMISSION IDH, *Affaire 10956 Vs. Mexique*, Rapport No. 14/93, Op. Cit., p. 2.
[2633] COMMISSION IDH, *Affaire 10180 Vs. Mexique*, Rapport No. 8/91, Op. Cit., § 53.
[2634] Ibidem. Voir aussi sur l'adéquation normative des lois électorales : COMMISSION IDH, *Affaire 10804(b) Vs. Guatemala*, Rapport No. 21/94, Op. Cit., § 5, et point résolutif No. 3.
[2635] COMMISSION IDH, *Affaire 9893 Vs. Uruguay*, Rapport No. 90/90, Op. Cit., § 14.
[2636] Ibid., point résolutif No. 1.
[2637] Ibid., point résolutif No. 3.
[2638] Ibidem.
[2639] COMMISSION IDH, *Affaires 9328, 9329, 9742, 9848, 10193, 10230, 10429, 10469 Vs. Costa Rica*, Rapport No. 24/92, Op. Cit., § 1.

pleinement effective la garantie judiciaire prévue dans l'article 8.2.h., en s'acquittant ainsi de [l'obligation de] l'article 2 de la Convention »[2640].

En d'autres cas, et cette fois sur la protection du droit à la vie contre la Colombie, la Commission, a décidé de recommander à l'État colombien « d'adapter sa législation interne à la [CADH] de façon à ce que le jugement d'agents de l'État impliqués dans des violations des droits de l'homme soit fait par des juges ordinaires et non par des juges pénaux militaires, pour garantir aux victimes l'indépendance et l'impartialité des tribunaux qui résoudront leurs causes »[2641]. Tout cela, après avoir identifié que le gouvernement n'a pas donné un accomplissement aux normes contenues dans l'article 2 de la CADH, adoptant « les mesures législatives ou d'autre caractère, nécessaires pour faire effectif le droit des personnes d'obtenir justice, pour sanctionner les membres de la force publique en service actif qui, dans l'exercice de leur service, ont méconnu le droit à la vie »[2642].

De même a fait la Commission IDH dans les affaires relatives au droit à l'intégrité personnelle et à la prohibition de la torture au Salvador. Sur le sujet, la Commission, en plus de trouver responsable à l'État par la violation du droit à l'intégrité personnelle, a décidé dans ses recommandations, d'exiger « [l'établissement] dans la législation correspondante de manière claire et précise la prohibition de la torture, d'autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants, et le cas échéant, [l'établissement] des sanctions pour les coupables et les indemnisations pour les victimes »[2643].

Avec le passage du temps, la Commission IDH va endurcir son contrôle quasi judiciaire, en franchissant le pas des recommandations sur l'adéquation de l'ordre juridique interne, pour déterminer elle-même, l'incompatibilité des normes étatiques.

III. Détermination de l'incompatibilité des normes étatiques

Par le biais de ce troisième stade, la Commission a avancé sur la force de son contrôle normatif du droit étatique, pour identifier et préciser si une norme est ou non compatible avec la CADH. Ce sont les lois d'autoamnistie et des lois de grâce en Argentine et en Uruguay qui sont les cas les plus représentatifs à cet égard.

Dans les affaires argentines, la Commission IDH a identifié, grâce aux dénonciations des requérants, que la sanction des normes d'autoamnistie a privé les victimes de leur droit d'obtenir une enquête judiciaire en matière criminelle, destinée à individualiser et à sanctionner les responsables des délits commis[2644]. Par conséquent, la Commission « [a conclu] que les lois No. 23.492 et No. 23.521, et le décret No. 1002/89 sont incompatibles avec l'article XVIII (droit à la justice) de la [DADDH] et les articles 1, 8 et 25 de la [CADH] »[2645].

[2640] Ibid., § 9.
[2641] COMMISSION IDH, *Affaire 11010 Vs. Colombie*, Rapport No. 15/95, Op. Cit., point résolutif No. 5.
[2642] COMMISSION IDH, *Affaire 10473 Vs. Colombie*, Rapport No. 1/94, Op. Cit., point résolutif No. 2 ; *Affaire 10912 Vs. Colombie*, Rapport No. 2/94, Op. Cit., point résolutif No. 2 ; et *Affaire 11010 Vs. Colombie*, Rapport No. 15/95, Op. Cit., point résolutif No. 2.
[2643] COMMISSION IDH, *Affaire 10574 Vs. Salvador*, Rapport No. 5/94, Op. Cit., point résolutif No. 4.c ; et *Affaire 10911 Vs. Salvador*, Rapport No. 7/94, Op. Cit., point résolutif No. 3.c.
[2644] COMMISSION IDH, *Affaires 10147, 10181, 10262, 10309 et 10311 Vs. Argentine*, Rapport No. 28/92, Op. Cit., § 50.
[2645] Ibid., point résolutif No. 1.

Pour sa part, dans les affaires uruguayennes, la Commission a trouvé que la loi d'autoamnistie dans ce pays a eu des effets juridiques sur de nombreuses parties et a affecté divers intérêts juridiques. « Concrètement, les victimes, les familiers ou les endommagés par les violations des droits de l'homme ont vu frustré leur droit à un recours, à une enquête judiciaire impartiale et exhaustive qui éclaircisse les faits, détermine les responsables et impose les sanctions pénales correspondantes »[2646]. C'est pourquoi la Commission a conclu que la loi 15.848 du 22 décembre 1986 « est incompatible avec l'article XVIII (droit à la justice) de la [DADDH] et les articles 1, 8 et 25 de la [CADH] »[2647].

Grâce à ce processus à trois temps, construit à partir du contenu de l'article 2 de la CADH, l'organe quasi juridictionnel du SIDH a désigné tant le corps que la portée de son contrôle normatif, préparant le terrain pour se plonger à un nouveau niveau de sa fonction de contrôler l'ordre juridique étatique : la demande judiciaire à la Cour IDH d'adoption des mesures de droit interne.

B. La demande d'adoption des mesures de droit interne : la naissance du contrôle de conventionnalité

À partir de l'année 1993, la Commission IDH a trouvé que la simple reconnaissance d'incompatibilités du droit interne vis-à-vis des obligations internationales acquises par les États n'était pas suffisante pour arrêter les violations des droits de l'homme[2648]. C'est ainsi qu'elle a vu nécessaire de demander, dans les affaires transmisses à la Cour IDH, l'adoption des mesures de droit interne comme réparation immatérielle.

La première demande de cette sorte de mesures effectuée par la Commission IDH s'est déroulée au cours de l'affaire *Maqueda Vs. Argentine*, où il a été appliqué la loi 23.077 (Loi de défense nationale) à Guillermo Maqueda pour avoir participé dans une manifestation civile, et à cause de laquelle il a été condamné à 10 ans de prison, sans compter pour sa défense avec un recours effectif de double instance[2649]. D'après la demande de la Commission, la Cour IDH doit « [déclarer] que l'État argentin est obligé à créer un mécanisme ordinaire qui garantit la double instance dans la procédure établie par la loi 23.077 »[2650], celui-là, afin d'obtenir « la compatibilité de ladite norme avec la Convention américaine »[2651].

La deuxième demande présentée par la Commission à cet égard a été dans l'affaire *El Amparo Vs. Venezuela*. Dans cette affaire, il est jugé de la responsabilité internationale de l'État pour l'assassinat de 14 pêcheurs dans le fleuve Arauca proche de la frontière avec la Colombie, aux mains de la force militaire et de la police vénézuéliennes.

Dans le rapport réservé No. 29/93, la Commission IDH a demandé que la Cour IDH déclare que l'entrée en vigueur de l'article 54 §§ 2 et 3 du Code de justice militaire du Venezuela, « est incompatible avec l'objet et la fin de la [CADH], et qu'il doit s'adapter à elle

---

[2646] COMMISSION IDH, *Affaires 10029, 10036, 10145, 10305, 10372, 10373, 10374 et 10375 Vs. Uruguay*, Rapport No. 29/92, Op. Cit., § 39.
[2647] Ibid., point résolutif No. 1.
[2648] COUR IDH, *Affaire Maqueda Vs. Argentine*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 18, Op. Cit., § 6.
[2649] Ibidem.
[2650] Ibid., § 2.
[2651] Ibidem.

en conformité avec les obligations contractées en vertu de l'article 2 »[2652]. Pour la Commission, cet article octroie au Président de la République, comme « fonctionnaire de justice militaire », les attributions d'ordonner qu' « un jugement militaire ne soit pas ouvert dans des cas déterminés, lorsqu'il est estimé convenable » aux intérêts nationaux, et d'ordonner « la suspension des jugements militaires, lorsqu'il soit jugé convenable, dans n'importe quel état de la cause[2653].

La Commission dans sa demande de réparations non pécuniaires présentée au tribunal de San José, a sollicité comme une forme de réparation immatérielle, « la réforme du Code de justice militaire, spécifiquement l'article 54.2 et 54.3, ainsi que les règlements et les instructions militaires pour autant qu'ils soient incompatibles avec la Convention »[2654].

La troisième demande d'adoption des mesures de droit interne requise par la Commission à la Cour IDH, a été dans l'affaire *Genie Lacayo Vs. Nicaragua*. Dans cette affaire, il est examiné la responsabilité internationale du Nicaragua par rapport à l'assassinat du jeune Jean Paul Genie Lacayo par des militaires, au moment où il conduisait sa voiture et tentait de dépasser la caravane de véhicules dans laquelle se mobilisaient les effectifs militaires[2655]. Selon la Commission, les agents du gouvernement, en agissant sous l'investiture de la fonction publique et appuyés sur les décrets 591 et 600 relatifs à la loi de l'Organisation de l'audit militaire et de la procédure militaire, et à la loi provisoire des délits militaires, ont commis un déni de justice à l'égard des membres de la famille Genie Lacayo, et rendu impossible la réalisation d'une enquête impartiale pour sanctionner les responsables[2656].

Pour ces faits, la Commission a demandé à la Cour IDH « [déclarer] que la vigueur des décrets 591 et 600 […] qui règlent la juridiction pénale militaire, est incompatible avec l'objet et la fin de la [CADH], et qu'ils doivent être adaptés à elle en conformité avec les obligations contractées en vertu de l'article 2 »[2657].

C'est ainsi à partir de ce moment que la Commission IDH a demandé une attitude puissante de la part de la Cour IDH vis-à-vis de l'interprétation de l'article 2 de la CADH, à savoir l'injonction des mesures en droit interne, afin d'adapter les normes étatiques au droit interaméricain, et la consécration du contrôle de conventionnalité.

§ 2 : Le rôle consécrateur du contrôle de *conventionnalité : la Cour IDH*

Bien que la Commission IDH ait joué un rôle instigateur dans la création du contrôle de conventionnalité, la Cour IDH a été celle qui a permis au contrôle d'arriver à sa *consolidation et à son expansion (B)*, sans ignorer que pour y arriver à ce stade, la Cour IDH a traversé par

---

[2652] COUR IDH, *Affaire El Amparo Vs. Venezuela*, Arrêt de fond, Série C n° 19, Op. Cit., § 4.
[2653] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Opinion dissidente de réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire El Amparo Vs. Venezuela, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 28, Op. Cit., § 2 note de bas de page 1.
[2654] COUR IDH, *Affaire El Amparo Vs. Venezuela*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 28, Op. Cit., § 52.
[2655] COUR IDH, *Affaire Genie Lacayo Vs. Nicaragua*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 21, Op. Cit., § 11.
[2656] Ibid., § 13.
[2657] Ibid., § 2.

une étape initiale de résistance, suivie par une étape de consécration du contrôle comme mécanisme de protection des droits de l'homme (A).

A. De la résistance initiale à la consécration du contrôle de conventionnalité

La Cour IDH, après d'avoir reçu de la part de la Commission IDH la demande d'ordonner l'adoption des mesures de droit interne par les États, s'est vue confrontée à l'interprétation de l'article 2 de la CADH, pour enfin décider si l'obligation établie dans son contenu normatif implique que la Cour IDH a la compétence pour ordonner l'exclusion d'une norme de l'ordre juridique étatique lorsqu'elle est déclarée non conventionnelle. Face à cette entreprise, la Cour IDH a adopté au début une attitude conservatrice, manifestant *sa résistance initiale à l'égard de la possibilité de contrôler la compatibilité de l'ordre juridique interne par rapport au droit interaméricain (I)*. Cependant, avec le passage du temps, la Cour a changé progressivement sa perspective sur l'importance de contrôler le droit interne pour enfin admettre cette possibilité à travers *la consécration du contrôle aîné de conventionnalité (II)*.

I. La résistance à contrôler le droit interne

Étant donné que la première demande d'adoption des mesures de droit interne présentée par la Commission IDH a été au cours de l'affaire *Maqueda Vs. Argentine* précitée, et que celle-ci s'est résolue par un règlement amiable entre les parties, la Cour IDH n'a pas eu l'opportunité de juger sur le sujet[2658].

Dans l'arrêt de fond de l'affaire *El Amparo Vs. Venezuela*, qui est dans la pratique la deuxième affaire dans laquelle a été demandée l'adoption des mesures de droit interne par la Commission IDH, l'État défendeur a reconnu sa responsabilité internationale, et par conséquent, la Cour IDH a déclaré le non-lieu de l'affaire et a rayé son rôle, sans prendre une décision concrète sur les mesures de droit interne requises à l'État[2659].

Cependant, le juge Cançado Trindade dans son opinion concordante, a émis une critique sur le fait que telle que la Cour IDH s'est réservée la faculté de réviser et d'approuver l'accord des réparations et le montant des indemnisations[2660], elle aurait dû aussi se réserver la faculté « d'examiner et de décider sur la demande faite par la [Commission IDH] […] sur l'incompatibilité ou non des §§ 2 et 3 de l'article 54 du Code de justice militaire du Venezuela avec l'objet et la finalité de la [CADH] »[2661].

Vu que dans l'arrêt d'exceptions préliminaires de l'affaire *Genie Lacayo Vs. Nicaragua*, la Cour de San José a exprimé qu'elle était compétente pour tout ce qui est relatif à la responsabilité internationale de l'État dans ce cas, « sauf pour se prononcer sur la

---

[2658] COUR IDH, *Affaire Maqueda Vs. Argentine*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 18, Op. Cit., §§ 23 – 27 et points résolutifs Nos. 1 et 2.
[2659] COUR IDH, *Affaire El Amparo Vs. Venezuela*, Arrêt de fond, Série C n° 19, Op. Cit., § 20.
[2660] Ibid., point résolutif No. 4.
[2661] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Opinion concurrente de fond,* COUR IDH, Affaire El Amparo Vs. Venezuela, Arrêt de fond, Série C n° 19, Op. Cit., paragraphe unique.

compatibilité dans l'abstrait des décrets 591 et 600 du Nicaragua avec la [CADH] »[2662], la force des critiques du juge Cançado Trindade a augmenté dans les arrêts ultérieurs.

Il en résulte que pour l'époque, la Cour IDH considérait que sa « compétence contentieuse […] n'a pas pour objet la révision de la législation nationale dans l'abstrait, mais qu'elle s'exerçait pour résoudre les cas concrets dans lesquels on allègue qu'un acte de l'État, exécuté à l'encontre des personnes déterminées, est contraire à la Convention »[2663]. C'est pourquoi la Cour a précisé que dans les affaires contentieuses, « elle aurait à considérer et à résoudre [simplement] si l'acte qui est imputé à l'État constitue une violation des droits et des libertés protégés par la Convention, indépendamment de savoir s'il est ou non en conformité avec la législation interne de l'État »[2664].

C'est ainsi que la Cour IDH a tracé le chemin de sa réticence initiale de juger la compatibilité des normes étatiques vis-à-vis du droit interaméricain. Dans l'arrêt de réparations, frais et dépens de l'affaire *El Amparo Vs. Venezuela*, où se jugeait la responsabilité de l'État par le biais de ces agents militaires pour l'assassinat des 14 pêcheurs, mais surtout, la possible application des normes du Code de justice militaire du Venezuela, pour laisser sans jugements les responsables du crime, la Cour s'est abstenue de contrôler *in abstracto* l'article 54 du Code cité. D'après la Cour, il n'a pas lieu de contrôler « l'article 54 du Code cité, qui accorde au Président de la République la faculté d'ordonner qu'un jugement militaire ne soit pas ouvert dans des cas déterminés, lorsqu'il soit convenable aux intérêts de la Nations et d'ordonner la suspension des jugements militaires dans n'importe quel état de la cause, [parce qu'il] n'a pas été appliqué dans le cas présent »[2665].

Le tribunal interaméricain, d'après ce qu'il avait souligné dans son avis consultatif OC-14[2666], « [s'est abstenu] de se prononcer dans l'abstrait sur la compatibilité du Code de justice militaire du Venezuela, ses règlements et ses instructions avec la [CADH] »[2667]. La Cour, vu que la norme en question n'a pas été appliquée et qu'elle n'a pas la compétence de juger *in abstracto*, n'a pas « ordonné à l'État du Venezuela la réforme demandée par la Commission »[2668]. À sa place, la Cour a déclaré que dans le cas d'espèce « les règlements et les instructions militaires ne relèvent pas du domaine des réparations non-pécuniaires et pour

---

[2662] COUR IDH, *Affaire Genie Lacayo Vs. Nicaragua*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 21, Op. Cit., point résolutif No. 1.
[2663] Ibid., § 50.
[2664] Ibidem. Cfr. COUR IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 et 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Avis consultatif OC-14/94. Op. Cit., § 48.
[2665] COUR IDH, *Affaire El Amparo Vs. Venezuela*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 28, Op. Cit., § 58.
[2666] « La juridiction contentieuse de la Cour est exercée dans le but de protéger les droits et les libertés des personnes déterminées et non avec l'objet de résoudre des cas en abstrait. Aucune disposition existe dans la Convention, qui permet à la Cour décider, dans l'exercice de sa compétence contentieuse, si une loi qui n'a pas encore affecté les droits et libertés protégés des individus déterminés est contraire à la Convention. Comme d'avance il est dit, la Commission si pourrait lui faire et de cette façon lui donner un accomplissement à sa fonction principale de promouvoir l'observance et la défense des droits de l'homme ». COUR IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 et 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Avis consultatif OC-14/94. Op. Cit., § 49.
[2667] COUR IDH, *Affaire El Amparo Vs. Venezuela*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 28, Op. Cit., § 59.
[2668] Ibidem.

cela, elle ne doit pas se prononcer sur la conformité du Code de justice militaire avec la [CADH] »[2669].

Face à ce refus, le juge Cançado Trindade a rendu, cette fois, une opinion dissidente, dans laquelle il a fortement critiqué la position de la Cour IDH. D'après lui, l'argument exprimé par la Cour, consistant en l'indication que l'article 54 §§ 2 et 3 du Code de justice militaire « n'a pas été appliqué dans le cas présent », ne la prive pas de sa compétence pour procéder à la détermination de l'incompatibilité ou non de ces dispositions légales avec la [CADH][2670].

D'après le raisonnement du juge brésilien, « la propre existence d'une disposition légale peut *per se* créer une situation qui affecte directement les droits protégés par la [CADH] »[2671]. En conséquence, « une loi peut certes violer ces droits en raison de sa propre existence, et, dans l'absence d'une mesure d'application ou d'exécution, par la *menace* réelle aux personnes représentées par la situation créée par ladite loi »[2672]. Il n'est pas alors nécessaire d'attendre « la réalisation d'un dommage (matériel ou immatériel) pour qu'une loi puisse être contestée ; il peut être sans que cela ne représente un examen ou détermination *in abstracto* de son incompatibilité avec la Convention »[2673].

La critique du juge Cançado Trindade ne s'arrête pas là. Pour lui, s'il était nécessaire d'attendre l'application effective d'une loi en occasionnant un dommage, il n'y aurait pas comment soutenir le devoir de prévention sur les violations des droits de l'homme reconnu par la jurisprudence interaméricaine[2674]. Ce devoir « comprend toutes [les] mesures de caractère juridique, politique, administratif et culturel qui promeuvent la sauvegarde des droits de l'homme et qui assurent que les violations éventuelles à ces droits soient effectivement réfléchies et traitées comme un fait illicite qui, comme tel, est susceptible de générer des sanctions pour celui qui les commet, ainsi que l'obligation d'indemniser les victimes par ses conséquences préjudiciables »[2675].

« Une loi peut par sa propre existence et dans l'absence de mesures d'exécution, affecter les droits protégés », dès lors que celle-ci, par exemple, « par sa vigueur prive aux victimes ou à leurs familiers d'un recours effectif devant les juges ou des tribunaux nationaux compétentes, indépendants et impartiaux, ainsi que des garanties judiciaires pleines »[2676].

L'attitude assumée par le juge Cançado Trindade dans ces deux opinions, l'une concordante et l'autre dissidente, est de radicale importance pour le développement du contrôle de conventionnalité par la Cour IDH. Ces critiques vont stimuler au sein de cet organe judiciaire, l'intérêt pour l'obligation qu'ont les États d'harmoniser leur droit interne avec leurs obligations internationales, ainsi que pour la garantie de non-répétition des violations des droits de l'homme. À partir de ce moment, les critiques faites par Cançado Trindade aux postures négatives de la Cour IDH vont être écoutées dans les affaires successives de la Cour ;

[2669] Ibid., point résolutif No. 5.
[2670] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Opinion dissidente de réparations, frais et dépens*, COUR IDH, Affaire El Amparo Vs. Venezuela, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 28, Op. Cit., § 2.
[2671] Ibidem.
[2672] Ibidem.
[2673] Ibid., § 3.
[2674] Ibid., § 6.
[2675] COUR IDH, *Affaire Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Arrêt de fond, Série C n° 4, Op. Cit., § 175 ; et *Affaire Godínez Cruz Vs. Honduras*, Arrêt de fond, Série C n° 5, Op. Cit., § 185.
[2676] Antônio CANÇADO TRINDADE, *Opinion dissidente de réparations, frais et dépens*, COUR IDH, Affaire El Amparo Vs. Venezuela, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 28, Op. Cit., § 3.

et vont être les fondements pour la consécration du contrôle de conventionnalité au sein du SIDH.

II. La consécration d'un contrôle aîné de conventionnalité

Le contrôle de conventionnalité commence à obtenir sa consécration conceptuelle dans le SIDH à mesure que le système de réparation des victimes est consolidé. Il est dans la construction théorique du système de réparation interaméricain qu'ils se trouvent les fondements et les sources du contrôle de conventionnalité. Il est grâce au fait que le système interaméricain de réparation a pris un chemin différent à celui de ses homologues d'autres régions, allant au-delà de l'indemnisation économique du dommage, qu'un vrai contrôle de compatibilité sur les normes étatiques a pu surgir, être exercé et s'étendre, tel qu'il a été fait par le contrôle de conventionnalité dans le continent américain.

La conception visionnaire et garantiste avec laquelle la Cour IDH a construit son système de réparation, l'a transformée dans les faits en un exemple pour les autres organes de protection des droits de l'homme de la planète. Le système de réparation inventé par le tribunal de San José a transcendé les frontières de l'économique, pour s'insérer dans la résolution des cas particuliers, dans des questions ontologiques. Cette transcendance, érige le SIDH comme une icône de la garantie des droits de l'homme.

Il en est ainsi que dans l'affaire *Suárez Rosero Vs. Équateur*, dans laquelle s'enquêtait la responsabilité internationale de l'État, par la détention illégale et arbitraire de Rafael Ivan Suárez Rosero de la part des agents de police, ainsi que le manque de diligence dans la procédure pénale suivie contre lui pour le délit de narcotrafic[2677], la Cour IDH a franchi le pas et a accepté qu'une norme peut *per se*, par sa propre existence, créer une situation qui affecte les droits protégés par la CADH[2678].

En effet, dans ce cas, la Commission IDH en suivant sa position sur l'adoption des mesures de droit interne, lui a demandé à la Cour IDH déclarer que l'Équateur a méconnu l'article 2 de la CADH avec l'article 114 A *in fine* du Code pénal[2679], pour créer une exception discriminatoire aux personnes qui ont été condamnées par la loi sur des substances stupéfiantes et psychotropes[2680].

[2677] COUR IDH, *Affaire Suárez Rosero Vs. Équateur*, Arrêt de fond, Série C n ° 35, Op. Cit., § 1.
[2678] Ibid., § 98.
[2679] Ibid., § 7.
[2680] « Article 114 A : Les personnes qu'ayant été arrêtées sans avoir reçu l'arrêt de non-lieu ou d'ouverture de l'enquête dans le temps égal ou supérieur à la troisième partie de l'établi par le Code pénal comme peine maximale pour le délit par lequel elles seraient mises en accusation, seront immédiatement mises en liberté par le juge qui connaît le processus.
De la même manière, les personnes qu'ayant été arrêtées sans avoir reçu sentence, par le temps égal ou supérieur à la moitié de l'établi par le Code pénal comme peine maximale par le délit par lequel elles seraient mises en accusation, seront mises en liberté par le tribunal pénal qui connaît le processus.
Ils sont exclus de cette disposition ceux qui seront mis en accusation, par des délits sanctionnés par la loi sur des substances stupéfiantes et psychotropes ». Voir, CONGRÈS DE LA RÉPUBLIQUE DE L'ÉQUATEUR, *Código Penal de 1971*, 1971, Disponible [En ligne] : https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cp.pdf (29 septembre 2018).

Face à cette demande, la Cour IDH a adopté une nouvelle attitude en acceptant qu'elle a la faculté de déterminer si une norme étatique est ou non compatible avec la CADH, même si elle n'a pas été appliquée dans une situation concrète.

Le tribunal interaméricain a signalé que l' « exception [décrite dans la norme accusée] dépouille à une partie de la population des prisonniers d'un droit fondamental en vertu du délit imputé à son encontre et, par conséquent, lèse intrinsèquement tous les membres de ladite catégorie d'inculpés » ; comme c'est le cas du M. Suárez Rosero à qui l'article 114 A a été appliqué lui produisant un préjudice[2681]. Le tribunal a conclu, également, que cette disposition normative est « une norme que viole *per se* l'article 2 de la [CADH], indépendamment qu'elle ait été appliquée dans le cas présent »[2682], dans la mesure où l'Équateur « n'a pas pris les mesures adéquates de droit interne qui permettent de faire effectif le droit contemplé dans l'article 7.5 de la [CADH] », c'est-à-dire le droit d'être traduit devant un juge[2683].

Le nouveau raisonnement du tribunal de San José deviendra une constante dans la jurisprudence interaméricaine[2684], pour permettre, d'un côté, la concrétion du contrôle de conventionnalité, et de l'autre côté, le développement du système particulier de réparation des victimes qui caractérise qualitativement à ce tribunal.

Dans une affaire postérieure, l'affaire *Garrido et Baigorria*, relative cette fois à la responsabilité internationale de l'Argentine, pour la disparition en 1990 de deux personnes à mains des agents de police dans la province de Mendoza, la Cour IDH va nourrir son raisonnement[2685]. En effet, dans cette affaire, la Cour va préciser que par le biais d'une norme qualifiée comme universellement valable par la jurisprudence internationale, c'est-à-dire un « *principe allant de soi* »[2686], elle a la compétence pour contrôler la comptabilité des droits internes vis-à-vis de l'obligation de l'article 2 de la CADH. Ceci parce que « dans le droit des gens, une norme coutumière prévoit qu'un État qui a signé un accord international doit introduire dans son droit interne les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des obligations assumées »[2687]. Par ce biais, « la [CADH] établit l'obligation de chaque État partie d'adapter son droit interne aux dispositions de ladite Convention, pour garantir les droits dans elle consacrés »[2688].

Cependant, et malgré les avancées obtenues par la jurisprudence interaméricaine avec ces deux dernières affaires, la Cour IDH a pris du temps pour ordonner, pour la première fois, qu'un État partie réformât son droit interne car, si bien elle commence à ordonner l'adoption des mesures de droit interne, elle hésitait sur le genre de mesures que les États devaient adopter.

[2681] COUR IDH, *Affaire Suárez Rosero Vs. Équateur*, Arrêt de fond, Série C n ° 35, Op. Cit., § 98.
[2682] Ibidem.
[2683] Ibid., § 99.
[2684] Voir par exemple, COUR IDH, *Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou.* Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 52, § 205 ; *Affaire Cantoral Benavides Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 69, § 176 ; *Affaire Hilaire, Constantine, Benjamin et autres Vs. Trinité-et-Tobago*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 94, § 114 ; et *Affaire Acosta Calderón Vs. Équateur*, Arrêt de fond et réparations, Série C n° 129, § 135.
[2685] COUR IDH, *Affaire Garrido et Baigorria Vs. Argentine*, Arrêt de fond, Série C n° 26, 2 février 1996, § 10.
[2686] CPJI, *Affaire sur l'échange des populations grecques et turques*, Avis consultatif, Op. Cit., p. 20.
[2687] COUR IDH, *Affaire Garrido et Baigorria Vs. Argentine*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 39, Op. Cit., § 68.
[2688] Ibidem.

À titre d'exemple de ce comportement dubitatif, dans l'affaire *Castillo Páez Vs. Pérou*, dans laquelle a été jugée la responsabilité internationale de l'État par l'enlèvement et l'ultérieure disparition forcée de Rafael Castillo Páez par des agents de la police nationale[2689], la Cour IDH a identifié que la loi d'amnistie No. 26.479 empêchait l'enquête, le jugement et la sanction effective des responsables du crime[2690]. Par ce fait, la Cour a ordonné que l'État devait « adopter les dispositions nécessaires en droit interne pour assurer l'accomplissement » de l'article 2 de la CADH[2691], sans indiquer concrètement que l'État devait abroger ou réformer la loi d'amnistie.

La même situation s'est présentée dans l'arrêt de réparations, frais et dépens de l'affaire précitée *Suárez Rosero*. La Cour IDH, après d'avoir vérifié que l'Équateur n'avait pas accompli le compromis « d'adopter les mesures nécessaires pour assurer que des violations comme celles identifiées dans [le fond de l'affaire] ne se produiront pas à nouveau dans sa juridiction »[2692], a exprimé que « contrairement à ce qu'il a été allégué par l'État, […] la nouvelle législation qui a été mise à sa connaissance ne constitue pas une mesure appropriée pour s'acquitter de [l'obligation établie] dans l'arrêt de fond »[2693]. La Cour a vu nécessaire de réitérer que « l'Équateur est dans l'obligation de reconnaître les droits consacrés dans la [CADH] à toutes les personnes qui se trouvent sous sa juridiction, sans aucune exception »[2694], mais en omettant à nouveau dans la partie résolutive, d'émettre l'injonction littérale d'arranger son droit interne.

Dans l'affaire *Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou*, la Cour IDH va franchir la frontière pour ordonner de manière explicite, pour la première fois, qu'un État partie doit modifier son droit interne, pour violer les principes et les droits prévus dans le droit interaméricain, principalement, au regard de la CADH. Dans cette affaire, il a été soulevé la question de la responsabilité internationale du Pérou pour la méconnaissance des principes du droit international universellement acceptés, tels que la légalité, le procès équitable, les garanties judiciaires, le droit à la défense et le droit d'être entendu par un tribunal impartial et indépendant, pour avoir jugé et condamné avec des juges militaires « sans visage » à quatre ressortissants chiliens à réclusion à perpétuité, pour le délit de trahison de la patrie, en vertu des décrets-lois Nos. 25.475 et 25.659 de 1992[2695].

Pour la Cour IDH, « les dispositions contenues dans la législation d'urgence adoptée par l'État pour faire face au phénomène du terrorisme, et en particulier les décrets-lois Nos. 25.475 et 25.659, appliqués aux victimes dans le cas présent, enfreignent l'article 2 de la [CADH], puisque l'État n'a pas pris les mesures adéquates de droit interne qui permettent de faire effectifs les droits consacrés dans [la Convention] »[2696]. C'est ainsi que la Cour a profité

[2689] COUR IDH, *Affaire Castillo Páez Vs. Pérou*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 24, 30 janvier 1996, § 14.
[2690] Voir *supra* IIème partie, Titre I, Ch. 2, Section 1, § 2, B, II.
[2691] COUR IDH, *Affaire Castillo Páez Vs. Pérou*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 43, Op. Cit., point résolutif No. 2.
[2692] COUR IDH, *Affaire Suárez Rosero Vs. Équateur*, Arrêt de fond, Série C n ° 35, Op. Cit., § 106.
[2693] COUR IDH, *Affaire Suárez Rosero Vs. Équateur*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n ° 44, 20 janvier 1999, § 87.
[2694] Ibidem.
[2695] COUR IDH, *Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou.* Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 52, Op. Cit., § 1.
[2696] Ibid., § 207.

de l'opportunité pour préciser quelles sont les mesures adéquates de droit interne qui doit adopter tout État pour s'acquitter de l'obligation prescrite dans l'article 2 de la CADH.

Selon le tribunal interaméricain, l'obligation contenue dans l'article 2 implique l'adoption des mesures en deux aspects, l'un d'extinction et l'autre de proposition. Les mesures d'extinction ont pour but « la suppression des normes et des pratiques de toute nature qui génèrent une violation aux garanties prévues dans la Convention ». Les mesures de proposition, font référence à « l'expédition de normes et le développement des pratiques conduisant à l'observance effective desdites garanties » [2697]. Grâce à ces réflexions, la Cour va ainsi ordonner la réforme du droit interne péruvien, en précisant dans son *decisum* que l'État doit adopter « les mesures appropriées pour réformer les normes qui ont été déclarées violatrices de la [CADH] dans l'arrêt, et assurer la jouissance des droits consacrés dans la [CADH] à toutes les personnes qui se trouvent sous sa juridiction, sans aucune exception »[2698].

Par le biais d'affaires comme celles-ci, le tribunal de San José a commencé à déterminer les éléments contraignants de son système de réparation, parmi lesquels se trouve la classique et bien partagée par les tribunaux internationaux, règle de satisfaction équitable, mais aussi, la peu connue injonction d'harmoniser et d'adapter le droit interne avec le droit international des droits de l'homme, fondée sur le devoir de prévention et sur la garantie de non-répétition.

Cependant, bien que la Cour IDH ait reconnu avoir la faculté pour déterminer la compatibilité des normes étatiques à l'égard du droit interaméricain, la consolidation ainsi que l'expansion du concept de contrôle de conventionnalité va prendre quelques années dans le SIDH.

B. De la consolidation à l'expansion du contrôle de conventionnalité

La *consolidation (I)* et l'*expansion (II)* du contrôle de conventionnalité seront une question de formation progressive dans la jurisprudence interaméricaine. Chaque qu'une de ces deux étapes, va encadrer le futur de ce mécanisme de contrôle, et le début d'une nouvelle manière de concevoir l'activité juridictionnelle de la Cour IDH et de concevoir le rôle des organes de protection régionale des droits de l'homme.

I. La consolidation du concept de contrôle de conventionnalité

Le mécanisme d'harmonisation et de compatibilité entre les normes d'un État partie et les traités des droits de l'homme ratifiés par lui-même, sera dénommé comme contrôle de conventionnalité par la Cour IDH jusqu'à l'année 2006 dans les affaires *Almonacid Arellano et autres Vs. Chile* et *Travailleurs licenciés du Congrès Vs. Pérou*. Cependant, l'inspiration pour le faire sera obtenue par la Cour d'une série d'opinions concordantes exprimées trois ans avant par le juge Sergio García Ramírez[2699].

[2697] Ibidem.
[2698] Ibid., point résolutif No. 14.
[2699] Voir, Ariel E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court ? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 50 ; et FERRER MAC-GRÉGOR, *Symposium :*

La première opinion s'est présentée dans l'affaire *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, dans laquelle s'enquêtait la responsabilité internationale de l'État par l'exécution extrajudiciaire de Myrna Elizabeth Mack Chang à mains d'agents militaires, ainsi que le manque d'enquête et sanction effectives de tous les responsables[2700]. Grâce à cette opinion, le juge García Ramírez sera la personne que pour la première fois parlera de la notion du contrôle de conventionnalité.

L'opinion concordante de García Ramírez critique l'attitude de la défense du Guatemala, par le fait qu'elle a prétendu contourner la responsabilité de tous les responsables de l'exécution extrajudiciaire de Mme. Mack Chang, par le biais de la reconnaissance de la responsabilité internationale de l'État. Pour le juge García Ramírez, bien que l'exécutif de l'État ait reconnu sa responsabilité dans l'affaire, il reste aussi l'accomplissement par les autorités judiciaires de l'obligation de garantir la vérité aux victimes à travers l'exécution d'une enquête judiciaire impartiale qui amène à la sanction effective des responsables du crime, c'est-à-dire à l'établissement de la responsabilité individuelle des militaires[2701].

C'est autour de cette discussion que le juge mexicain García Ramírez a manifesté que pour la CADH et l'exercice de la juridiction contentieuse de la Cour IDH, l'État est vu de « forme intégrale, comme un tout ». Dans cet ordre d'idées, « la responsabilité est globale, concerne l'État dans son ensemble et elle ne peut pas rester soumise à la division d'attributions que signale le droit interne »[2702]. « Il n'est pas possible de sectionner internationalement l'État, d'obliger devant la Cour seulement à l'un ou à certains de ses organes, […] et soustraire aux autres de ce régime conventionnel de responsabilité, en laissant ses actuations dehors le « contrôle de conventionnalité » qui amène avec soi la juridiction de la [Cour IDH] »[2703].

La deuxième opinion a eu lieu autour de la solution du fond de l'affaire *Tibi Vs. Équateur*. Dans cette affaire, s'enquêtait la responsabilité internationale de l'Équateur par la détention illégale du M. Daniel Tibi par des agents de police, ainsi que par les traitements dégradants qu'il est reçu durant les 28 moins de sa détention, en appliquant la loi sur des substances stupéfiantes et psychotropes. L'opinion concordante exprimée dans cette affaire est de grande importance puisqu'elle précise les proximités entre les tribunaux constitutionnels et la Cour IDH, ainsi que la manière que ceux-ci pratiquent le contrôle des normes et d'actes dans leurs juridictions respectives. Le juge García Ramírez a expliqué que « la tâche de la [Cour IDH] s'assimile à celle que réalisent les tribunaux constitutionnels ». Les tribunaux examinent les actes contestés « à la lumière des normes, des principes et des valeurs des lois fondamentales ». La Cour IDH examine pour sa part, « les actes qui arrivent à sa connaissance en relation avec les normes, les principes et les valeurs des traités dans lesquels elle fonde sa compétence contentieuse »[2704].

The Constitutionalization of International Law in Latin America Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights, Op. Cit., p. 94.

[2700] COUR IDH, *Affaire Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 101, 25 novembre 2003, § 2.

[2701] Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 101, 25 novembre 2003, § 30.

[2702] Ibid., § 27.

[2703] Ibidem.

[2704] Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Opinion concordante de l'arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens*, COUR IDH, *Affaire Tibi Vs. Équateur*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 114, Op. Cit., § 3.

Autrement dit, pour le juge García Ramírez, « si les tribunaux constitutionnels contrôlent la « constitutionnalité », le tribunal international des droits de l'homme résout à propos de la « conventionnalité » de ces actes. À travers le contrôle de constitutionnalité, les organes internes essaient de conformer l'activité du pouvoir public […] à l'ordre qu'établit l'État de droit dans une société démocratique. Le tribunal interaméricain pour sa part essaie de conformer cette activité à l'ordre international accueilli dans la Convention fondatrice de la juridiction interaméricaine et accepté par les États parties dans l'exercice de leur souveraineté »[2705].

Trois ans plus tard, la Cour IDH va intégrer le concept de contrôle de conventionnalité à la jurisprudence interaméricaine grâce à l'affaire *Almonacid Arellano*[2706]. Dans cette opportunité, le tribunal de San José a étudié un cas d'exécution extrajudiciaire, où le Chili était accusé de n'avoir pas sanctionné aux responsables du crime par l'application du décret-loi 2.191 de 1978, connue aussi comme loi d'amnistie, ainsi que par le manque de réparation appropriée en faveur des familiers de la victime[2707].

Dans ce cas, la Cour a repris dans un premier moment la jurisprudence établie dans l'affaire *Castillo Petruzzi* sur l'adoption des mesures de droit interne, en réaffirmant qu'à la lumière de l'article 2 de la CADH, l'adéquation du droit interne implique tant « la suppression des normes et des pratiques de toute nature qui génèrent une violation aux garanties prévues dans la Convention », que « l'expédition des normes et le développement des pratiques conduisant à l'observance effective desdites garanties »[2708]. Pour ensuite, préciser que l'obligation de l'article 2 de la [CADH] a aussi le but « de faciliter la fonction du pouvoir judiciaire, de façon que l'applicateur de la loi ait une option claire de comment résoudre un cas concret »[2709]. Cependant, pour la Cour, lorsque « le législatif manque dans sa tâche de supprimer et/ou de ne pas adopter des lois contraires à la [CADH], le judiciaire reste lié au devoir de garantie établi à son article 1.1 et, par conséquent, doit s'abstenir d'appliquer toute réglementation qui le soit opposée »[2710].

C'est ici le moment où la Cour de San José décide de parler du contrôle de conventionnalité. Selon son raisonnement, bien que les juges et les tribunaux internes soient soumis à l'empire de la loi, quand « un État a ratifié un traité international tel que la Convention, « ses juges, comme partie de l'appareil de l'État, sont soumis à elle, ce qui les

---

[2705] Ibidem.
[2706] Ariel E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court ? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 50.
[2707] COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit., § 3.
[2708] Ibid., § 118. Voir aussi, COUR IDH, *Affaire Durand et Ugarte Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 68, Op. Cit., § 137 ; *Affaire Cantoral Benavides Vs. Pérou*, Arrêt de fond, Série C n° 69, Op. Cit., § 178 ; *Affaire « Cinq pensionnaires » Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 98, 28 février 2003, § 165 ; *Affaire Baena Ricardo et autres Vs. Panamá*, Arrêt d'établissement de compétence, Série C n° 104, Op. Cit., § 180 ; *Affaire Institute de rééducation du mineur Vs. Paraguay*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 112, Op. Cit., § 165 ; *Affaire Lori Berenson Mejía Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 119, 25 novembre 2004, § 219 ; *Affaire Massacre de Mapiripán Vs. Colombie,* Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 134, Op. Cit., § 109 ; *Affaire Gómez Palomino Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 136, 22 novembre 2005, § 91 ; et *Affaire Ximenes Lopes Vs. Brasil*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 149, Op. Cit., § 83.
[2709] COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit., § 123.
[2710] Ibidem.

oblige à veiller que les effets des dispositions de la Convention ne se trouvent pas diminués par l'application des lois contraires à son objet et fin »[2711]. Pour la Cour IDH « le pouvoir judiciaire doit exercer une sorte de « contrôle de conventionnalité » entre les normes juridiques internes qu'il applique dans des cas concrets et la [CADH] »[2712]. À cette fin, « le pouvoir judiciaire doit tenir en compte non seulement le traité, mais aussi l'interprétation que de lui a faite la [Cour IDH], en tant que dernière interprète de la [CADH] »[2713].

Dans le dispositif de l'affaire, la Cour a déclaré que l'État a méconnu les obligations des articles 1.1 et 2 de la [CADH], c'est-à-dire les obligations de respecter les droits et d'harmoniser l'ordre juridique interne, parce qu'à l'avoir prétendu « l'amnistie des responsables des crimes contre l'humanité, le décret-loi No. 2.191 est incompatible avec la [CADH] et, donc, manque d'effets juridiques à la lumière dudit traité » [2714]. La Cour a également ordonné que « l'État doit s'assurer que le décret-loi No. 2.191 ne continue pas de représenter un obstacle pour l'enquête sur l'exécution extrajudiciaire du M. Almonacid Arellano, l'identification et, dans ce cas, la condamnation des responsables »[2715] ; ni pour « l'enquête, le jugement et, le cas échéant, la sanction des responsables d'autres violations similaires arrivées au Chili »[2716].

Ainsi, l'affaire *Almonacid Arellano* est de grand intérêt pour le développement jurisprudentiel du contrôle de conventionnalité non seulement pour l'avoir donné son nom, mais pour avoir déterminé, dès le début, la manière comment le pouvoir judiciaire doit le pratiquer, en tenant compte des traités ainsi que des interprétations que sur eux ont été faites.

Sur cette nouvelle manière de juger, ils sont nés des critiques à l'encontre des fonctions de la Cour IDH. L'une des critiques les plus fortes a été confrontée, à nouveau, par le juge García Ramírez dans une opinion concordante. Il s'agit du fait de savoir si la Cour, en exerçant le contrôle de conventionnalité, est devenue « une nouvelle et dernière instance pour connaître la controverse suscitée dans l'ordre interne »[2717].

Dans son opinion, García Ramírez, a précisé que la Cour IDH « qui a à sa charge le « contrôle de conventionnalité » fondée sur la confrontation entre le fait réalisé et les normes de la [CADH], ne peut ni prétendre […], devenir une nouvelle et dernière instance pour connaître la controverse suscitée dans le droit interne »[2718]. La Cour IDH peut seulement « confronter les faits internes –les lois, les actes administratifs, les résolutions judiciaires, par exemple– avec les normes de la Convention et résoudre si une congruence existe entre ceux-là et celle-ci, pour déterminer, sur cette base, si la responsabilité internationale de l'État a été engagée par l'inaccomplissement des obligations [internationales] »[2719]. Pour cela, « le juge international, aussi que le constitutionnel, ne

[2711] Ibid., § 124.
[2712] Ibidem.
[2713] Ibidem.
[2714] Ibid., point résolutif No. 2.
[2715] Ibid., point résolutif No. 5.
[2716] Ibid., point résolutif No. 6.
[2717] Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens*, COUR IDH, Affaire Vargas Areco Vs. Paraguay, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 155, 26 septembre 2006, § 6.
[2718] Ibidem.
[2719] Ibid., § 7.

substitue pas le juge de la cause dans l'appréciation des faits, des preuves et d'absolutions ou des condamnations »[2720].

D'autre part à travers l'affaire, *Travailleurs licenciés du Congrès Vs. Pérou*, la Cour IDH va enrichir le concept de contrôle de conventionnalité par la fixation de ses caractéristiques. Le cas se rapporte à la responsabilité internationale du Pérou par le licenciement de 257 travailleurs du Congrès de la République, après que le gouvernement d'Alberto Fujimori a décidé de dissoudre le Congrès et de constituer un « Congrès constituent démocratique », pour expédier des « lois constitutionnelles » ainsi qu'une nouvelle Constitution[2721], la Constitution de 1993[2722].

Par le biais du décret-loi No. 25.640 de 1992, 1117 travailleurs du Congrès national du Pérou ont été démissionnés, parmi lesquels se trouvent les 257 requérants de l'affaire. L'article 9 du décret-loi, établissait une interdiction aux victimes vis-à-vis du recours d'*Amparo*, comme mécanisme de défense juridique. Selon le contenu de l'article 9, « il ne procède pas l'action d'*Amparo* dirigée à attaquer direct ou indirectement l'application du présent décret-loi »[2723]. De plus, d'après l'expert en droit constitutionnel péruvien consulté par la Cour IDH, à l'époque la situation juridique au Pérou était assez tendue, parce qu'à l'égard d'une norme comme l'article 9 du décret-loi 25-640, « dans ce moment était impossible de présenter une action d'inconstitutionnalité, puisque les magistrats du Tribunal constitutionnel avaient été destitués »[2724]. Ce qui dans la pratique laissait aux démissionnés sans aucun recours effectif pour défendre leurs droits et libertés.

La Cour en centrant ses critiques sur cette norme, a affirmé que « lorsqu'un État a ratifié un traité international comme la [CADH], ses juges sont aussi soumis à elle, ce qui les oblige à veiller que l'*effet utile* de la Convention ne se trouve pas diminué ou annulé par l'application des lois opposées à ses dispositions, objet et fin. Dans d'autres mots, les organes du pouvoir judiciaire doivent exercer non seulement un contrôle de constitutionnalité, mais aussi « de conventionnalité » *ex-officio* entre les normes internes et la [CADH], évidemment dans le cadre de ses compétences respectives et des régulations procédurales correspondantes »[2725].

Dans le dispositif de l'arrêt, la Cour a ordonné que le Pérou doive garantir aux 257 victimes « l'accès à un recours simple, rapide et efficace, pour lequel devra constituer à la plus grande brièveté un organe indépendant et impartial que dispose des facultés de décider de manière inaliénable et définitive si ces personnes ont été démissionnées de forme régulière et justifiée du Congrès de la République »[2726].

[2720] Ibidem.
[2721] COUR IDH, *Affaire Travailleurs licenciés du Congrès (Aguado Alfaro et autres) Vs. Pérou*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 158, Op. Cit., §§ 2 et 89.1 – 89.6.
[2722] Voir sur le sujet, Steven LEVITSKY, *Fujimori and Post-Party Politics in Peru*, Journal of Democracy, 1999, Vol. 10, No. 3, pp. 78 – 92 ; et Jürgen SAMTLEBEN, *Constitución y justicia constitucional en el Perú después de Fujimori*, Ius et Veritas, 2013, Vol. 23, No. 47, pp. 45 – 50.
[2723] PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PÉROU, *Decreto-ley 25.640*, 1992, Disponible [En ligne] : http://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/25640-jul-21-1992.pdf (29 septembre 2018).
[2724] COUR IDH, *Affaire Travailleurs licenciés du Congrès (Aguado Alfaro et autres) Vs. Pérou*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 158, Op. Cit., § 127.
[2725] Ibid., § 128.
[2726] Ibid., point résolutif No. 4.

C'est ainsi que la Cour IDH a complété la nomination du contrôle de conventionnalité lui donnant des caractéristiques certes, telles que l'exercice pour la part des juges, de manière officieuse et avec la fonction de garder l'*effet utile* des traités internationaux des droits de l'homme, nourrissant le chemin jurisprudentiel pour étendre progressivement la notion de contrôle de conventionnalité.

II. L'expansion progressive du contrôle de conventionnalité

Bien que les affaires *Almonacid Arellano* et *Travailleurs licenciés du Congrès* aient spécifié le concept de contrôle de conventionnalité, ainsi que donné lieu à la création d'une doctrine interaméricaine sur le sujet[2727], il faut préciser que ladite doctrine est restée statique jusqu'à l'année 2010, date où elle a été l'objet d'une expansion conceptuelle progressive qui sera complémenté en 2011 avec l'affaire *Gelman Vs. Uruguay*.

D'après les deux affaires de 2006, *Almonacid Arellano Vs. Chili Vs. Chili* et *Travailleurs licenciés du Congrès Vs. Pérou*, l'exercice du contrôle de conventionnalité diffus et concentré, reste du ressort exclusif des juges, nationaux pour le premier cas, et interaméricains, pour le deuxième. Ainsi, bien que dans le contenu des affaires apparaissent les expressions de « pouvoir judiciaire »[2728] ou d' « organes du pouvoir judiciaire »[2729], à l'époque la fonction de contrôler la conventionnalité des normes internes était du ressort exclusif des seuls juges *stricto sensu*.

L'année 2010, la Cour IDH par l'exercice de sa compétence contentieuse dans l'affaire *Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique*, va préciser que la fonction d'harmoniser et contrôler la conventionnalité du droit interne est de toutes les autorités judiciaires. Pour la Cour l'obligation de veiller par la compatibilité du droit interne n'est pas exclusive des juges, mais désormais de toutes les autorités publiques que, de forme permanente ou transitoire, exercent des fonctions judiciaires. Ainsi, le tribunal de San José, fondé sur le « devoir de

---

[2727] COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit., § 124 ; *Affaire Travailleurs licenciés du Congrès (Aguado Alfaro et autres) Vs. Pérou*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 158, Op. Cit., § 128 ; *Affaire La Cantuta Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations et frais et dépens, Série C n ° 162, Op. Cit., § 173 ; *Affaire Boyce et d'autres Vs. Barbade*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 169, Op. Cit., § 78 ; *Affaire Radilla Pacheco Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 209, Op. Cit., § 339 ; *Affaire de la Communauté indigène Xákmok Kasek Vs. Paraguay*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 214, Op. Cit., § 311 ; *Affaire Fernández Ortega et autres Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 215, Op. Cit., § 236 ; *Affaire Rosendo Cantú Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 216, Op. Cit., § 219 ; *Affaire Ibsen Cárdenas et Ibsen Peña Vs. Bolivie*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 217, Op. Cit., § 202 ; *Affaire Gomes Lund et d'autres (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brésil*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 219, Op. Cit., § 176 ; *Affaire de Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 220, Op. Cit., § 225 ; *Affaire Gelman Vs. Uruguay,* Arrêt de fond et réparations, Série C n ° 221, Op. Cit., § 193 ; *Affaire Massacre de Le Mozote et d'endroits proches Vs. Salvateur*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 252, Op. Cit., § 318 ; et *Affaire Massacre de Santo Domingo Vs. Colombie*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n° 259, Op. Cit., § 142.

[2728] COUR IDH, *Affaire Almonacid Arrellano Vs. Chili*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 154, Op. Cit., § 124.

[2729] COUR IDH, *Affaire Travailleurs licenciés du Congrès (Aguado Alfaro et autres) Vs. Pérou*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 158, Op. Cit., § 128.

prévention »[2730], fait un pas à l'avance dans la fonction préventive du contrôle de conventionnalité[2731].

En effet, dans cette affaire la Cour en jugeant la responsabilité du Mexique par la détention arbitraire et les traitements cruels, inhumains et dégradants auxquels ont été soumis Teodoro Cabrera García et Rodolfo Montiel Flores, lorsqu'ils se trouvaient détenus et sous la garde des membres de l'armée mexicaine, ainsi que par le manque de diligence due dans l'enquête et sanction des militaires responsables[2732], a trouvé des incompatibilités normatives dans le droit mexicain, qu'à son critère, il fallait corriger.

C'est l'article 57 du Code de justice militaire, norme déjà connue par la juridiction interaméricaine, dans la mesure où elle a été examinée dans une affaire précédente, l'affaire *Radilla Pacheco*[2733]. La critique qu'il s'est effectuée sur cet article, consiste dans le fait que sa section II.a) établi comme des « délits contre la discipline militaire » ; « II. Ceux de l'ordre commun ou fédéral, quand dans leur commission ait concouru n'importe laquelle des circonstances qui s'expriment tout de suite : a) qu'aient été commis par des militaires dans le moment d'être au service ou à propos des actes au [service] »[2734].

Par rapport à cette situation, la Commission IDH a demandé que l'État soit condamné à « réformer l'article 57 […], avec le but d'établir de manière claire, précise et sans ambiguïtés, que la justice militaire doit s'abstenir dans n'importe quelle supposition de connaître sur des violations aux droits de l'homme par de présomptions commises par des membres des forces armées mexicaines, en se trouvant ou non au service »[2735].

Face à la demande de la Commission, la Cour IDH a exprimé, d'abord, que « les juges et les organes liés à l'administration de justice dans tous les niveaux sont dans l'obligation d'exercer *ex-officio* un « contrôle de conventionnalité » entre les normes internes et la [CADH] »[2736] ; pour révéler après que « les juges et les organes liés à l'administration de justice

---

[2730] Voir parmi autres : COUR IDH, *Affaire Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Arrêt de fond, Série C n° 4, Op. Cit., § 175 ; *Affaire Godínez Cruz Vs. Honduras*, Arrêt de fond, Série C n° 5, Op. Cit., § 185 ; *Affaire González et autres (« Campo Algodonero ») Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 205, Op. Cit, § 252 ; *Affaire Luna López Vs. Honduras*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 269, Op. Cit., § 118 ; *Affaire Veliz Franco et autres Vs. Guatemala*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 277, Op. Cit, § 135.

[2731] Voir *supra* IIème partie, Titre II, Ch. 1, Section 2, § 1, B, II.

[2732] COUR IDH, *Affaire Cabrera García et Montiel Flores vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 220, Op. Cit., § 225.

[2733] Dans l'affaire *Radilla Pacheco*, la Cour IDH a précisé que l'article 57 du Code de justice militaire du Mexique « est une disposition ample et imprécise qui empêche la détermination de la connexion stricte du délit de la juridiction ordinaire avec le service militaire objectivement évalué. La possibilité que les tribunaux militaires jugent tout militaire à qui un délit ordinaire est imputé, par le seul fait d'être au service, implique que le for est octroyé par la seule circonstance d'être militaire. Dans tel sens, bien que le délit soit commis par des militaires dans le moment d'être dans un service ou à propos des actes du [service] n'est pas suffisant pour que sa connaissance corresponde à la justice pénale militaire ». COUR IDH, *Affaire Radilla Pacheco Vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 209, Op. Cit., § 286.

[2734] POUVOIR EXÉCUTIF DU MEXIQUE, *Código de justicia militar*, 1933, Disponible [En ligne] : http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cjm/CJM_orig_31ago33_ima.pdf (29 septembre 2018).

[2735] COUR IDH, *Affaire Cabrera García et Montiel Flores vs. Mexique*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 220, Op. Cit., § 224.

[2736] Ibid.

doivent tenir en compte non seulement le traité, mais aussi l'interprétation que de lui a faite la [Cour IDH], comme dernière interprète de la [CADH] »[2737].

Pour la Cour, « il est nécessaire que les interprétations constitutionnelles et législatives rapportées aux critères de compétence matérielle et personnelle de la juridiction militaire au Mexique s'adaptent aux principes établis par la jurisprudence [interaméricaine] »[2738]. Dans d'autres mots, lorsqu'il y a une violation des droits de l'homme par des membres de la force armée, indépendamment des réformes légales que l'État doit adopter, « correspond aux autorités judiciaires, basées sur le contrôle de conventionnalité, disposer immédiatement et d'office la connaissance des faits par le juge naturel, c'est-à-dire le juge du for ordinaire »[2739].

Il est clair pour la Cour, que pour une bonne exécution du devoir de prévention, la fonction de contrôler la compatibilité du droit interne doit être élargie. C'est pourquoi fondée sur cette philosophie, dans une affaire postérieure à l'encontre de l'Uruguay, elle précisera le nouvel élargissement du contrôle.

L'affaire *Gelman Vs. Uruguay* va être pour la Cour IDH, l'opportunité de réaffirmer son but de prévenir dans les États les violations des droits de l'homme à travers l'exercice étendu du contrôle de conventionnalité. Dans cette affaire, la Cour a étudié la responsabilité internationale de l'Uruguay pour la disparition forcée d'une femme enceinte et le changement d'identité de son enfant[2740], la responsabilité de l'État pour avoir émis une loi d'amnistie (loi de caducité) qui empêchait la sanction des responsables, ainsi que du peuple uruguayen pour avoir, dans un référendum et un plébiscite, maintenu en vigueur dite loi[2741].

Dans son analyse, la Cour IDH a conclu que, « lorsqu'un État est partie d'un traité international comme la [CADH], tous ses organes y compris ses juges, sont soumis à celui, ce qui les oblige à veiller à ce que les effets des dispositions de la Convention ne se trouvent pas diminués par l'application des normes contraires à son objet et fin. Pour cela, les juges et les organes liés à l'administration de justice dans tous les niveaux sont dans l'obligation d'exercer *ex-officio* un « contrôle de conventionnalité » entre les normes internes et la [CADH], évidemment dans le cadre de leurs respectives compétences et régulations procédurales correspondantes »[2742].

À la lumière des obligations générales consacrées aux articles 1.1 et 2 de la CADH, les États parties ont le devoir d'adopter « toutes les mesures pour laisser sans effet les dispositions légales qui pouvaient le contrevenir, comme celles qui empêchent l'enquête des graves violations des droits de l'homme, puisqu'elles conduisent à l'incapacité de défense des victimes et à la perpétuation de l'impunité, de plus qu'elles empêchent aux victimes et à leurs familiers de connaître la vérité des faits »[2743].

Pour la Cour, le fait que « la loi de caducité ait été approuvée dans un régime démocratique, et même si elle a été ratifiée ou appuyée par la citoyenneté dans deux occasions, il ne lui accorde pas, automatiquement ni par elle-même, la légitimité devant le

---

[2737] Ibidem.
[2738] Ibid., § 233.
[2739] Ibidem.
[2740] COUR IDH, *Affaire Gelman Vs. Uruguay,* Arrêt de fond et réparations, Série C n ° 221, Op. Cit., § 2.
[2741] Ibid., §§ 238 et 239.
[2742] Ibid., § 193.
[2743] Ibid., § 228.

droit international »[2744]. « La légitimité démocratique des faits ou d'actes dans une société est limitée par les normes et les obligations internationales de protection des droits de l'homme reconnus dans des traités tels que la [CADH] »[2745]. Dans cet ordre d'idées, « la protection des droits de l'homme constitue une limite infranchissable à la règle de majorités, c'est-à-dire à la sphère de ce qui est « susceptible d'être décidé » par les majorités dans les instances démocratiques, dans lesquelles doit aussi primer un « contrôle de conventionnalité », qui est fonction et tâche de toute autorité et non seulement du pouvoir judiciaire »[2746].

C'est ainsi que la Cour IDH a élargi à nouveau le contrôle de conventionnalité pour amplifier sa marge d'action et lier dans l'exercice du contrôle de compatibilité du droit interne à toutes les autorités publiques.

Dans la pratique, cette décision a deux grandes conséquences pour le système de protection. D'une part, prévenir au maximum les violations des droits de l'homme, dans la mesure où toutes les autorités sont obligées à adapter leurs actions au droit interaméricain ; d'autre part, éviter l'engorgement des tribunaux nationaux et internationaux des violations, donc leur origine est un dysfonctionnement structurel du droit étatique vis-à-vis des compromis internationaux relatifs aux droits de l'homme de l'État.

Pour la Cour IDH, l'extension du contrôle diffus de conventionnalité à toutes les autorités publiques, renforce le principe selon lequel « la responsabilité étatique sous la Convention peut seulement être exigée au plan international après que l'État a eu l'opportunité de déclarer la violation et de réparer le dommage occasionné par ses propres moyens »[2747]. Par le biais du principe de complémentarité, contenu dans le préambule de la CADH[2748], « l'État est le principal garant des droits de l'homme des personnes, de sorte que, si un acte violateur de ces droits se produit, il est l'État lui-même qui a le devoir de résoudre le problème au niveau interne et, [le cas échéant] de réparer, avant de répondre devant des instances internationales telles que le [SIDH] »[2749].

L'ampliation du contrôle de conventionnalité à toutes les autorités publiques est devenue une constante dans la jurisprudence interaméricaine. C'est ainsi que la Cour de San José, après d'avoir rendu la décision du fond de l'affaire *Gelman Vs. Uruguay*, a suivi sa doctrine dans 33 nouveaux arrêts, étant le dernier, à février 2017, l'arrêt du fond, réparations, frais et dépens de l'affaire *Andrade Salmón Vs. Bolivie*.

Dans cette affaire, relative à la responsabilité internationale de la Bolivie par des jugements pénaux d'une fonctionnaire sans les garanties judiciaires nécessaires[2750], la Cour réitère que « le caractère complémentaire de la juridiction internationale signifie que le système de protection instauré par la [CADH] ne substitue pas aux juridictions nationales, mais

---

[2744] Ibid., § 238.
[2745] Ibid., § 239.
[2746] Ibidem.
[2747] COUR IDH, *Affaire Massacre de Santo Domingo Vs. Colombie,* Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, Série C n° 259, Op. Cit., § 142.
[2748] Préambule, paragraphe 2.
[2749] COUR IDH, *Affaire García Ibarra et autres Vs. Équateur*, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 306, Op. Cit., § 103 ; et *Affaire Acevedo Jaramillo et autres Vs. Pérou*, Interprétation de l'arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 157, Op. Cit., § 66.
[2750] COUR IDH, *Affaire Andrade Salmón Vs. Bolivie*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 330, 1 décembre 2016, § 2.

il les complète »[2751]. De manière que, « toutes les autorités d'un État partie dans la Convention, ont l'obligation d'exercer un « contrôle de conventionnalité », de forme que l'interprétation et l'application du droit national soit consistante avec les obligations internationales de l'État en matière des droits de l'homme »[2752].

Section 2 : Le contrôle de conventionnalité à l'intérieur de l'Europe

Pour bien comprendre la nature et le fonctionnement du contrôle de conventionnalité en Europe, il faut se plonger d'abord sur *la naissance tardive de ce mécanisme dans le système de protection européen (§ 1)*, pour y explorer ensuite l'existence d'un tel *contrôle dans le droit communautaire de l'Europe (§ 2)*.

§ 1 : La naissance tardive du contrôle de conventionnalité dans le système européen de protection

Avant de parler de *l'émergence du contrôle de conventionnalité dans la Cour EDH par l'arrivée de la technique des arrêts pilotes (B)*, il faut examiner la nature du SEDH pour connaître les raisons pour lesquelles *initialement au sein du SEDH le contrôle de conventionnalité était inexistant (A)*.

A. L'inexistence initiale du contrôle de conventionnalité au sein du SEDH

Tout mécanisme de protection a une relation étroite avec la nature juridique du système auquel il appartient. De la sorte, tant les mécanismes que les organes qui le composent sont déterminés par cette nature. Pour cette raison, en Europe, *l'analyse de la nature compensatoire du SEDH explique l'inexistence initiale du contrôle de conventionnalité à Strasbourg (I)*, et la manière par laquelle *les violations structurelles et graves des droits de l'homme ont impulsé un changement vis-à-vis de la nature compensatoire du SEDH (II)*.

I. Une explication à partir de la nature juridique compensatoire du SEDH

D'après Anne-Catherine Fortas, le contenu de l'article 41 de la CEDH[2753] laisse au découvert la nature du SEDH et du contrôle juridictionnel exercé à Strasbourg. Pour Fortas, il est clair que par le biais de cet article « le contrôle de la [Cour EDH] se limite, en principe, à constater la violation alléguée de la CEDH ou de ses Protocoles »[2754]. Seul, si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de la violation, le contrôle judiciaire prévu par la CEDH accorde à la partie lésée une satisfaction

[2751] Ibid., § 93.
[2752] Ibidem.
[2753] « Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ».
[2754] Anne-Catherine FORTAS, *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 41.

équitable ; satisfaction que dans la pratique normalement, « compense une réparation intégrale insuffisante de la part de l'État »[2755].

« Le contentieux du [SEDH] est donc avant tout un contentieux en manquement », qui par sa nature compensatoire presque limitée à l'économique, a supporté des fortes critiques par son « instrumentalisation » et sa « mercantilisation excessive »[2756]. Cet aspect explique pourquoi au sein du SEDH le contentieux s'est déroulé autour que de la réparation équitable des dommages que la violation d'un droit reconnu par la CEDH suscite[2757].

D'après la propre jurisprudence européenne, les arrêts émis dans le SEDH ont « un caractère déclaratoire pour l'essentiel »[2758]. « En général il appartient au premier chef à l'État en cause de choisir les moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de son obligation au regard de l'article 46 de la Convention »[2759]. Par le biais de la marge d'appréciation, l'État reste libre de choisir les modalités d'exécution des arrêts afin d'assurer le respect des droits et libertés garanties par la CEDH.

La jurisprudence strasbourgeoise a considéré pendant plusieurs années que « si la nature de la violation permet une *restitutio in integrum*, il incombe à l'État défendeur de la réaliser. Si, en revanche le droit national ne permet pas ou ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation, l'article 41 habilite la Cour à accorder, s'il y a lieu, à la partie lésée la satisfaction qui lui semble appropriée »[2760].

Lucius Caflisch affirme que des articles 41 et 46 de la CEDH, il ressort que le SEDH est encadré dans l'obligation de statuer sur une « *satisfaction équitable* » et sur les « *frais et dépens* »[2761]. Pour Caflisch, ces dispositions conventionnelles ont limité les arrêts de la Cour EDH à être des « *jugements de constatation* » et des « *jugements de prestation* »[2762], où le tribunal de Strasbourg se limite à « demander à l'État concerné de verser une somme d'argent à titre de *dommages matériels et moraux*, ainsi que de rembourser les frais et dépens encourus par le requérant, sur les plans international et interne, pour faire constater la violation »[2763].

La vision compensatoire du SEDH, attachée à l'indemnisation financière, a été aussi constatée dans des topiques assez sensibles comme celui de la réparation des victimes de torture et/ou des traitements inhumains ou dégradants.

[2755] Ibid., p. 41 et 42.
[2756] Jean François FLAUSS, *Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Op. Cit., 227 et Frédéric SUDRE, *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Op. Cit., pp. 917 – 947.
[2757] Joe VERHOEVEN, *À propos de l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la responsabilité internationale liée à leur observation, Revue critique de jurisprudence belge*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 278.
[2758] COUR EDH, *Affaire Assanidzé Vs. Géorgie*, Requête nº 71503/01, 8 avril 2004, § 202.
[2759] Ibidem.
[2760] COUR EDH, *Affaire Brumarescu Vs. Roumanie*, Requête nº 28342/95, 23 janvier 2001, § 20. Voir aussi, *Affaire Papamichalopoulos et autres Vs. Grèce*, Requête nº 14556/89, 31 octobre 1995, § 34.
[2761] Lucius CAFLISCH, « La mise en œuvre des arrêts de la Cour : nouvelles tendances », *in* Francesco SALERNO (Dir.), *La nouvelle procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme après le protocole n° 14*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 157.
[2762] Ibidem.
[2763] Ibid., p. 158.

D'après Élisabeth Lambert, à la différence du SIDH qui par le biais de sa jurisprudence reconnaît comme réparation « le traitement médical et/ou psychologique des victimes directes, voire même de leurs proches »[2764], ainsi que des traitements futurs liés au traumatisme passé des victimes[2765], dans le SEDH, « cette dimension des soins psychologiques semble négligée ; tout au plus, elle est absorbée dans l'indemnisation financière globale allouée pour préjudice »[2766]. Pour la Cour EDH, les soins psychologiques des victimes peuvent « être englobé[s] dans le préjudice moral et/ou dans le préjudice matériel »[2767].

Cependant, la Cour EDH a découvert que la nature compensatoire de son système de protection n'était pas adéquate pour résoudre efficacement les violations de la CEDH. La Cour a remarqué progressivement dans la pratique, qu'un système de protection attaché exclusivement à la compensation économique des préjudices, était propice pour nourrir le phénomène des violations structurelles et graves des droits de l'homme.

C'est alors de cette réflexion, que la Cour EDH va favoriser un changement sur la nature du SEDH et l'essence de son système de réparation de préjudices, recommandant aux États l'adoption des mesures générales, afin de corriger les dommages aux victimes et de prévenir des futures violations des droits reconnus par la CEDH.

II. Un changement impulsé par les violations structurelles et graves des droits

Au long de l'histoire le SEDH a changé sa structure. Tout au début, la CEDH, qui a été adoptée le 4 novembre 1950 mais entra en vigueur le 3 septembre 1953 avec la ratification de 23 de 24 États, a adopté un système dual[2768]. Il s'agissait d'une structure basée dans une Commission et une Cour, que comptait aussi avec l'aide d'un organe politique, le Conseil des Ministres pour la surveillance de l'exécution d'arrêts[2769].

Jusqu'à 1998, le système dual de protection en Europe avait adopté une structure tripartie[2770]. La Commission, « chargée de se prononcer sur la recevabilité des requêtes, d'établir les faits, de contribuer aux règlements amiables et, le cas échéant, de formuler un avis sur le point de savoir s'il y a eu ou non violation de la Convention ». La Cour, chargée pour sa part, « de rendre un arrêt définitif et contraignant sur les affaires qui lui [étaient] déférées par la Commission ou par une Partie contractante intéressée ». Enfin, le Comité des Ministres, « chargé de prendre une décision définitive et contraignante sur les affaires qui ne [pouvaient]

[2764] Élisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, « La Cour européenne des droits de l'homme et la réparation des traitements inhumains, dégradants et de la torture : une jurisprudence novice ? », *in* Élisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD et Kathia MARTIN-CHENUT (Dir.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?* Paris, Société de législation comparé, 2010, p. 238.
[2765] Voir notamment, COUR IDH, *Affaire Cantoral Benavides Vs. Pérou*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 88, 3 décembre 2001, § 51 e) et point résolutif No. 8 ; et *Affaire Durand et Ugarte Vs. Pérou*, Arrêt de réparations, Série C n° 89, 3 décembre 2001, §§ 36, 37, 38 et 40, et point résolutif No. 3.
[2766] Élisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, « La Cour européenne des droits de l'homme et la réparation des traitements inhumains, dégradants et de la torture : une jurisprudence novice ? », Op. Cit., p. 238.
[2767] Ibid., p. 239. Voir, COUR EDH, *Affaire Z et autres Vs. Royaume-Uni*, Requête nº 29392, 10 mai 2001, § 124.
[2768] C'était la ratification de la Hongrie qui a manqué dans ce moment, dû au fait qu'il était un nouveau membre du Conseil de l'Europe. Voir, CONSEIL DE L'EUROPE, *Conseil de l'Europe et la protection des droits de l'homme*, Strasbourg, Direction des droits de l'homme, 1990, p. 7.
[2769] Ibid., p. 10.
[2770] Costas PARASKEVA, *Reforming the European Court of Human Rights : An Ongoing Challenge*, Op. Cit., p. 186.

pas être portées devant la Cour ou qui, pour une raison ou une autre, ne lui [étaient] pas déférées »[2771].

Comme l'a exprimé Dupuy, dès le début du SEDH, la CEDH prévoyait « un mécanisme de protection à deux phases, le stade préliminaire et préparatoire de la Commission qui [pouvait] aboutir à une conciliation, ensuite celui du règlement, lequel se [dédoublait] en deux virtualités : l'une à caractère juridictionnel, confié à la Cour, l'autre à caractère politique reconnu au Comité des Ministres »[2772].

Comme à la naissance du SEDH, celui-ci comptait simplement avec une vingtaine d'États parties, la Commission EDH et la Cour EDH ne siégeaient pas en permanence. La Commission s'organisait en sessions en fonction de l'importance du nombre d'affaires, avec l'assistance en permanence d'un secrétariat établi à Strasbourg[2773]. De son côté, la Cour siégeait en intermittence et se réunissait pour examiner les affaires qui lui étaient soumises[2774].

Cependant, avec le temps, le manque de cohérence entre les décisions des organes de contrôle de Strasbourg[2775], « la croissance des plaintes déposées devant la Commission et l'adhésion de nouveaux États au système »[2776], ont fait que la nécessité d'une réforme du mécanisme de contrôle en Europe soit apparue de plus en plus urgente[2777].

C'est ainsi qu'il est arrivé le Protocole n° 11, en supprimant la Commission et la Cour pour créer une Cour unique à plein temps, ainsi que le droit des individus d'accéder directement à la Cour[2778]. Ce protocole, qui est entré en vigueur le 1er novembre 1998, n'a toutefois pas pu répondre à l'augmentation des requêtes ni à la surcharge de travail de la nouvelle Cour EDH, particulièrement à cause de deux questions[2779]. La première, tient au « traitement des très nombreuses requêtes individuelles qui n'aboutissent pas à un arrêt sur

---

[2771] CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif du protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Op. Cit., § 9. En d'autres mots, « la procédure de traitement des requêtes comportait un examen préliminaire par la Commission européenne, qui statuait sur leur recevabilité. Dès lors qu'une requête était déclarée recevable, la Commission se mettait à la disposition des parties en vue d'obtenir un règlement amiable. En cas d'échec, elle rédigeait un rapport établissant les faits et formulant un avis sur le fond de l'affaire. Le rapport était transmis au Comité des Ministres, qui pouvait alors statuer sur la violation de la CEDH. Conformément à l'ancien article 47 de la CEDH, la Cour connaissait d'une affaire qu'après le délai de trois mois prévus, à compter de la transmission du rapport de la Commission au Comité des Ministres ». Anne-Catherine FORTAS, *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme*, Op. Cit., pp. 37 et 38, note de bas de page No. 162.

[2772] René-Jean DUPUY, *La Commission européenne des droits de l'homme*, Annuaire français de droit international, Paris, CNRS, 1957, Vol. 3, p. 450.

[2773] CONSEIL DE L'EUROPE, *Conseil de l'Europe et la protection des droits de l'homme*, Op. Cit., p. 10.

[2774] Ibid., p. 11.

[2775] Gérard COHEN-JONATHAN, *De la Commission à la Cour européenne des droits de l'homme*, Revue trimestrielle de droit européen, Paris, Dalloz, 1995, No. 4, pp. 723 et 724.

[2776] CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif du protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Op. Cit., § 19.

[2777] Gérard COHEN-JONATHAN, *Activité de la Commission européenne des droits de l'homme*, Annuaire français de droit international, Paris, CNRS, 1993, Vol. 39, pp. 593 et 594 ; et *Activité de la Commission européenne des droits de l'homme (1995 – 1996)*, Annuaire français de droit international, Paris, CNRS, 1996, Vol. 42, pp. 784 et 785.

[2778] Costas PARASKEVA, *Reforming the European Court of Human Rights : An Ongoing Challenge*, Op. Cit., pp. 186 et 187.

[2779] CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif du protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Op. Cit., §§ 5 et 6.

le fond, généralement parce qu'elles sont déclarées irrecevables (plus de 90% des requêtes) »[2780]. La deuxième, relative au « traitement des requêtes individuelles découlant de la même cause structurelle qu'une précédente requête pour laquelle un arrêt constatant une violation de la Convention a été rendu »[2781].

La question des problèmes structurels a été repérée par la Cour et mise en relation avec la limitation qui portait la nature économique du système de réparation européen. C'est ainsi que la Cour EDH a commencé dans sa jurisprudence « à proposer voire prescrire des mesures concrètes à l'État condamné »[2782].

Il a été dans l'affaire *Scozzari et autres Vs. Italie*, relative au placement par les autorités italiennes de deux enfants dans un foyer de l'enfance de mauvaise réputation[2783], que le tribunal de Strasbourg a décidé d'envisager la demande de mesures générales. En effet, la Cour EDH en plus de constater la violation du droit au respect de la vie privée et familiale des requérants[2784], a souligné que des obligations de l'article 46 de la CEDH, « il en découle notamment que l'État défendeur, reconnu responsable d'une violation de la Convention ou des Protocoles, est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences »[2785].

C'est la première fois où la Cour EDH a reconnu qu'en plus du versement des sommes allouées aux intéressées, elle pouvait solliciter à l'État demandeur l'adoption des « mesures générales », et le cas échéant, des « mesures individuelles »[2786]. Également, la Cour a profité de l'occasion pour limiter, d'une certaine manière, la marge d'appréciation des États dans l'adoption de ces mesures, en précisant qu'il est entendu en outre que « l'État défendeur reste libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour »[2787].

D'après Caflisch, la clause pour laquelle la Cour limite l'action de l'État demandeur qu'aux moyens « compatibles » avec les conclusions par elle données, « pourrait être interprétée comme dénotant le désir d'intervenir dans le processus d'exécution là où les mesures envisagées par l'État intéressé ne seraient *pas* conformes à l'arrêt »[2788].

Après cette affaire, a suivi une série d'arrêts à l'encontre de la Turquie, pour avoir infligé à des individus des peines privatives de la liberté en raison de comportements jugés préjudiciables à la sécurité de l'État, à travers les « cours composées de deux juges civils et d'un juge militaire »[2789]. Dans l'affaire *Gençel*, il a été précisé que, « lorsque la Cour conclut

---

2780 Ibid., § 7.
2781 Ibidem.
2782 Lucius CAFLISCH, « La mise en œuvre des arrêts de la Cour : nouvelles tendances », Op. Cit., p. 158.
2783 COUR EDH, *Affaire Scozzari et autres Vs. Italie*, Requêtes n°s 39221/98 et 41963/98, 13 juillet 2000, §§ 11 – 30.
2784 Ibid., points résolutifs No. 3 et 4.
2785 Ibid., § 249.
2786 Ibidem.
2787 Ibidem.
2788 Lucius CAFLISCH, « La mise en œuvre des arrêts de la Cour : nouvelles tendances », Op. Cit., p. 160.
2789 COUR EDH, *Affaire Gençel Vs. Turquie*, Requête n° 53431/99, 23 octobre 2003, § 9.

que la condamnation d'un requérant qui a été prononcée par un tribunal qui n'était pas indépendant et impartial au sens de l'article 6 § 1, […] en principe le redressement le plus approprié serait de faire rejuger le requérant en temps utile par un tribunal indépendant et impartial »[2790].

Pour sa part, dans l'affaire *Öcalan*, le tribunal de Strasbourg a rappelé que « ses arrêts ont un caractère déclaratoire pour l'essentiel », et que par règle générale, il appartient au premier chef de l'État en cause, « sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de son obligation au regard de l'article 46 de la Convention »[2791].

Cependant, la Cour EDH a décidé de franchir à nouveau la compensation nettement économique, caractéristique du SEDH, pour déterminer qu' « à titre exceptionnel, la Cour, pour aider l'État défendeur à remplir ses obligations au titre de l'article 46, cherche à indiquer le type de mesure à prendre pour mettre un terme à la situation structurelle qu'elle constate »[2792]. La Cour, en confirmant la jurisprudence *Gençel*, a indiqué que « lorsqu'un particulier, comme en l'espèce, a été condamné par un tribunal qui ne remplissait pas les conditions d'indépendance et d'impartialité exigées par la Convention, un nouveau procès ou une réouverture de la procédure, à la demande de l'intéressé, représente en principe un moyen approprié de redresser la violation constatée »[2793].

Dans une autre affaire, cette fois à l'encontre de la Géorgie (*Assanidzé Vs. Géorgie*), relative à la détention arbitraire de l'ancien maire de Batoum, capitale de la République géorgienne d'Adjarie, la Cour EDH a nouvellement dépassé le regard limité de la compensation économique. Dans le cas d'espèce et pour réussir la réparation intégrale, la Cour a décidé dans la motivation de son arrêt[2794] aussi bien que dans le dispositif de celui-ci[2795], qu'en plus d' « [allouer] au requérant pour l'ensemble des préjudices 150.000 EUR au titre de la période de détention subie du 29 janvier 2001 au jour du prononcé du présent arrêt »[2796], il incombait à l'État défendeur, vu les « circonstances particulières de l'affaire et au besoin de mettre fin à la violation des articles 5 § 1 et 6 § 1 de la Convention […], d'assurer la remise en liberté du requérant dans les plus brefs délais »[2797].

La même réflexion a été suivie par la Cour dans l'affaire *Ilascu et autres Vs. Moldova et Russie*, dans laquelle se questionnait la responsabilité internationale des États défendeurs par la détention arbitraire d'individus moldaves ainsi que la soumission à des traitements inhumains et dégradants en « République moldave de Transnistrie » (RMT), avec l'aide de troupes soviétiques qui se situaient dans ce territoire[2798].

[2790] Ibid., § 27. Voir aussi, COUR EDH, *Affaire Tahir Duran Vs. Turquie*, Requête nº 40997/98, 29 janvier 2004, § 23 ; et *Affaire Somogyi Vs. Italie*, Requête nº 67972/01, 18 mai 2004, § 86.
[2791] COUR EDH, *Affaire Öcalan Vs. Turquie*, Requête nº 46221/99, 12 mai 2005, § 210.
[2792] Ibidem.
[2793] Ibidem.
[2794] COUR EDH, *Affaire Assanidzé Vs. Georgie*, Requête nº 71503/01, 8 avril 2004, §§ 201 – 203.
[2795] Ibid., point résolutif No. 14.
[2796] Ibid., § 201.
[2797] Ibid., § 203.
[2798] COUR EDH, *Affaire Ilasu et autres Vs. Moldova et Russie*, Requête nº 48787/99, 8 juillet 2004, §§ 1 – 3. Voir également, Oliver DE SHUTTER, *Globalization and Jurisdiction : Lessons from the European Convention on Human Rights*, Baltic Yearbook of International Law, 2006, Vol. 6, pp. 213 et 214.

Dans cette affaire, bien que la Cour ait estimé que « le gouvernement moldave, seul gouvernement légitime de la République de Moldova au regard du droit international, n'exerce pas d'autorité sur une partie de son territoire, celui se trouvant sous le contrôle effectif de la « RMT » »[2799], la Moldova si restait tenue par l' « obligation positive » à l'égard des requérants, « de prendre les mesures qui sont en son pouvoir et en conformité avec le droit international –qu'elles soient d'ordre diplomatique, économique, judiciaire ou autre– afin d'assurer dans le chef des requérants le respect des droits garantis par la Convention »[2800].

Par rapport à la Russie, en appliquant la théorie du contrôle effectif[2801] d'un État en dehors de son territoire[2802], le tribunal du palais des droits de l'homme a trouvé que, vu le contrôle exercé par cette dernière ainsi que le « soutien financier dont bénéficie la « RMT » en vertu d'un certain nombre d'accords conclus entre celle-ci et la Fédération de Russie »[2803], les requérants relèvent donc de la « juridiction » de cet État au sens de l'article 1 de la CEDH, et par conséquent, sa responsabilité internationale est engagée quant aux actes dénoncés[2804].

À l'égard de la satisfaction équitable, la Cour EDH, en plus de reconnaître une indemnisation pour les dommages matériels et moraux[2805] et de rappeler le caractère déclaratoire de ses arrêts[2806], a considéré que « toute continuation de la détention irrégulière et arbitraire des trois requérants entraînerait nécessairement une prolongation grave de la violation de l'article 5 [de la CEDH] »[2807]. La Cour a prescrit que les États défendeurs « doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre un terme à la détention arbitraire des requérants encore incarcérés et assurer leur libération immédiate »[2808]. Cette injonction a été réitérée par la Cour dans la partie résolutive de son arrêt[2809].

[2799] Ibid., § 330.
[2800] Ibid., § 331.
[2801] La théorie du contrôle effectif fait référence à ce que « la notion de « juridiction » au sens de l'article 1 de la [CEDH] ne se circonscrit pas nécessairement au seul territoire national des Hautes Parties contractantes. La responsabilité de ces derniers peut donc entrer en jeu à raison d'actes ou d'omissions émanant de leurs organes et déployant leurs effets en dehors de leur territoire. Conformément aux principes pertinents de droit international régissant la responsabilité de l'État […] une Partie contractant peut également voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non – elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national. L'obligation d'assurer, dans une telle région, le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'État concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée ». COUR EDH, *Affaire Loizidou Vs. Turquie*, Requête nº 15318/89, 18 décembre 1996, § 52. Voir aussi, Elena Laura ÁLVAREZ ORTEGA, *The Attribution of International Responsibility to a State for Conduct of Private Individuals within the Territory of Another State*, Revista para el Análisis del Derecho, 2015, No. 1, Disponible [En ligne] : http://www.indret.com/pdf/1116_es.pdf (29 septembre 2018) ; Brian FINUCANE, *Fictitious States, Effective Control, and the Use of Force Against Non-State Actors*, Berkeley Journal of International Law, 2012, Vol. 30, Issue 1, pp. 35 – 93 ; et Tom DANNENBAUM, *Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability : How Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers*, Harvard International Law Journal, 2010, Vol. 51, No. 1, pp. 113 – 192.
[2802] COUR EDH, *Affaire Ilasu et autres Vs. Moldova et Russie*, Requête nº 48787/99, Op. Cit., §§ 314 – 319.
[2803] Ibid., § 390.
[2804] Ibid., § 394.
[2805] Ibid., § 486.
[2806] Ibid., § 487.
[2807] Ibid., § 490.
[2808] Ibidem.
[2809] Ibid., point résolutif No. 22.

C'est ainsi que dans le SEDH, la Cour de Strasbourg a commencé à dépasser la nature exclusivement économique de son système de réparation pour s'insérer dans un concept de réparation intégrale, dans lequel, en plus des dommages matériels et moraux, les juges ont reconnu la nécessité des mesures individuelles et générales, afin d'éviter des nouvelles violations des droits de l'homme.

Avec cette sorte des mesures, s'est tracé le chemin pour l'émergence du contrôle de conventionnalité à travers la technique des arrêts pilotes.

B. L'émergence du contrôle de conventionnalité dans la Cour EDH avec les arrêts pilotes

La nécessité de résoudre les violations structurelles et graves des droits de l'homme dans le SEDH, a donné lieu à l'émergence d'une sorte de contrôle de conventionnalité dans le droit interne des États et dans les actions des autorités publiques. *L'arrêt Broniowski a été le début officiel du contrôle de conventionnalité grâce à la technique des arrêts pilotes (I)* ; technique qui a été très utile pour *la consolidation dudit contrôle de conventionnalité dans le SEDH (II)*.

I. Le début du contrôle de conventionnalité avec l'affaire Broniowski

La genèse de la solution de l'affaire *Broniowski* se trouve dans trois recommandations et une résolution du Comité des Ministres, visant à l'amélioration du système de contrôle de la Cour EDH à travers, à la fois, de mesures préventives et correctives.

Les mesures préventives se trouvent dans les trois recommandations du Comité des Ministres. La recommandation Rec(2004)4, a pour but d'assurer que la CEDH soit « effectivement appliquée […] par les instances publiques et notamment dans l'ensemble des secteurs responsables de l'application des lois et de l'administration de la justice »[2810], par le biais de l'enseignement universitaire et la formation professionnelle en matière des droits de l'homme[2811]. La recommandation Rec(2004)5, a pour objectif de réussir de la part des États la compatibilité tant des projets de loi, des lois en vigueur, que des pratiques administratives des États avec la CEDH et la jurisprudence de la Cour EDH[2812], « afin de contribuer à prévenir des violations des droits de l'homme et à limiter le nombre des requêtes devant la Cour »[2813]. La recommandation Rec(2004)6, a pour finalité l'amélioration des recours internes au niveau national, « tout particulièrement en matière d'affaires répétitives », dans le but de « contribuer à réduire la charge de travail de la Cour »[2814].

Pour sa part, les mesures correctives, très liées à la recommandation Rec(2004)6, se trouvent dans la résolution Res(2004)3, dans laquelle, le Comité des Ministres invite la Cour à identifier dans ces arrêts les problèmes structurels sous-jacents aux violations de la CEDH,

---

[2810] CONSEIL DE L'EUROPE, *CEDH : mise en œuvre et contrôle. Garantir l'efficacité de la Convention européenne des droits de l'homme,* Op. Cit., p. 57.
[2811] Ibid., pp. 58 et 59.
[2812] Ibid., p. 65.
[2813] Ibid., p. 64.
[2814] Ibid., p. 73.

ainsi que la source de ces problèmes, « en particulier lorsqu'[ils sont] susceptible[s] de donner lieu à de nombreuses requêtes, de façon à aider les États à trouver la solution appropriée et le Comité des Ministres à surveiller l'exécution des arrêts »[2815].

L'affaire *Broniowski* et la solution dans elle trouvée par la Cour EDH, n'ont que concrétisé l'invitation et les recommandations faites par le Comité des Ministres pour améliorer le SEDH[2816]. En effet, lorsque la Cour a détecté un problème structurel dans la législation de la Pologne vis-à-vis du droit à la propriété (article 1 du Protocole n° 1)[2817], méconnu par la Pologne par des lois et des pratiques administratives restreignant l'accès des demandeurs aux biens de l'État à titre compensatoire concernés par des biens abandonnés au-delà du Boug à cause des invasions effectuées par les troupes de l'URSS en septembre 1939[2818], elle a profité de l'opportunité pour mettre en pratique ce qui lui avait été conseillé par le Comité. C'est ainsi que le tribunal de Strasbourg lui a donné forme à une sorte de contrôle de conventionnalité dans le SEDH, par le biais de la technique des arrêts pilotes[2819].

Tout au début, la Cour a précisé que l'affaire *Broniowski* « découlait d'une situation touchant un grand nombre de personnes [80.000] »[2820], et qu'elle était « déjà saisie de 167 requêtes qui ont été présentées par des personnes concernées »[2821]. Ensuite, la Cour a exprimé « qu'en principe il n'appartienne pas à la Cour de définir quelles peuvent être les mesures de redressement appropriées pour que l'État défendeur s'acquitte de ses obligations au regard de l'article 46 de la Convention », mais vue « la situation à caractère structurel qu'elle constate […] des mesures générales au niveau national s'imposent […], mesures qui doivent prendre en considération les nombreuses personnes touchées »[2822].

D'après la Cour, les mesures générales « adoptées doivent être de nature à remédier à la défaillance structurelle dont découle le constat de violation formulé par la Cour », de manière que le système de contrôle instauré par la CEDH « ne soit pas surchargé par un grand nombre de requêtes résultant de la même cause »[2823].

« La Cour a le souci de faciliter la suppression rapide et effective d'un dysfonctionnement constaté dans le système national de protection des droits de l'homme », ainsi « une fois un tel défaut [est] identifié, il incombe aux autorités nationales, sous le contrôle du Comité des Ministres, de prendre, rétroactivement s'il le faut, les mesures de redressement nécessaires conformément au principe de subsidiarité de la Convention, de

---

[2815] Ibid., pp. 83 et 84. Voir *supra* Ière partie, Titre II, Ch. 2, Section 1, § 2, B, II.
[2816] David SZYMCZAK, *L'arrêt pilote : un remède efficace contre l'engorgement du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme… à condition de bien lire la notice !*, La semaine juridique administrations et collectivités territoriales, 2006, No. 21, pp. 662 et 663.
[2817] COUR EDH, *Affaire Broniowski Vs. Pologne*, Requête n° 31443/96, Op. Cit., §§ 129 – 133.
[2818] Ibid., § 187.
[2819] Le début de la procédure comme de l'émission des « arrêts pilotes » a été l'année 2004, avec l'arrêt *Broniowski Vs. Pologne* du 22 juin 2004. Grâce à cet arrêt, la Cour EDH commence à émettre des décisions portant des effets collectifs et *erga omnes*, afin de résoudre les problèmes structurels susceptibles de créer des requêtes répétitives au futur et aggraver la situation de l'engorgement du SEDH. Voir, Affef BEN MANSOUR, « Un processus inédit : les arrêts « pilotes » de la CEDH », Op. Cit., pp. 225 – 234 ; Dragoljub POPOVIĆ, « Pilot Judgments of the ECTHR », Op. Cit., pp. 353 – 357 ; et Oana NADELCU-SURDESCU, *Brief Analysis of the Operation of the Pilot Judgment Procedure before the European Court of Human Rights (ECHR)*, Op. Cit., p. 24 – 32.
[2820] COUR EDH, *Affaire Broniowski Vs. Pologne*, Requête n° 31443/96, Op. Cit., § 193.
[2821] Ibidem.
[2822] Ibidem.
[2823] Ibidem.

manière que la Cour n'ait pas à réitérer son constat de violation dans une longue série d'affaires comparables »[2824].

À cet égard, pour aider l'État défendeur à remplir ses obligations au titre de l'article 46 de la CEDH, tel qui a été recommandé par le Comité des Ministres, la Cour a indiqué le type de mesures que l'État polonais pourrait prendre pour mettre un terme à la situation structurelle constatée dans l'affaire[2825].

La Cour a estimé dans son premier arrêt pilote, que l'État défendeur doit, avant tout, prendre l'une de deux options, effacer de l'ordre juridique interne tout obstacle à l'exercice du droit des nombreuses personnes touchées par la situation jugée par elle contraire à la Convention en ce qui concerne le requérant, ou offrir en lieu et place un redressement équivalent aux victimes du droit à la propriété[2826]. D'après la Cour, si l'État prend la première option, il doit donc en plus « garantir par des mesures légales et administratives appropriées la réalisation effective et rapide du droit en question relativement aux autres demandeurs concernés par des biens situés au-delà du Boug, conformément aux principes de la protection des droits patrimoniaux énoncés à l'article 1 du Protocole n° 1, en particulier aux principes applicables en matière d'indemnisation »[2827].

Par le biais de l'affaire *Broniowski*, comme il a été exprimé par Élisabeth Lambert, la Cour EDH a créé une « technique qui permet d'exercer une pression sur l'État et d'évaluer mieux le reste du dommage potentiellement non réparé dans le droit interne »[2828]. Mais elle a aussi et surtout réaffirmé « une position logique, conforme au principe de subsidiarité du système européen », afin d'offrir à l'État « la possibilité d'adopter parallèlement les mesures individuelles (pécuniaires et/ou non pécuniaires) et générales qui procèdent »[2829].

En d'autres mots, l'affaire *Broniowski* ne constitue pas seulement le début d'une nouvelle technique de contrôle pour aider les États à surmonter les graves violations des droits de l'homme par le biais des mesures générales[2830], mais la création d'un mécanisme pour « la collaboration et la confiance réciproque » des juridictions européennes et nationales, fondée sur le principe de subsidiarité, « essentiel non seulement pour simplifier et accélérer les procédures devant la Cour, mais également pour assurer une protection juridique effective des droits du particulier »[2831].

Ainsi a été consigné dans le rapport explicatif du Protocole n° 14, lorsque sur les mesures à prendre en matière d'exécution d'arrêts, il a été précisé qu'une « exécution rapide et adéquate a bien évidemment une incidence sur l'afflux de nouvelles affaires : plus les États parties prendront rapidement des mesures générales pour exécuter les arrêts révélant un

---

[2824] Ibidem.
[2825] Ibid., § 194.
[2826] Ibidem.
[2827] Ibidem.
[2828] Élisabeth LAMBERT ABDELGAWAD, *El tribunal europeo de derechos humanos y la técnica de las sentencias piloto : una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo*, Revista de Derecho Político, 2007, No. 69, p. 360.
[2829] Ibidem.
[2830] Voir *supra* IIème partie, Titre II, Ch. 1, Section 1, § 1, A.
[2831] Bruno NASCIMBENE, « Violation « structurelle », violation « grave » et exigences interprétatives de la Convention européenne des droits de l'homme », *in* Francesco SALERNO (Dir.), *La nouvelle procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme après le protocole n° 14*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 136.

problème structurel, moins sera important le nombre de requêtes répétitives »[2832]. Tout cela, dans le but « d'améliorer le processus afin de préserver l'efficacité du système à l'avenir »[2833]. C'est ainsi que l'affaire *Broniowski* en créant la technique des arrêts pilotes va permettre la consolidation du contrôle de conventionnalité dans le SEDH.

II. La consolidation du contrôle de conventionnalité avec la technique des arrêts pilotes et quasi pilotes

À la suite de la décision pilote prise par la Cour EDH dans l'affaire *Broniowski*, l'identification des problèmes structurelles et la recommandation d'adopter des mesures générales sont devenues une pratique de plus en plus constante à Strasbourg, par le biais des arrêts pilotes et quasi pilotes.

Les arrêts pilotes ont trois caractéristiques principales, en premier lieu, ils « sont une réponse à une situation systématique découlant de la législation de l'État ou d'une pratique administrative généralisée dans l'État défendeur »[2834] ; en deuxième lieu, ils servent non seulement pour identifier les défauts de la législation étatique et/ou de la pratique administrative, « mais aussi pour demander de l'État l'adoption des mesures générales et, exceptionnellement, souligner les aspects les plus concrets que doit contenir son droit interne »[2835] ; enfin, en troisième lieu, « chaque arrêt pilote provoque la suspension des requêtes associées à la même cause »[2836].

De ces trois caractéristiques, la première et la deuxième rapprochent indubitablement le SEDH au SIDH, dans la mesure où l'adoption des mesures générales d'ordre normatif devient une politique judiciaire à Strasbourg, tel qu'il est fait depuis longtemps à San José. Désormais, l'on peut constater que la Cour EDH conseille aux États européens la mise en place d'adéquations législatives et constitutionnelles, afin de faire compatible le droit étatique avec le droit européen des droits de l'homme autant que de réduire le nombre d'affaires répétitives et de diminuer sa charge de travail. Fondée sur cette logique, la Cour de Strasbourg a émis des recommandations normatives en matière de droit à la propriété[2837], droit d'association et de manifestation[2838], durée excessive de procédures devant les juridictions nationales[2839], retrait du droit de vote des détenus[2840], entre autres.

Pour sa part, les arrêts quasi pilotes se distinguent des arrêts pilotes « par l'absence d'énonciation, dans leur dispositif, des mesures générales devant être prises pour éradiquer

---

[2832] CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif du protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Op. Cit., § 16.
[2833] Ibid., § 17.
[2834] Joana ABRISKETA URIARTE, *Las sentencias piloto : el tribunal europeo de derechos humanos, de juez a legislador*, Op. Cit., p. 80.
[2835] Ibidem.
[2836] Ibid., p. 81.
[2837] COUR EDH, *Affaire Broniowski Vs. Pologne*, Requête nº 31443/96, Op. Cit., §§ 189 – 194 ; *Affaire Maria Atanasiu et autres Vs. Romanie*, Requêtes nºs 30767/05 et 33800/06, Op. Cit., §§ 210 – 242.
[2838] COUR EDH, *Affaire Izci Vs. Turquie*, Requête nº 42606/05, 23 octobre 2013, §§ 94 – 99.
[2839] COUR EDH, *Affaire Rumpf Vs. Allemagne*, Requête nº 46344/06, 2 décembre 2010, §§ 64 – 75 ; *Affaire Ümmühan Kaplan Vs. Turquie*, Requête nº 24240/07, 20 juin 2012, §§ 63 – 77 ; et *Affaire Michelioudakis Vs. Grèce*, Requête nº 54447/10, 3 juillet 2012, §§ 63 – 80.
[2840] COUR EDH, *Affaire Greens et M.T. Vs. Royaume-Uni*, Requêtes nºs 60041/08 et 60054/08, 11 avril 2011, §§ 103 – 122.

les violations constatées ». Cependant, dans ces arrêts ils sont aussi constatés les problèmes structurels et systémiques dans le droit et les pratiques administratives de l'État défendeur[2841].

La mise en pratique d'une technique d'arrêts pilotes à trois temps, peu à peu complémentée par l'émission d'arrêts « quasi pilotes », qui « approfondissent la pratique de l'identification des problèmes structurels et systémiques […], et développement des potentialités naturelles de l'article 46 [de la CEDH] »[2842], n'a pas été anodine dans le sein du tribunal strasbourgeois.

Si dans un premier moment, « la [Cour EDH] identifie le « problème structurel » rencontré dans l'État partie » et ensuite « indique quelles sont les mesures générales et/ou individuelles que l'État doit adopter en vue d'y remédier » pour, enfin, prononcer « la suspension (« le gel ») de toutes les affaires répétitives pendantes devant elle, jusqu'à ce que l'État mis en cause prenne les mesures appropriées »[2843], c'est parce que le tribunal de Strasbourg avait la nécessité de résoudre une situation à grande échelle que mettait en cause l'effectivité du SEDH, et la crédibilité de son organe juridictionnel.

Selon les statistiques récentes « environ 57.350 requêtes sont pendantes devant la [Cour EDH], et beaucoup d'entre elles sont des « affaires répétitives » découlant d'un dysfonctionnement chronique au niveau interne »[2844]. Pour cette raison, la Cour a eu la nécessité d'élaborer « la procédure de l'arrêt pilote pour se doter d'une méthode permettant d'identifier les problèmes structurels sous-jacents aux affaires répétitives dirigées contre de nombreux pays et demander aux États concernés de traiter les problèmes en question »[2845].

C'est ainsi que d'après la Cour, dans le cadre de la procédure de l'arrêt pilote, elle « n'a pas seulement pour fonction de se prononcer sur la question de savoir s'il y a eu ou non violation de la [CEDH] dans telle ou telle affaire »[2846]. Ella a aussi –et c'est ici la manière à partir de laquelle elle commence à consolider un mécanisme spécifique pour contrôler la conventionnalité des normes ainsi que des pratiques administratives étatiques– la faculté « d'identifier le problème systémique et de donner au gouvernement concerné des indications claires sur les mesures [générales et individuelles] de redressement qu'il doit prendre pour y remédier »[2847]; autrement dit, d'exercer un contrôle sur la compatibilité du droit interne et des pratiques des autorités avec le droit de la CEDH.

Pour Jean-Luc Sauron, c'est par le biais de cette sorte de mesures que la Cour « empiète sur une compétence strictement confiée au Comité des Ministres par la [CEDH], en

---

[2841] Hugues DE SUREMAIN, *Surpopulation carcérale (Art. 3 et 13 CEDH) : Les juridictions nationales au pied du mur*, Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, 2013, février, Disponible [En ligne] : https://revdh.files.wordpress.com/2013/02/lettre-adl-du-credof-7-fevrier-2013.pdf (29 septembre 2018).

[2842] Peggy DUCOULOMBIER, « « Arrêts pilotes » et efficacité des nouveaux recours internes », *in* Pascal DOURNEAU-JOSETTE et Élisabeth LAMBERT ABDELGAWAD (Dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2011, p. 260.

[2843] David SZYMCZAK, *L'arrêt pilote : un remède efficace contre l'engorgement du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme… à condition de bien lire la notice !*, Op. Cit., p. 663.

[2844] CONSEIL DE L'EUROPE, *Fiche thématique – Les arrêts pilotes*, Unité de la Presse, 2018, p. 1, Disponible [En ligne] : http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_FRA.pdf (29 septembre 2018).

[2845] Ibidem.

[2846] Ibidem.

[2847] Ibidem.

précisant dans l'arrêt lui-même les mesures d'exécution qui devront être prises »[2848]. Du moment où la Cour EDH a décidé de continuer dans sa jurisprudence avec les arrêts pilotes, elle a reconnu aussi le dépassement progressif de la compensation économique du paiement d'une somme d'argent aux requérants[2849], pour indiquer d'autres mesures individuelles dans ses arrêts, telles que le constat de violation[2850] et l'adoption des mesures complémentaires visant à « remettre les choses dans l'État »[2851].

Cependant, le changement le plus significatif qu'il y a eu dans le SEDH à partir des arrêts pilotes, c'est l'indication des mesures générales afin d' « éviter le renouvellement des violations semblables à celles constatées ou à mettre un terme à des violations continues. Ces mesures peuvent se traduire, soit par des modifications législatives ou réglementaires, soit par des mesures plus matérielles »[2852].

Ainsi a été confirmé par la Cour EDH dans l'affaire *Sejdovic Vs. Italie*, puisque la première section a trouvé que la violation du droit au procès équitable du requérant (Art. 6 de la CEDH) dans le jugement en contumace qu'il y a eu à son encontre par le meurtre de M.S., « tire son origine d'un problème résultant de la législation italienne en matière de procès par contumace, qui peut toucher d'autres personnes à l'avenir »[2853].

Pour la Cour, les faits de la cause ont démontré « l'existence dans l'ordre juridique italien d'une défaillance, en conséquence de laquelle tout condamné par contumace n'ayant pas été informé de manière effective des poursuites peut se voir privé d'un nouveau procès »[2854]. Les défaillances ont aussi attesté qu' « elles sont susceptibles de donner lieu à l'avenir à de nombreuses requêtes bien fondées »[2855].

À partir de ce raisonnement, la Cour a vu la nécessité d'indiquer des mesures générales afin que l'État défendeur supprime « tout obstacle légal qui pourrait empêcher du délai pour interjeter appel ou la tenue d'un nouveau procès pour toute personne condamnée par défaut »[2856]. Pour la Cour, la meilleure manière de résoudre le problème structurel identifié et d'éviter à l'avenir des nouvelles violations des droits, est celle de « mettre en place au moyen de la réglementation appropriée une nouvelle procédure qui puisse assurer la réalisation effective du droit en question, dans le respect des droits découlant de l'article 6 de la Convention »[2857].

[2848] Jean-Luc SAURON, *L'exécution des arrêts de la CEDH, un processus sous le contrôle politique du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en voie d'échapper aux seuls exécutifs*, La semaine juridique administrations et collectivités territoriales, 2016, No. 2, p. 1.
[2849] Il est octroyé aux requérants par la Cour EDH, pour le préjudice matériel (*damnum emergens* et *lucrum cessans*), et le cas échéant, pour le préjudice moral, c'est-à-dire la souffrance physique ou mentale, y compris, les sentiments d'impuissance et de frustration face aux manquements durables et continus des autorités à faire effectif le jugement définitif rendu en leur faveur à cause de la violation des droits patrimoniaux. COUR EDH, *Instruction pratique – demandes de satisfaction équitable*, 2018, édicté par le président de la Cour au titre de l'article 32 du règlement le 28 mars 2007, §§ 10 – 15, Disponible [En ligne] : http://www.echr.coe.int/Documents/PD_satisfaction_claims_FRA.pdf (29 septembre 2018).
[2850] COUR EDH, *Affaire Folgero et autres Vs. Norvège*, Requête nº 15472/02, 29 juin 2007, § 109.
[2851] COUR EDH, *Affaire Bochan Vs. Ukraine*, Requête nº 22251/08, 5 février 2015, § 58.
[2852] Jean-Luc SAURON, *L'exécution des arrêts de la CEDH, un processus sous le contrôle politique du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en voie d'échapper aux seuls exécutifs*, Op. Cit., p. 3.
[2853] COUR EDH, *Affaire Sejdovic Vs. Italie*, Requête nº 56581/00, 10 novembre 2004, § 44.
[2854] Ibidem.
[2855] Ibidem.
[2856] Ibid., § 47.
[2857] Ibidem.

Pour sa part, dans l'affaire *Scordino*, la Cour EDH va à nouveau contrôler la compatibilité du droit étatique italien avec la CEDH vis-à-vis d'un autre problème structurel et systémique. Il s'agit de la violation du droit à la propriété des requérants à raison du montant inadéquat de l'indemnité des biens situés dans la municipalité de Reggio de Calabre faisant l'objet, en vertu du plan général d'urbanisme, d'un permis d'exproprier en vue de la construction d'habitations[2858].

D'après la Cour, il est clair que la violation du droit à la propriété des requérants, « tire son origine d'un problème à grande échelle résultant d'un dysfonctionnement de la législation italienne, […] qui a touché, et peut encore toucher à l'avenir, un grand nombre de personnes »[2859]. Selon la jurisprudence européenne, l'impossibilité de réussir en Italie d'une raisonnable indemnité d'expropriation en rapport avec la valeur du bien, n'est pas un « incident isolé »[2860], « il résulte de l'application d'une loi à l'égard d'une catégorie précise de citoyens, à savoir les personnes concernées par l'expropriation de terrains »[2861].

En raison du nombre de personnes qui peuvent être touchées par le même problème, la Cour a trouvé que des « mesures générales au niveau national s'imposent »[2862], dans le double but de corriger les violations des droits actuelles et de prévenir les violations futures. C'est ainsi que pour la Cour, allant au-delà de l'économique, l'État défendeur devrait, dans un premier moment, « supprimer tout obstacle à l'obtention d'une indemnité en rapport raisonnable avec la valeur du bien exproprié », pour ensuite garantir, à travers les mesures légales, administratives et budgétaires appropriées, « la réalisation effective et rapide du droit en question relativement aux autres demandeurs concernés par des biens expropriés, conformément aux principes de la protection des droits patrimoniaux énoncés à l'article 1 du Protocole n° 1, en particulier aux principes applicables en matière d'indemnisation » [2863].

Grâce à ces premiers arrêts, la Cour va découvrir l'existence des véritables problèmes structurels et systémiques dans le droit des États parties au Conseil de l'Europe, au point qu'elle a vu la nécessité de régler cette procédure spéciale dans son règlement.

En février 2011, la Cour a adopté le nouvel article 61 du Règlement, en clarifiant la façon dont elle va traiter les violations systémiques ou structurelles potentielles des droits de l'homme[2864]. Le nouvel article, « codifie la « procédure de l'arrêt pilote » qui existe déjà et vise les cas dans lesquels un dysfonctionnement systémique et structurel dans le pays en cause a donné lieu ou est susceptible de donner lieu à l'introduction d'autres requêtes analogues devant la Cour »[2865].

[2858] COUR EDH, *Affaire Scordino Vs. Italie (No. 1)*, Requête nº 36813/97, 29 mars 2006, § 13.
[2859] Ibid., § 229.
[2860] Ibidem.
[2861] Ibidem.
[2862] Ibid., § 236.
[2863] Ibid., § 237.
[2864] CONSEIL DE L'EUROPE, *Fiche thématique – Les arrêts pilotes*, Op. Cit., p. 2.
[2865] Ibidem.

À travers la technique des arrêts pilotes, la Cour a résolu des affaires relatives au droit à la propriété[2866] ; à la condition de détentions inhumaines et/ou dégradantes[2867] ; à la durée excessive de procédures et absence de recours internes[2868] ; à l'inexécution prolongée de décisions judiciaires[2869] ; à l'interdiction pour les détenus condamnés de voter[2870] ; et au manquement à régulariser le statut de résidence de personnes illégalement retirées du registre des résidents permanents[2871].

En pratiquant la technique des arrêts pilotes et quasi pilotes, la Cour EDH a commencé à consolider un contrôle de conventionnalité dans le SEDH avec trois objectifs bien définis. En premier lieu, « aider les 47 États européens qui ont ratifié la [CEDH] à régler les problèmes structurels ou systémiques au niveau national » ; en deuxième lieu, « offrir aux individus concernés une possibilité de redressement plus rapide » ; et en troisième lieu, « aider la [Cour EDH] à gérer sa charge de travail avec plus d'efficacité et de diligence en réduisant le nombre d'affaires analogues, d'ordinaire complexes, qui doivent faire l'objet d'un examen de détail »[2872].

La technique des arrêts pilotes et quasi pilotes, construite dans le SEDH pour résoudre l'engorgement de la Cour de Strasbourg et les graves problèmes structurels ou systémiques de violations des droits de l'homme, est venue tardivement à compléter le contrôle sur la compatibilité des droits internes déjà présente dans le droit communautaire européen[2873].

[2866] COUR EDH, *Affaire Broniowski Vs. Pologne*, Requête n° 31443/96, Op. Cit., §§ 189 – 194 ; *Affaire Hutten-Czapska Vs. Pologne*, Requête n° 35014/97, 19 juin 2006, §§ 238 et 239 ; *Affaire Suijagic Vs. Bonie-Herzégovine*, Requête n° 27912/02, 3 novembre 2009, §§ 63 – 65 ; *Affaire Maria Atanasiu et autres Vs. Romanie*, Requêtes nos 30767/05 et 33800/06, Op. Cit., §§ 229 – 242 ; *Affaire Manushaqe Puto et autres Vs. Albanie*, Requêtes nos 604/07, 43628/07, 46684/07 et 34770/09, 17 décembre 2012, §§ 110 – 121 ; *M.C. et autres Vs. Italie*, Requête n° 5376/11, Op. Cit., §§ 116 – 122 ; et *Affaire Ališić et autres Vs. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et Ex-République Yougoslave de Macédoine*, Requête n° 60642/08, 16 juillet 2014, §§ 144 – 150.

[2867] COUR EDH, *Affaire Ananyev et autres Vs. Russie*, Requêtes nos 42525/07 et 60800/08, 10 janvier 2012, §§ 191 – 240 ; *Affaire Torreggiani et autres Vs. Italie*, Requêtes nos 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10, Op. Cit., §§ 91 – 99 ; *Affaire Neshkov et autres Vs. Bulgarie*, Requêtes nos 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 et 9717/13, 1 juin 2015, §§ 274 – 291 ; *Affaire Varga et autres Vs. Hongrie*, Requêtes nos 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 et 64586/13, 10 juin 2015, §§ 101 – 116 ; et *Affaire W.D. Vs. Belgique*, Requête n° 73548/13, 6 décembre 2016, §§ 167 – 174.

[2868] COUR EDH, *Affaire Rumpf Vs. Allemagne*, Requête n° 46344/06, Op. Cit., §§ 64 – 75 ; *Affaire Vassilios Athanasious et autres Vs. Grèce*, Requête n° 50973/08, Op. Cit., §§ 54 – 58 ; *Affaire Dimitrov et Hamanov Vs. Bulgarie*, Requêtes nos 48059/06 et 2708/09, 10 août 2011, §§ 124 – 133 ; *Affaire Finger Vs. Bulgarie*, Requête n° 37346/05, 10 mai 2011, §§ 129 – 135 ; *Affaire Ümmühan Kaplan Vs. Turquie*, Requête n° 24240/07, 20 juin 2012, §§ 66 – 77 ; *Affaire Michelioudakis Vs. Grèce*, Requête n° 54447/10, 3 juillet 2012, §§ 74 – 80 ; *Affaire Glykantzi Vs. Grèce*, Requête n° 40150/09, 30 janvier 2013, §§ 77 – 83 ; *Affaire Rutkowski et autres Vs. Pologne*, Requêtes nos 72287/10, 13927/11 et 46187/11, 7 octobre 2015, §§ 207 – 229 ; et *Affaire Gazsó Vs. Hongrie*, Requête n° 48322/12, 10 octobre 2015, §§ 38 – 41.

[2869] COUR EDH, *Affaire Bourdov c. Russie (n° 2)*, Requête n° 33509/04, 4 mai 2009, §§ 136 – 146 ; *Affaire Olaru et autres Vs. Moldova*, Requêtes nos 476/07, 22539/05, 17911/08 et 13136/07, 28 octobre 2009, §§ 49 – 61 ; *Affaire Yuriy Nikolayevich Ivanov Vs. Ukraine*, Requête n° 40450/04, 15 janvier 2010, §§ 89 – 101 ; et *Affaire Gerasimov et autres Vs. Russie*, Requêtes nos 29920/05, 3553/06, 18876/10, 61186/10, 21176/11, 36112/11, 36426/11, 40841/11, 45381/11, 55929/11 et 60822/11, 10 octobre 2014, §§ 219 – 232.

[2870] COUR EDH, *Affaire Greens et M.T. Vs. Royaume-Uni*, Requête n° 60041/08, Op. Cit., §§ 113 et 114.

[2871] COUR EDH, *Affaire Kurić et autres Vs. Slovénie*, Requête 26828/06, 26 juin 2012, §§ 406 – 415.

[2872] CONSEIL DE L'EUROPE, *Fiche thématique – Les arrêts pilotes*, Op. Cit., p. 1.

[2873] L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 va appuyer le travail de désengorgement de la Cour EDH, ainsi que la solution aux problèmes structurels de violations des droits de l'homme, dans la mesure où il va permettre que les hautes juridictions étatiques puissent adresser à la Cour EDH des demandes d'avis consultatifs, sur l'interprétation ou l'application adéquate des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles. Autrement dit, par le biais du Protocole n° 16 l'interaction entre la Cour EDH et les autorités

§ 2 : L'application liminaire du contrôle de conventionnalité dans le droit communautaire européen

Le droit communautaire de la CAN, de l'UA ou de l'UE a deux caractéristiques que déterminent son interaction avec les droits internes, la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux et son effet direct[2874]. Par le biais de ces caractéristiques, le droit communautaire européen a instauré un contrôle pour surveiller la compatibilité des droits nationaux vis-à-vis du droit de l'UE.

Ce contrôle, connu aussi comme « contrôle de communautarité »[2875], va trouver une place importante en contrôlant la compatibilité du droit interne à l'égard du communautaire européen. C'est pourquoi avant d'examiner des *illustrations concrètes sur cette question (B)*, il faut parler de *la question préjudicielle en tant qu'exercice du contrôle de conventionnalité (A)*.

A. La question préjudicielle en tant qu'exercice du contrôle de conventionnalité

La question préjudicielle ou le renvoi préjudiciel se trouvait réglée à l'article 177 du texte original du traité instituant la communauté économique européenne (TCEE) (traité de Rome 1957), après elle est devenue réglementée par l'article 234 du traité instituant la communauté européenne (TCE), mais c'est à partir de l'année 2012, qu'elle devient encadrée par l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

Cependant, historiquement la question préjudicielle a gardé son objectif de permettre à une juridiction nationale de l'un des États membres de l'UE d'interroger la CJUE « en vue d'obtenir une interprétation d'un acte du droit de l'Union revêtue de l'autorité de la chose interprétée ou une décision portant sur la validité d'un tel acte »[2876].

D'après l'article 267 du TFUE, la CJUE est compétente pour statuer, à titre préjudiciel « sur l'interprétation des traités », c'est-à-dire sur tout le droit originaire (traités constitutifs,

---

nationales se renforcera à travers un dialogue conventionalisante. Voir, CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif au protocole n° 16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Op. Cit., §§ 1 – 6.

[2874] Urszula JAREMBA, *National Judges As EU Law Judges: The Polish Civil Law System*, Boston, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 63 – 70 ; Fabián NOVAK TALAVERA, « La Comunidad Andina y su Ordenamiento Jurídico », *in* Allan-Randolph BREWER CARÍAS (Dir.), *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 69 – 71 ; Georges VANDERSANDEN, *La primauté du droit communautaire sur le droit national (un arrêt de la Cour de cassation de Belgique)*, Revue internationale de droit comparé, 1972, Vol. 2, No. 24, pp. 847 – 858 ; El Hadji Omar DIOP, *L'ordre juridique des organisations d'intégration africaine*, Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique, 2017, Disponible [En ligne] : http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/L_ordre_juridique_interne_des_organisations_d_integration_africaine.pdf (29 septembre 2018).

[2875] Alice MINET, *Le statut particulier du droit de l'Union européenne en droit français*, Revue française de droit administratif, Paris, Dalloz, 2013, No. 6, p. 1125 et Alain PELLET et Alina MIRON, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Paris, Dalloz, 2015, p. 186.

[2876] Niels FENGER et Morten BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Lancier, 2013, p. 12.

annexes, protocoles, traités modificatifs ultérieurs) et « sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union ».

Comme règle générale, interroger la CJUE à titre préjudicielle est une faculté. Néanmoins, il existe deux hypothèses dans lesquelles la question préjudicielle devient obligatoire, à savoir, « lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne »[2877] ; et lorsqu'il est impossible, « pour une juridiction nationale, de constater elle-même l'invalidité d'une disposition de droit communautaire »[2878].

La procédure de renvoi préjudicielle constitue « l'expression d'une interaction et d'une répartition des tâches entre les juridictions nationales et la Cour de justice »[2879], par laquelle a été créé un contrôle de droit communautaire à l'égard du droit interne.

D'après Broberg et Fenger, l'impact de la question préjudicielle pour contrôler la compatibilité du droit interne est très importante, dans la mesure où elle remplit plusieurs fonctions. D'abord, donner « aux juridictions nationales la possibilité d'obtenir une assistance dans la résolution de problèmes d'interprétation du droit de l'Union » ; permettre « d'assurer une interprétation uniforme du droit de l'Union à travers l'espace judiciaire européen »[2880] ; ensuite, jouer « un rôle important dans le processus d'intégration politique de l'[UE] »[2881], pour enfin, aider à « garantir une application effective du droit de l'Union, étant donné qu'elle contribue à une meilleure maîtrise du droit de l'Union, de même qu'elle érige le droit de l'Union au-delà d'un système de surveillance dans l'application qui ne consisterait qu'en un système de surveillance internationale, tel que la procédure en manquement, de sorte qu'elle constitue un système supplémentaire de protection juridictionnelle des droits des particuliers qui n'est pas laissé à la discrétion d'un pouvoir politique »[2882].

Dans une question préjudicielle, à travers laquelle la CJCE a répondu au questionnement effectué par le tribunal administratif néerlandais statuant en dernier ressort sur les recours contentieux en matière fiscale à l'encontre de la société Algemene Transport « Van Gend & Loos », afin de savoir si l'article 12 du TCEE[2883] a un effet direct dans le droit interne, autrement dit, « si les justiciables peuvent faire valoir, sur la base de cet article, des droits individuels que le juge doit sauvegarder »[2884], la Cour de Luxembourg a nourri le chemin pour structurer le contrôle de compatibilité du droit communautaire.

En effet, la Cour a dit que « les États ont reconnu au droit communautaire une autorité susceptible d'être invoquée par leurs ressortissants devant ces juridictions »[2885], puisque « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les

---

[2877] Article 267 du TFUE, alinéa 3.
[2878] Caroline NAÔMÉ, *Le renvoi préjudiciel en droit européen : guide pratique*, Bruxelles, Lancier, 2010, p. 42.
[2879] Niels FENGER et Morten BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Op. Cit., p. 12.
[2880] Ibid., p. 13.
[2881] Ibidem.
[2882] Ibidem.
[2883] Selon l'article 12, « les États membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouveaux droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent, et d'augmenter ceux qu'ils appliquent dans leurs relations commerciales mutuelles ».
[2884] CJCE, « *Affaire Van Gend & Loos*, Arrêt C-26/62, 5 février 1963, p. 7.
[2885] Ibid., p. 23.

États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants »[2886].

Ce raisonnement de la CJCE vis-à-vis du contrôle de compatibilité du droit communautaire va devenir plus aigu dans l'arrêt *Simmenthal*. Dans cette décision, il a été résolu le renvoi préjudiciel présenté par le préteur de Susa (Italie) à la CJCE, tendant à obtenir une décision par rapport à « l'interprétation de l'article 189 du traité CEE et, plus particulièrement, sur les conséquences de l'applicabilité directe du droit communautaire en cas de conflit avec d'éventuelles dispositions contraires de la loi nationale »[2887].

À cet égard, la CJCE a exprimé que « le juge national, lorsqu'il tranche un litige, ne saurait évidemment appliquer des règles de droit interne qu'il estime contraires ou incompatibles avec le droit communautaire, en particulier lorsque l'interprétation préalable, par la Cour de justice, du droit communautaire ne permet aucun doute sur l'incompatibilité avec celui-ci de la disposition nationale postérieure »[2888].

Pour la CJCE « l'efficacité des dispositions communautaires directement applicables, qui accordent aux particuliers des droits que les juges sont tenus de sauvegarder, ne saurait non plus être compromise ou mise en échec par des dispositions contraires de droit interne »[2889].

À travers la question préjudicielle la Cour de Luxembourg a cimenté les basses d'un contrôle de compatibilité (de communautarité ou de conventionnalité), afin de garder l'harmonie et la concordance entre le droit interne et le droit communautaire de l'UE. Autrement, le tribunal n'aurait pas pu prescrire dans l'arrêt *Simmenthal* que « les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des États membres, non seulement de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation existante, mais encore –en tant que ces dispositions et actes font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres– d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires »[2890].

Pour cela, « tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers »[2891], dans le but de laisser « inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire »[2892].

Dans cet ordre d'idées, pour le droit communautaire il devient incompatible avec les exigences inhérentes de sa nature « toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité

[2886] Ibidem.
[2887] CJCE, *Affaire Administration des finances de l'État d'Italie / Simmenthal*, Arrêt C-106/77, 9 mars 1978, p. 630.
[2888] Ibid., p. 635.
[2889] Ibidem.
[2890] Ibid., pp. 643 et 644, point résolutif No. 17.
[2891] Ibid., p. 644, point résolutif No. 21.
[2892] Ibidem.

du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires »[2893].

On peut voir alors que grâce à l'arrêt *Simmenthal* et à la question préjudicielle, la Cour de Luxembourg a pu établir une sorte de contrôle de conventionnalité du droit interne à deux rangs, l'un concentré et l'autre diffus.

Au rang concentré, fixant la capacité de la Cour de l'UE de contrôler la compatibilité de « l'ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire »[2894], afin de faire respecter le principe de la primauté du droit communautaire, car selon sa jurisprudence, une position contraire « reviendrait à nier, pour autant, le caractère effectif d'engagements inconditionnellement et irrévocablement assumés par les États membres […], et mettrait ainsi en question les bases mêmes de la Communauté »[2895]. Quant au contrôle diffus, en déterminant que « le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliqué, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »[2896].

La mise en œuvre de ce contrôle de conventionnalité ou de communautarité sera plus évidente à travers l'illustration de cas concrets, où le juge national s'est vu dans l'obligation de faire appel à la question préjudicielle afin de respecter les principes de primauté et d'effet direct du droit de l'UE.

B. Les illustrations concrètes du contrôle communautaire de conventionnalité

Avant de présenter des illustrations concrètes sur le contrôle de conventionnalité au sein de la Cour de Luxembourg, il faut préciser que la complexité de l'interprétation des systèmes nationaux et communautaire en Europe « est évidemment inhérente au mode de la construction européenne qui imprègne en profondeur les ordres juridiques nationaux sans s'y substituer nécessairement »[2897], mais en exerçant un fort contrôle sur eux.

Ainsi, chaque fois qu'il existe un doute pour les juridictions nationales sur l'interprétation du droit communautaire, l'autorité judiciaire nationale impliquée est obligée de transmettre au tribunal de Luxembourg une question préjudicielle afin d'obtenir un contrôle de compatibilité du droit interne vis-à-vis du droit communautaire.

Il a été le cas de l'arrêt C-213/89, à travers lequel la CJCE a connu de la question préjudicielle présentée par la House of Lords de Royaume-Uni, afin de « savoir si le juge national qui, saisi d'un litige concernant le droit communautaire, estime que le seul obstacle

---

[2893] Ibid., p. 644, point résolutif No. 22.
[2894] Ibidem.
[2895] Ibid., p. 644, point résolutif No. 18.
[2896] Ibid., p. 646, point résolutif No. 29.
[2897] Henri LABAYLE et Rostane MEHDI, *Note sur l'article : Question préjudicielle et question prioritaire – Dédale au Conseil d'État*, Revue française de droit administratif, Paris, Dalloz, 2016, p. 1004.

qui s'oppose à ce qu'il ordonne des mesures provisoires est une règle du droit national doit écarter l'application de cette règle »[2898].

Dans le cas d'espèce, la CJCE en contrôlant la compatibilité du droit anglais s'est fondée sur sa jurisprudence *Simmenthal*, pour réaffirmer que « les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des États membres […] de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale »[2899].

Selon la Cour, la pleine efficacité du droit communautaire se trouverait diminuée « si une règle du droit national pouvait empêcher le juge saisi d'un litige régi par le droit communautaire d'accorder les mesures provisoires en vue de garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir sur l'existence des droits invoqués sur la base du droit communautaire »[2900].

D'après la Cour, le système instauré à l'article 177 du TCEE existe pour pouvoir contrôler la compatibilité au droit communautaire des normes et des pratiques nationales. « L'effet utile [du droit communautaire] serait amoindri si la juridiction nationale qui sursoit à statuer jusqu'à ce que la Cour réponde à sa question préjudicielle ne pouvait pas accorder des mesures provisoires jusqu'au prononcé de sa décision prise à la suite de la réponse de la Cour »[2901]. En conséquence, pour la CJCE « le droit communautaire doit être interprété en ce sens que la juridiction nationale qui, saisie d'un litige concernant le droit communautaire, estime que le seul obstacle qui s'oppose à ce qu'elle ordonne des mesures provisoires est une règle du droit national doit écarter l'application de cette règle »[2902].

Dans une autre question préjudicielle, cette fois proposée par le tribunal supérieur de justice de Madrid, la CJCE fut convoquée avec l'objectif de résoudre deux questions sur l'interprétation du droit communautaire.

La première, vise à savoir si la directive 69/335/CEE du Conseil « interdit, lorsque la législation d'un État membre instaure un impôt qui frappe la constitution d'une société anonyme au taux de 1% applicable en toute hypothèse à la valeur nominale du capital social, même si celui-ci n'a pas été intégralement versé, d'appliquer ensuite une imposition d'un taux de 0,5% sur l'apport de la partie du capital qui restait à verser »[2903].

Pour sa part, la deuxième, tend à obtenir des précisions « sur l'effet direct de ladite directive 69/335 […] avec des indications sur son effet et son éventuelle primauté sur les dispositions législatives internes, lorsqu'il n'est pas possible d'interpréter ces dernières d'une manière qui les rend compatibles avec ladite directive »[2904].

Pour résoudre le premier questionnement, la CJCE fait une précision sur la portée de la directive 69/335, en affirmant qu' « il convient de rappeler que l'article 10 de la directive, lu à la lumière de son dernier considérant, prohibe notamment, en dehors du droit d'apport,

---

[2898] CJCE, *Affaire Factortame E.A.*, Arrêt C-213/89, 19 juin 1990, p. 2473, § 17.
[2899] Ibid., § 18.
[2900] Ibid., p. 2474, § 21.
[2901] Ibid., § 22.
[2902] Ibid., p. 2475, point résolutif unique.
[2903] CJCE, *Affaire Solred*, Arrêt C-347/96, 5 mais 1998, p. 957, § 14.
[2904] Ibidem.

les impôts indirects qui présentent les mêmes caractéristiques que celui-ci »[2905]. La Cour signale alors que « l'article 10 de la directive doit être interprété en ce sent qu'il s'oppose à la perception d'un droit de 0,5% sur l'acte notarié attestant l'apport d'une partie du capital social versée après la constitution d'une société de capitaux, lorsque, lors de la constitution de cette société, un droit de 1% avait déjà été perçu sur l'intégralité de la valeur nominale du capital social »[2906].

Par rapport au deuxième questionnement, la Cour a précisé que d'après sa jurisprudence, si les dispositions d'une directive apparaissent inconditionnelles et suffisamment précises, « les particuliers sont fondés à les invoquer devant le juge national à l'encontre de l'État, soit lorsque celui-ci s'abstient de transposer dans les délais la directive en droit national, soit lorsqu'il en fait une transposition incorrecte »[2907].

La Cour a également rappelé que, selon la jurisprudence constante établie dès l'affaire *Simmenthal*, « tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire »[2908].

Pour la Cour, d'après une analyse de compatibilité normative, « l'article 10 de la directive engendre des droits dont les particuliers peuvent se prévaloir devant les juridictions nationales. Ces dernières sont obligées de laisser inappliquées les dispositions contraires de la loi nationale »[2909].

Dans une autre affaire, à l'égard aussi de la directive 69/335/CEE, la Cour a connu d'un renvoi préjudiciel présenté par la « Pretura circondariale di Roma », afin d'éclaircir l'interprétation d'une norme italienne qui règle la taxe de concession pour être soupçonnée d'incompatibilité avec le droit communautaire.

En l'Italie la taxe de concession était due « non seulement lors de l'inscription au registre de l'acte constitutif de la société, mais également le 30 juin de chaque année civile ultérieur »[2910]. Suite à un arrêt du 20 avril 1993 (C-71/91), rendu à propos de la taxe de concession, dans lequel la CJCE a dit que l'article 10 de la directive 69/335 interdit « une imposition annuelle due en raison de l'immatriculation des sociétés de capitaux, cela même si le produit de cette imposition contribue au financement du service chargé de la tenue du registre dans lequel sont immatriculées les sociétés »[2911], les sociétés IN.CO.GE.'90 et autres, ont décidé par des recours en injonction de demander « le remboursement des sommes qu'elles avaient acquitté au titre de la taxe de concession lors des années antérieures »[2912].

À l'égard des recours en injonction, le Pretore di Roma lui a demandé à la CJCE en renvoi préjudiciel, si l'incompatibilité de la loi italienne régissant la taxe de concession (Loi No. 17/1995) avec l'article 10 de la directive 69/335, a pour conséquence qu'il y a lieu « d'écarter

---

[2905] Ibid., p. 959, § 21.
[2906] Ibid., p. 960, § 26.
[2907] Ibid., p. 961, § 28.
[2908] Ibid., § 30.
[2909] Ibid., § 31.
[2910] CJCE, *Affaire IN.CO.GE.'90 et autres*, Arrêts C-10/97 – C-22/97, 11 octobre 1998, pp. 6327 et 6328, § 4.
[2911] Ibid., p. 6328, § 5.
[2912] Ibid., § 7.

totalement l'application [de la loi nationale] et, notamment, que le juge national doit s'abstenir de prendre en compte ladite loi nationale, même pour qualifier le rapport juridique, en vertu duquel un ressortissant d'un État membre demande à l'administration fiscale la restitution des sommes versées en violation de l'article précité de la directive 69/335/CEE »[2913].

Sans hésiter, la CJCE a exercé un contrôle de conventionnalité sur l'ordre juridique italien pour dire que conformément à une jurisprudence constante « l'interprétation par la Cour d'une disposition de droit communautaire éclaire et précise, lorsque besoin est, la signification et la portée de cette règle, telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de son entrée en vigueur »[2914]. Sans oublier de rappeler, qu'elle avait déjà jugé dans l'affaire *Simmenthal* que « tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale »[2915].

Dès lors, pour la Cour, « le droit d'obtenir le remboursement des sommes perçues en violation du droit communautaire est la conséquence et le complément des droits conférés aux justiciables par les dispositions communautaires telles qu'elles ont été interprétées par la Cour. L'État membre est donc tenu, en principe, de rembourser les taxes perçues en violation du droit communautaire »[2916].

La CJCE a dit pour droit que « l'obligation pour le juge national d'écarter l'application d'une législation nationale ayant institué une imposition contraire au droit communautaire doit le conduire, en principe, à faire droit aux demandes de remboursement de cette imposition. Cette restitution doit être assurée conformément aux dispositions de son droit national étant entendu que celles-ci ne doivent pas être moins favorables que celles qui concernent des recours semblables de nature interne ni rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire »[2917].

Dans une affaire plus récente relative à la protection internationale due à une demandeuse d'asile enceinte, la Cour a fait un contrôle sur la compatibilité de la pratique administrative et judiciaire que les États membres doivent avoir vis-à-vis de cette sorte de sujets.

Dans le cas d'espèce, deux personnes, une femme enceinte et un homme, ressortissants de la Syrie et l'Égypte, sont entrées sur le territoire de l'UE au moyen d'un visa valablement délivré par la Croatie, ont traversé les frontières munies de fausses pièces d'identité pour s'établir dans le centre d'accueil de la ville slovène de Ljubljana. Étant là-bas situées, elles ont demandé auprès du Ministère de l'Intérieur de la Slovénie une demande d'asile[2918] ; demande qui a dû tenir en compte que la demandeuse a donné naissance à son

[2913] Ibid., p. 6330, § 12.
[2914] Ibid., p. 6333, § 23.
[2915] Ibid., p. 6334, § 24.
[2916] Ibidem.
[2917] Ibid., p. 6336, point résolutif unique.
[2918] CJUE, *Affaire C.K et autres*, Arrêt C-578/16, 16 février 2017, § 29.

enfant et a commencé à présenter dépression post-partum ainsi que des tendances suicidaires périodiques[2919].

Le règlement Dublin III, régissant tout ce qui concerne les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, établit dans son article 12 § 2 que « si le demandeur est titulaire d'un visa en cours de validité, l'État membre qui l'a délivré est responsable de l'examen de la demande de protection internationale ». Pour sa part, l'article 17 dudit règlement, dispose à son § 1 que « chaque État membre peut décider d'examiner une demande de protection internationale qui lui est présentée par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le présent règlement »[2920].

Vu cette réglementation, et dans le but de vérifier la compatibilité des pratiques du droit interne avec le droit de l'UE, la Cour suprême slovène a décidé de poser une question préjudicielle devant la CJUE. Par le biais de cette question préjudicielle, la Cour suprême a voulu savoir si l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE)[2921] doit être interprété dans en ce sens que « dans des circonstances dans lesquelles le transfert d'un demandeur d'asile, présentant une affection mentale ou physique particulièrement grave, entraînerait le risque réel et avéré d'une détérioration significative et irrémédiable de l'état de santé de l'intéressé, ce transfert constituerait un traitement inhumain et dégradant, au sein de cet article »[2922].

En exerçant un contrôle de compatibilité sur l'interprétation du règlement Dublin III, la CJUE a précisé que l'article 4 de la CDFUE doit être entendu à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'article 3 de la CEDH. Ainsi, « la souffrance due à une maladie survenant naturellement, qu'elle soit physique ou mentale, peut relever de l'article 3 de la CEDH si elle se trouve ou risque de se trouver exacerbée par un traitement, que celui-ci résulte de conditions de détention, d'une expulsion ou d'autres mesures, dont les autorités peuvent être tenues pour responsables, et cela à condition que les souffrances en résultant atteignent le minimum de gravité requis par cet article »[2923].

« Le transfert d'un demandeur d'asile dont l'état de santé est particulièrement grave puisse, en lui-même, entraîner, pour l'intéressé, un risque réel de traitements inhumains ou dégradants, au sens de l'article 4 de la Charte »[2924]. Il y a lieu de considérer alors que « dans des circonstances dans lesquelles le transfert d'un demandeur d'asile, présentant une affection mentale ou physique particulièrement grave, entraînerait le risque réel et avéré d'une détérioration significative et irrémédiable de son état de santé, ce transfert constituerait un traitement inhumain et dégradant, au sens dudit article »[2925]. Par conséquent, il incombe aux autorités de l'État tant administratives que juridictionnelles, d'éliminer tout obstacle sérieux « concernant l'impact du transfert sur l'état de santé de l'intéressé, en prenant les précautions nécessaires pour que son transfert ait lieu dans des

[2919] Ibid., § 37.
[2920] Ibidem.
[2921] Selon l'article 4 de la CDFUE : « Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».
[2922] Ibid., § 55.
[2923] Ibid., § 68.
[2924] Ibid., § 73.
[2925] Ibid., § 74.

conditions permettant de sauvegarder de manière appropriée et suffisante l'état de santé de cette personne »[2926]. Cependant, dans l'hypothèse où « compte tenu de la particularité de la gravité de l'affectation du demandeur d'asile concerné, la prise desdites précautions ne suffirait pas à assurer que son transfert n'entraînera pas de risque réel d'une aggravation significative et irrémédiable de son état de santé, il incombe aux autorités de l'État membre concerné de suspendre l'exécution du transfert de l'intéressé, et ce aussi longtemps que son état ne le rend pas apte à un tel transfert »[2927].

Pour la CJUE, il est incompatible avec le droit de l'UE et le droit du Conseil de l'Europe, le transfert de tout demandeur d'asile à un autre État membre si ce transfert entraîne le risque d'aggraver significativement et irrémédiablement son état de santé. Dès lors, les États membres de l'UE sont obligés de suspendre le transfert tant que son état ne le rend pas apte au transfèrement.

Les cas qui viennent d'être décrits, démontrent que si bien à l'intérieur du SEDH il y a eu un développement tardif du contrôle de conventionnalité, au sein de la Cour de Luxembourg il y a eu depuis l'affaire *Simmenthal* un contrôle hâtif de compatibilité du droit et des pratiques internes avec le droit communautaire européen, et qui peut bien être dénommé contrôle de conventionnalité, dans la mesure où cette jurisprudence tient les mêmes propos du contrôle sur la conventionnalité du droit étatique exercé par la Cour IDH, à savoir ici, garder une harmonie normative entre le droit interne et le droit de l'UE.

Il manque pour l'instant, l'analyse sur le contrôle de conventionnalité dans le système de Nations Unies des droits de l'homme et dans le système régional africain, pour compléter l'étude sur cette sorte de mécanisme de protection des droits.

Section 3 : Les interrogations et les évolutions du contrôle de conventionnalité dans les systèmes onusien et africain des droits de l'homme

Les résultats obtenus des moteurs de recherche jurisprudentielle des sous-systèmes de protection des Nations Unies ainsi que du SADHP, génèrent des fortes interrogations sur les demandes de compatibilité des droits internes à l'égard des obligations conventionnelles acquises par les États dans ces scénarios internationaux, d'une part, par *l'ambivalence existante sur la compatibilité des normes étatiques dans le système de l'ONU (§ 1)*, et d'autre part, par *l'amorce tardive du contrôle de conventionnalité dans le système africain (§ 2)*.

§ 1 : L'ambivalence dans le système onusien

Dans le système onusien, il y a eu une spécialisation de la protection des droits de l'homme par le biais de sous-systèmes conventionnels de protection universelle « dont l'efficacité a longtemps procédé de la multiplication des conventions comme de leurs

[2926] Ibid., point résolutif No. 2.
[2927] Ibidem.

protocoles additionnels et de la création d'organes de surveillance »[2928]. Cependant, l'existence de ces organes de surveillance témoigne tant *l'ambiguïté quasi contentieuse des Comités de surveillance vis-à-vis de l'adéquation de l'ordre juridique interne (A)* que *la certitude du contrôle de conventionnalité dans la fonction interprétative des Comités de surveillance (B)*.

A. L'ambiguïté quasi contentieuse des Comités de surveillance vis-à-vis de l'adéquation de l'ordre juridique interne

Les Comités des droits de l'homme des Nations Unies, par le biais de leur compétence quasi contentieuse ont créé une jurisprudence à travers laquelle ils ont exercé un contrôle de conventionnalité entre le droit onusien et le droit interne des États parties. Dans cette entreprise, les Comités ont eu des ambiguïtés au moment d'encadrer les ordres juridiques internes aux obligations conventionnelles. D'après un traçage de la jurisprudence de tous les Comités de surveillance, à savoir, CCPR, CESCR, CEDAW, CAT, CRC, CMW, CRPD, CERD et CED, on découvre que dès l'année 2000, trois Comités ont effectué un contrôle de conventionnalité dans leurs communications, ayant à la tête le CCPR, avec 39 décisions, suivi par le CEDAW, avec 2 décisions, et le CRPD, avec 1 décision. Cependant, on s'aperçoit que dans l'exercice de ce contrôle les décisions de ces Comités n'ont pas été uniformes dans tous les cas, dénotant *une faiblesse du contrôle exercé par le CCPR (I)*, mais à la fois, *une forteresse de l'exercice de compatibilité des autres Comités, tels que le CEDAW et le CRPD (II)*.

I. Les faiblesses du contrôle de conventionnalité exercé par le CCPR

Il est bien connu que les Comités de surveillance ne sont pas de cours proprement dit, mais « il est généralement reconnu que leur travail de surveillance ressemble bien à celui que réalisent les cours de justice »[2929]. Ainsi par exemple l'a fait savoir le CCPR dans son observation générale No. 33, lorsqu'il a affirmé que « même si la fonction conférée au [CCPR] pour examiner des communications émanant de particuliers n'est pas en soi celle d'un organe judiciaire, les constatations qu'il adopte en vertu du Protocole facultatif présentent certaines caractéristiques principales d'une décision judiciaire »[2930] ; dans la mesure où « elles sont le résultat d'un examen qui se déroule dans un esprit judiciaire, marqué notamment par l'impartialité et l'indépendance des membres du Comité, l'interprétation réfléchie du libellé du Pacte et le caractère déterminant de ses décisions »[2931].

Dès lors que les Comités de surveillance connaissent d'une communication particulière, ils émettent une décision énonçant leurs « conclusions sur les violations alléguées par l'auteur de la communication et, quand [ils ont] conclu à une violation, [énoncent] une réparation »[2932]. C'est pourquoi les constatations faites par les Comités dans

---

[2928] Gaël ABLINE, *Les observations générales, une technique d'élargissement des droits de l'homme*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2008, No. 74, p. 449.
[2929] Viljam ENGSTRÖM, *Deference and the Human Rights Committee*, Nordic Journal of Human Rights, 2016, Vol. 32, No. 2, p. 78.
[2930] CCPR, *General comment No. 33 : Obligations of States parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, Ninety-fourth session, 2009, § 11.
[2931] Ibidem.
[2932] Ibid., § 12.

leur fonction quasi contentieuse « constituent une décision qui fait autorité », puisqu'elle a été émise par l'organe chargé d'interpréter l'instrument conventionnel[2933].

Jusqu'à septembre 2018, et selon l'information recueillie de la base de jurisprudence du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (OHCHR)[2934], le CCPR a été le Comité de surveillance ayant rendu les plus décisions en exerçant le contrôle de conventionnalité. Nonobstant, l'on constate dans les corps des communications qu'il n'y a pas eu une constance sur le type de contrôle appliqué car, bien que dans toutes les occasions le Comité a trouvé des incompatibilités normatives, il n'a pas ordonné dans tous les cas des adéquations du droit interne au PIDCP. En effet, de 39 décisions émises par le CCPR où il a évidemment identifié des incompatibilités normatives, seulement dans 12 de celles-ci, le contrôle de conventionnalité a été fort et clair, parce qu'il a été demandé une adéquation concrète du droit interne aux obligations conventionnelles étatiques. Tandis que dans les autres 27 décisions, le Comité a exercé un contrôle souple et ambigu, puisqu'il s'est limité à dicter des phrases lacunaires sur l'obligation générale étatique de garantir les droits sans déterminer concrètement comment l'État doit s'acquitter de ses obligations.

La première fois dans laquelle, selon le traçage jurisprudentiel fait, le CCPR a exercé un contrôle de conventionnalité, a été celle de la communication No. 701/1996, où le sujet central de la décision était la méconnaissance du droit à un recours utile du requérant. À cette occasion, M. Gómez Vázquez, condamné à 12 ans de prison en Espagne pour tentative d'assassinat[2935], alléguait « qu'il n'a pas eu droit à un recours utile contre la condamnation et la sentence »[2936]. À son avis, avec la législation espagnole, « la Cour de cassation n'a aucune possibilité de réévaluer les éléments de preuve car toutes les conclusions sur les faits de la cause auxquelles parvient un tribunal inférieur sont sans appel »[2937]. Après l'étude du cas, pour le Comité « l'impossibilité d'une révision intégrale [de la part de la Cour de cassation], – […] où il apparaît que cette révision concerne uniquement les aspects formels ou juridiques–, n'est pas conforme aux garanties exigées au paragraphe 5 de l'article 14 du Pacte »[2938]. Par conséquent, « l'auteur s'est vu dénier le droit à une révision de la déclaration de culpabilité et de la condamnation prononcées à son encontre en violation des dispositions du paragraphe 5 de l'article 14 du Pacte »[2939].

Cependant, et malgré l'incompatibilité signalée des normes du Code de procédure pénale espagnol (CPPE) à l'égard des normes du PIDCP, le CCPR s'est limité à dire dans le fond qu' « il y a bien eu, en ce qui concerne M. Cesario Gómez Vázquez, violation du paragraphe 5 de l'article 14 du Pacte »; à déterminer qu' « en vertu de l'alinéa a) du paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte, l'auteur a droit à un recours utile » ; à manifester que « l'État partie est tenu de prendre les dispositions qui s'imposent pour que ne se produisent plus à l'avenir pareilles violations » [2940] ; et à prescrire que, lorsque l'État partie a reconnu que le Comité avait compétence pour déterminer s'il y avait eu ou non violation du Pacte, « l'État partie a reconnu que le Comité avait compétence pour déterminer s'il y avait eu ou non violation du Pacte et

---

[2933] Ibid., § 13.
[2934] OHCHR, *Jurisprudence Database*, 2018, Disponible [En ligne] : http://juris.ohchr.org/search/results (29 septembre 2018).
[2935] CCPR, *Communication No. 701/1996, Gómez Vázquez Vs. Espagne*, 16 août 2000, § 2.1.
[2936] Ibid., § 3.1.
[2937] Ibidem.
[2938] Ibid., § 11.1.
[2939] Ibidem.
[2940] Ibid., § 13.

que conformément à l'article 2 du Pacte, il s'est engagé à garantir à tous les individus se trouvant sur son territoire ou soumis à sa juridiction les droits reconnus dans le Pacte et à assurer un recours utile et exécutoire lorsqu'une violation a été établie, le Comité souhaite recevoir de l'État partie, dans un délai de 90 jours, des renseignements sur les mesures prises pour donner effet à ses constatations »[2941].

Dans cette communication, il est évident que le CCPR a réalisé un contrôle de conventionnalité souple, voire fragile, signalant l'incompatibilité normative mais sans demander l'adéquation du droit interne au Pacte, permettant qu'à l'avenir puissent avoir lieu des violations du Pacte par les mêmes circonstances.

La deuxième fois dans laquelle le CCPR a exercé contrôle de conventionnalité a été dans la communication No. 747/1997, par rapport à la restitution d'un bien confisqué durant la seconde guerre mondiale dans ce qu'aujourd'hui est la République tchèque[2942]. Selon la teneur de la plainte, l'auteur, décédé avant la décision, et son épouse font valoir que l'acte de restitution de leur propriété « a été annulé par des motifs politiques et économiques et que l'amendement apporté à la législation visait à lui ôter toute possibilité d'obtenir réparation pour la confiscation de ses biens »[2943]. D'après les requérants, le fait de « subordonner la restitution des biens à la possession ininterrompue de la nationalité du pays considéré constitue une violation de l'article 26 du Pacte »[2944]. Le CCPR dans sa décision, a effectivement relevé que « dans la loi No. 243/1992 la nationalité figurait déjà parmi les conditions à réunir pour obtenir la restitution des biens et que la loi portant modification –la loi No. 30/1996– a ajouté avec effet rétroactif une condition plus rigoureuse en exigeant la possession ininterrompue de la nationalité »[2945]. Grâce à l'examen de conventionnalité, il est clair pour le Comité que « la nouvelle loi a pour effet d'empêcher l'auteur et toute autre personne dans la même situation de récupérer leurs biens alors qu'ils auraient autrement rempli les conditions pour prétendre à la restitution »[2946]. Cette incompatibilité normative constitutive d' « un élément d'arbitraire qui entraîne une atteinte au droit à l'égalité devant la loi, à l'égale protection de la loi et à la non-discrimination, consacré à l'article 26 du Pacte »[2947]. Ici, et par première fois, la CCPR décide d'exercer un contrôle fort et clair de conventionnalité, lui demandant à l'État de « revoir sa législation et ses pratiques administratives afin de s'assurer que toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi »[2948].

L'esprit du contrôle de conventionnalité continuera dans une autre décision du CCPR. Il s'agit, en effet, de la communication No. 774/1997 relative aussi à la confiscation des biens durant la seconde guerre mondiale, et par laquelle a été examinée la violation de l'article 26 du Pacte ainsi que la compatibilité du droit tchèque[2949]. Dans le cas d'espèce, l'auteur de la requête a fait valoir que, dans le processus de restitution entreprise pour récupérer la maison de son père, confisquée par les nazis par le fait que ses propriétaires étaient juifs, la loi No.

[2941] Ibid., § 14.
[2942] CCPR, *Communication No. 747/1997, Des Fours Walderode Vs. République tchèque*, 2 novembre 2001, § 2.2.
[2943] Ibid., § 3.1.
[2944] Ibid., § 3.2.
[2945] Ibid., § 8.3.
[2946] Ibidem.
[2947] Ibidem.
[2948] Ibid., § 9.2.
[2949] CCPR, *Communication No. 774/1997, Brok Vs. République tchèque*, 15 janvier 2002, § 3.2.

87/1991, modifiée par la loi No. 116/1994, qui prévoit la restitution des biens aux victimes d'une confiscation illégale effectue pour des motifs politiques[2950], « n'est pas appliquée de la même manière à tous les nationaux tchèques »[2951]. D'après la requête, « Robert Brok réunissait toutes les conditions pour bénéficier de la restitution qui étaient énoncées dans cette loi mais que les tribunaux tchèques n'ont pas voulu les appliquer dans son cas, en violation du paragraphe 1 de l'article 14 et de l'article 26 du Pacte »[2952]. De l'avis du Comité, les lois mentionnées ont donné lieu à une demande de restitution de bien du requérant, qui a été rejetée au motif que son immeuble a fait partie de la nationalisation des biens de la société Matador, qui les avait achetés en 1942 à l'époque de l'occupation allemande, raison pour laquelle cette propriété « n'entre pas dans le champ d'application des lois de 1991 et 1994 »[2953]. Pour le Comité, dans ce cas, il y a eu un traitement discriminatoire de l'auteur, par rapport à celui « qui a été réservé aux particuliers dont les biens ont été confisqués par les autorités nazies mais n'ont pas été nationalisés immédiatement après la guerre et qui ont pu par conséquent bénéficier des lois de 1991 et 1994 », ayant comme résultat, que l'auteur ait été « privé de son droit à l'égale protection de la loi, en violation de l'article 26 du Pacte »[2954].

À la fin de son contrôle de conventionnalité, le Comité a décidé que « l'État partie devrait réviser la législation et la pratique administrative en vigueur dans ce domaine de façon à garantir que ni les textes ni la manière dont ils sont appliqués n'aient un caractère discriminatoire qui contreviendrait à l'article 26 du Pacte »[2955]. Le Comité dans le dispositif de sa décision, a énoncé que d'accord à l'article 2 du Pacte, l'État « s'est engagé à garantir à tous les individus se trouvant sur son territoire et relevant de sa juridiction les droits reconnus dans le Pacte et à assurer un recours utile et exécutoire lorsqu'une violation a été établie »[2956]. Pour ce motif, « le Comité souhaite recevoir de l'État partie, dans un délai de 90 jours, des renseignements sur les mesures prises pour donner effet à ses constatations »[2957].

Après ces trois premières décisions, on pourrait croire que le CCPR garderait une posture constante d'un contrôle fort et clair, mais rien ne serait plus loin de la réalité. Le Comité chargé de la surveillance du PIDCP a montré une incertitude au moment de corriger les incompatibilités du droit étatique ; incertitude que dans la pratique peut être prise comme faiblesse à l'égard de l'insécurité juridique que génère le fait que face des cas analogues d'incompatibilités des normes le Comité prenne de décisions différentes.

En plus des deux décisions décrites ci-dessus où le CCPR a exercé un contrôle de conventionnalité fort et clair[2958], il y a eu 10 autres décisions dans lesquelles il a ordonné l'harmonisation du droit interne. La communication No. 941/2001, relative à la violation de l'article 26 du Pacte, ordonnant à l'Australie le réexamen de la « demande de pension [du requérant] sans discrimination sur le sexe ou l'orientation sexuelle moyennant, au besoin, une réforme de la loi »[2959] ; la communication No. 1033/2001, concernant à la méconnaissance du droit au procès équitable reconnue à l'article 14 du Pacte, jugeant que l'État de Sri Lanka, en

---

[2950] Ibid., § 2.1.
[2951] Ibid., § 3.2.
[2952] Ibidem.
[2953] Ibid., § 7.4.
[2954] Ibidem.
[2955] Ibid., § 9.
[2956] Ibid., § 10.
[2957] Ibidem.
[2958] CCPR, *Communication No. 747/1997, Des Fours Walderode Vs. République tchèque*, Op. Cit., § 9.2 ; et *Communication No. 774/1997, Brok Vs. République tchèque*, Op. Cit., § 9.
[2959] CCPR, *Communication No. 941/2001, Young Vs. Australie*, 18 septembre 2003, § 12.

plus « de veiller à ce que des violations analogues ne se reproduisent pas à l'avenir »[2960], devrait faire « en sorte que les dispositions contestées de la loi sur la prévention du terrorisme soient rendues conformes à celles du Pacte »[2961]. Pareil a été fait dans la communication No. 1306/2004, par rapport au traitement discriminatoire devant la loi d'un groupe de pêcheurs que « la loi oblige à verser de l'argent […] pour acquérir les quotas nécessaires à l'exploitation commerciale de certaines espèces et à avoir accès aux bancs de poisson qui sont le patrimoine commun de la nation islandaise »[2962], tandis qu'à d'autres pêcheurs ces exigences ne sont pas faites[2963]. Pour le CCPR, le traitement différencié entre pécheurs « ne repose pas sur des « critères raisonnables »[2964], ainsi que dans le *decisum*, il a dit que « l'État partie à l'obligation d'offrir aux auteurs un recours utile, sous la forme d'une indemnisation appropriée et de la révision de son régime de gestion des pêcheries »[2965].

Dans une autre communication, la No. 1478/2006, versant sur le refus des autorités ouzbèkes d'enregistrer l'association « Démocratie et Droits » par des motifs prévus dans la loi, comme celui de « se livrer à des activités relatives aux droits de l'homme qui relèvent de la compétence d'un organe officiel »[2966], a entraîné une violation du droit que l'auteur tient pour s'associer (§ 1 de l'article 22), et d'exprimer librement ses opinions (§ 2 de l'article 19 du Pacte)[2967]. Pour cette raison, « l'État partie devrait réexaminer la demande d'enregistrement de l'auteur à la lumière de l'article 19 et de l'article 22 du Pacte et veiller à ce que les lois et pratiques régissant l'enregistrement et les restrictions imposées soient compatibles avec le Pacte »[2968]. De même a été fait, dans la communication No. 1621/2007, relative à la violation de l'article 17 du Pacte par une immixtion arbitraire dans la vie privée du requérant, lui modifiant l'État partie, au nom de l'article 19 de la loi sur la langue, unilatéralement son nom sur les documents officiels[2969]. D'après le Comité, tel acte « n'est pas raisonnable, et a donc constitué une immixtion arbitraire dans sa vie privée en violation de l'article 17 du Pacte »[2970]. Le Comité a ordonné, en vertu de l'article 2 du Pacte, que « l'État partie est tenu d'assurer à M. Raihman un recours utile et prendre les mesures nécessaires, y compris en amendant la législation pertinente, en vue d'éviter que des violations analogues ne se reproduisent à l'avenir »[2971].

D'ailleurs, dans la communication No. 1863/2009, cette fois à l'égard de la détention illégale et les actes de torture vécus par l'auteur aux mains des soldats de l'Armée royale népalaise, en application des normes du décret de 2004 relatif aux activités terroristes et destructrices (prévention et répression)[2972], le CCPR a constaté que les faits dont il est saisi font apparaître, à l'égard de l'auteur, une violation des articles 7 et 9 et du § 1 de l'article 10 du Pacte, c'est-à-dire, interdiction de la torture, violation à la liberté personnelle et violation de la dignité inhérente à la personne humaine en tant que détenu, ainsi qu'au droit à un

---

[2960] CCPR, *Communication No. 1033/2001, Singarasa Vs. Sri Lanka*, 23 août 2004, § 7.6.
[2961] Ibidem.
[2962] CCPR, *Communication No. 1306/2004, Haraldsson et Sveinsson Vs. Islande*, 14 décembre 2007, § 10.2.
[2963] Ibid., § 10.3.
[2964] Ibid., § 10.4.
[2965] Ibid., § 12.
[2966] CCPR, *Communication No. 1478/2006, Kungurov Vs. Ouzbékistan*, 15 septembre 2011, § 8.3.
[2967] Ibid., § 8.9.
[2968] Ibid., § 10.
[2969] CCPR, *Communication No. 1621/2007, Raihman Vs. Lettonie*, 30 novembre 2010, § 8.2.
[2970] Ibid., § 8.3.
[2971] Ibid., § 10.
[2972] CCPR, *Communication No. 1863/2009, Maharjan Vs. Népal*, 12 septembre 2012, § 8.2.

recours utile[2973]. Dans ce cas, le Comité en plus de déclarer que « l'État partie est tenu d'assurer à l'auteur et à sa famille un recours utile »[2974], a ordonné que l'État doit « [modifier] sa législation de façon à la rendre conforme au Pacte, fixant deux aspects concrets à cet égard, « [modifier et allouer] le délai de trente-cinq jours à compter des faits de torture ou de la date de la libération fixé pour déposer une plainte en vertu de la loi sur l'indemnisation en cas de torture », et « [promulguer un texte législatif qui définisse et incrimine la torture en abrogeant toutes les lois qui accordent l'immunité aux responsables des actes de torture et de disparition forcée »[2975].

La décision prise à la communication No. 1876/2009 a été aussi l'objet d'un exercice de contrôle de conventionnalité fort et clair. Il s'agit de la violation à la liberté de culte du requérant portée par l'exigence du droit français de présenter une photographie d'identité « tête nue » pour avoir la carte de résidence[2976]. Le CCPR a considéré que « la réglementation exigeant d'apparaître « tête nue » sur les photographies d'identité de la carte de résident[2977] est une restriction portant atteinte à la liberté de religion de l'auteur et constitue en l'espèce une violation de l'article 18 du Pacte »[2978]. Le Comité a décidé que l'État partie en plus d'être « tenu de fournir à l'auteur un recours utile, incluant un réexamen de sa demande de renouvellement de sa carte de résident », doit faire « la révision du cadre normatif pertinent et son application dans la pratique en prenant compte de ses obligations en vertu du Pacte »[2979].

Dans la communication No. 1932/2010, par rapport à la violation du droit à la liberté d'expression et à l'égalité devant la loi du requérant, lequel a été l'objet d'une amende pour « propagande en faveur de l'homosexualité auprès de mineurs » en application de la loi de la Région de Riazan en Russie[2980] ; le CCPR a conclu, d'après son examen de conventionnalité, que la Russie « est tenue d'assurer à l'auteur un recours utile, sous la forme notamment du remboursement de la valeur de l'amende au moment des faits, en des frais de justice encourus par l'auteur, ainsi que d'une indemnisation »[2981]. Le CCPR a également exprimé que l'État partie est tenu de veiller à ce que des « violations analogues ne se reproduisent pas à l'avenir et devrait faire en sorte que les dispositions en cause de la législation interne soient modifiées de façon à être compatibles avec les articles 19 et 26 du Pacte »[2982].

Pour sa part, le CCPR, dans la communication No. 1968/2003, référant à l'application d' « une peine de réclusion à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle pour des crimes commis alors que les auteurs étaient mineurs »[2983], en exerçant un clair contrôle sur la compatibilité du droit australien, a considéré que « « le régime approprié à leur âge et leur statut légal » auquel les mineurs délinquants doivent être soumis interdisent de décider de façon définitive que les actions d'un mineur font qu'il est incapable de resocialisation et ne mérite pas d'être libéré, sans tenir compte de toute possibilité future de développement

---

2973 Ibid., § 8.9
2974 Ibid., § 9.
2975 Ibidem.
2976 CCPR, *Communication No. 1876/2009, Singh Vs. France*, 27 septembre 2011, §§ 3.1 – 3.3.
2977 Il s'agit de l'article 11-1 du décret nº 46-1574 du 30 juin 1946 (tel que modifié en 1994) réglementant les conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers.
2978 CCPR, *Communication No. 1876/2009, Singh Vs. France*, Op. Cit., § 8.4.
2979 Ibid., § 10.
2980 CCPR, *Communication No. 1932/2010, Fedotova Vs. Russie*, 30 novembre 2012, §§ 10.6 et 10.7.
2981 Ibid., § 12.
2982 Ibidem.
2983 CCPR, *Communication No. 1968/2010, Blessington et Elliot Vs. Australie*, 17 novembre 2014, § 3.2.

personnel et social, pendant toute sa vie »[2984]. Pour le Comité, « la peine de réclusion à vie, telle qu'elle s'applique actuellement aux auteurs, ne satisfait pas aux obligations souscrites par l'État partie en vertu de l'article 7 du Pacte, lu conjointement avec le paragraphe 3 de l'article 10 et l'article 24 »[2985]. Pour cela, au regard du Comité, l'État « devrait revoir sans tarder sa législation en vue de la rendre compatible avec les prescriptions de l'article 7 du Pacte, lu conjointement avec le paragraphe 3 de l'article 10 et l'article 24, et autoriser les auteurs à bénéficier de la législation modifiée »[2986].

Dans une autre communication, la 1995/2010 aussi contre l'Australie, et concernant la « possibilité matérielle que des agents de l'État partie aient privé une personne de sa vie arbitrairement ou illégalement, et où l'État partie a omis d'enquêter efficacement sur le décès en question »[2987], même si le CCPR a déclaré irrecevable la requête[2988], –et par ce motif il n'a pas étudié la compatibilité du droit et des pratiques administratives et judiciaires australiens avec le Pacte–, l'analyse de la décision s'avère importante. D'après le Comité, lorsqu'il examine des « communications émanant de particuliers, [il peut] examiner des griefs relatifs au manque d'indépendance des institutions et des procédures dans le contexte d'une enquête pénale et constater que des lois ou des pratiques sont incompatibles avec les droits protégés par le Pacte »[2989] car, « le but de la procédure est de déterminer si, dans les circonstances concrètes de l'affaire à l'examen, ce type d'irrégularité constitue une violation des droits de la victime présumée »[2990].

Par rapport aux 27 communications où le CCPR a trouvé des incompatibilités normatives et a exercé un contrôle souple de conventionnalité, une pratique différenciée a été développée par ce Comité. Dans 21 de ces communications le Comité a déterminé, que l' « État partie est tenu de veiller à ce que des violations analogues ne se reproduisent pas à l'avenir »[2991], ou que l'État partie est « tenu d'assurer que de telles violations ne se reproduisent pas »[2992], sans définir la manière à travers laquelle les États peuvent accomplir une telle obligation. Tandis que dans les autres 6 communications, le Comité s'est limité à émettre une phrase lacunaire, rappelant que l'État partie « s'est engagé à garantir à tous les

---

[2984] Ibid., § 7.11.
[2985] Ibid., § 7.12.
[2986] Ibid., § 9.
[2987] CCPR, *Communication No. 1995/2010, Hickey Vs. Australie*, 20 octobre 2014, § 3.2.
[2988] Ibid., § 9. a).
[2989] Ibid., § 8.4.
[2990] Ibidem.
[2991] CCPR, *Communication No. 779/1997, Äärelä et Näkkäläjärvi Vs. Finlande*, 7 novembre 200, § 8.2 ; *Communication No. 781/1997, Aliev Vs. Ukraine*, 18 septembre 2003, § 9 ; *Communication No. 976/2001, Bakker Vs. Pays-Bas*, 15 juin 2004, § 9 ; *Communication No. 986/2001, Semey Vs. Espagne*, 19 septembre 2003, § 9.2 ; *Communication No. 1007/2001, Sineiro Fernández Vs. Espagne*, 19 septembre 2003, § 9 ; *Communication No. 1009/2001, Shchetko Vs. Belarus*, 8 août 2006, § 9 ; *Communication No. 1036/2001, Faure Vs. Australie*, 23 novembre 2005, § 9 ; *Communication No. 1090/2002, Wairiki Rameka Vs. Nouvelle-Zélande*, 15 décembre 2003, § 9 ; *Communication No. 1249/2004, Joseph et autres Vs. Sri Lanka*, 18 novembre 2005, § 9 ; *Communication No. 1406/2005, Weerawansa Vs. Sri Lanka*, 14 mai 2009, § 9 ; *Communication No. 1412/2000, Butovenko Vs. Ukraine*, 24 août 2011, § 9 ; *Communication No. 1454/2006, Lederbauer Vs. Autriche*, 11 septembre 2007, § 10 ; *Communication No. 1466/2006, Lumanog et Santos Vs. Philippines*, 21 avril 2008, § 10 ; *Communication No. 1556/2007, Novaković Vs. Serbie*, 3 novembre 2010, § 9 ; *Communication No. 1558/2007, Katsaris Vs. Grèce*, 30 août 2012, § 11 ; *Communication No. 1620/2007, Owen Vs. France*, 27 avril 2011, § 11 ; *Communication No. 1791/2008, Boudjemai Vs. Algérie*, 5 juillet 2013, § 10 ; *Communication No. 1972/2010, Djahangir oglu Quliyev Vs. Azerbaïdjan*, 19 novembre 2014, § 11 ; et *Communication No. 2155/2012, Paksas Vs. Lituanie*, 29 avril 2014, § 10.
[2992] CCPR, *Communication No. 701/1996, Gómez Vázquez Vs. Espagne*, Op. Cit., § 13 ; et *Communication No. 1368/2005, E.B. Vs. Nouvelle-Zélande*, 21 juin 2007, § 11.

individus se trouvant sur son territoire et relevant de sa juridiction les droits reconnus dans le Pacte et à assurer un recours utile et exécutoire lorsqu'une violation a été établie »[2993].

Dans tous ces cas, on note que le CCPR, si bien a constaté des incompatibilités du droit étatique à l'égard du PIDCP, il a gardé silence sur cet aspect, permettant qu'à l'avenir des nouvelles violations des droits puissent avoir lieu. Une telle action montre une faiblesse dans la jurisprudence du Comité qui se traduit en insécurité juridique pour ouvrir la porte à la méconnaissance continue du PIDCP. Cependant, la faiblesse de la jurisprudence du CCPR va être atténuée par la forteresse jurisprudentielle des autres Comités de surveillance des Nations Unies qui ont préféré exercer un contrôle fort de conventionnalité.

II. Les forteresses de l'exercice du contrôle de compatibilité par d'autres Comités

Le CEDAW et le CRPD ont été les deux autres Comités ayant exercé dans l'exercice de leur fonction quasi contentieuse un contrôle de conventionnalité, mais à la différence du CCPR qui a fait des allers-retours dans la force de son contrôle, ils ont maintenu un contrôle fort et clair ordonnant la modification du droit interne ou des pratiques administratives et judiciaires incompatibles.

Le CEDAW l'a fait deux fois, selon le traçage jurisprudentiel réalisé, d'abord dans la communication No. 28/2010, relative au licenciement d'une femme pour des raisons fondées sur le sexe, qui travaillait en tant que maquilleuse dans un salon de coiffure à la ville de Kocaeli – Turquie ; ensuite, dans la communication No. 31/2011, où le sujet central d'étude était le viol d'une fille handicapée en Bulgarie, et les incompatibilités normatives vis-à-vis de l'indemnisation et de la protection effective des victimes de violence sexuelle.

Dans la première communication, selon la requête, l'auteur prétend être victime d'une violation de l'alinéa *a* et *c* de l'article 2 de la Convention[2994], pour avoir été licencié de son poste de travail « en raison d'une discrimination fondée sur le sexe »[2995], circonstance pour laquelle elle a décidé d'entreprendre une action judiciaire devant le tribunal du travail No. 3 de Kocaeli. La requérante affirme que la discrimination fondée sur le sexe repose sur le fait que « sa relation à caractère apparemment sexuel avec des personnes du sexe opposé sur le lieu de travail a été invoquée en tant que moyen de défense par l'employeur […] au cours de la procédure »[2996] ; également, sur le fait « qu'un collègue de sexe masculin avec lequel elle aurait eu une relation a continué de travailler au salon de coiffure, alors que son propre contrat était résilié »[2997] ; et que de « supposées relations extraconjugales des collègues de sexe masculin étaient tolérées par l'employeur et jamais envisagées sous l'angle de la moralité »[2998].

[2993] CCPR, *Communication No. 798/1998, Reece Vs. Jamaïque*, 21 juillet 2003, § 10 ; *Communication No. 846/1999, Jansen-Gielen*, 14 mai 2001, § 11 ; *Communication No. 1069/2002, Bakhtiyari Vs. Australie*, 6 novembre 2003, § 12 ; *Communication No. 1126/2002, Carranza Alegre Vs. Pérou*, 17 novembre 2005, § 10 ; *Communication No. 1324/2004, Shafiq Vs. Australie*, 13 novembre 2006, § 10 ; et *Communications Nos. 1627/2007, 1757/2008 et 1765/2008, Canessa Albareda et autres Vs. Uruguay*, 28 novembre 2011, § 12.
[2994] CEDAW, *Communication No. 028/2010, R.K.B. Vs. Turquie*, 13 avril 2012, § 3.1.
[2995] Ibid., § 2.8.
[2996] Ibid., § 7.6.
[2997] Ibidem.
[2998] Ibidem.

Le CEDAW a considéré dans le cas d'espèce, que « bien que le tribunal [du travail] ait conclu à un licenciement abusif et ait accordé le versement d'indemnités de licenciement, il n'a pas tenu compte comme il le fallait du grief de discrimination fondée sur le sexe »[2999]. Le Comité a estimé que la Turquie « n'a pas respecté ses obligations au titre des alinéas *a* et *c* de l'article 2, lus conjointement avec l'article premier de la Convention »[3000]. Dans le *dispositif* de sa communication, le CEDAW a exercé un contrôle de conventionnalité, cette fois sur la pratique judiciaire des tribunaux turques, demandant à la Turquie de prendre des mesures pour veiller à ce que « l'article 5 de la loi relative au travail et la Convention soient appliqués concrètement par les tribunaux nationaux pertinents et d'autres institutions publiques afin de garantir la protection effective des femmes contre tout acte de discrimination fondée sur le sexe »[3001].

Pour sa part, la deuxième communication du CEDAW, avait pour but de déterminer si la Bulgarie a « fait preuve de la diligence voulue pour protéger efficacement la fille de la requérante contre l'agression sexuelle qu'elle avait subie et ses conséquences[3002], surtout en vérifiant si l'État a adopté les lois et les mesures appropriées qui garantissent le droit de la fille violé « d'être protégée contre le risque d'être de nouveau agressée par l'auteur des violences, qui vit toujours dans l'immeuble voisin de leur domicile »[3003].

Dans son examen, le Comité a trouvé qu'à l'époque où la fille de la requérante a subi l'agression sexuelle, l'année 2004, l'agresseur a été poursuivi pour le délit d'attentat à la pudeur, prévu à l'article 149 du Code pénal, et non par le crime de viol ou tentative de viol consacré à l'article 152 du la loi pénale, c'est qu'aux yeux du Comité, révèle que l'État partie n'a pas respecté l'obligation positive qui lui incombe, en vertu de l'article 2 b) de la Convention, « d'adopter des mesures pénales appropriées pour réprimer efficacement le viol et la violence sexuelle et d'appliquer ces mesures dans la pratique par une enquête efficace et des poursuites contre l'agresseur »[3004]. Le Comité a constaté aussi, que la Bulgarie « n'a pas non plus pris de dispositions législatives qui auraient pu apporter un appui et une protection à la victime, ce qui constitue une violation des alinéas *a*, *f* et *g* de l'article 2 de la Convention »[3005].

L'examen de la requête a révélé que si bien en 2006, l'article 149 du Code pénal bulgare a bien été modifié, « la peine infligée pour les infractions décrites à l'article 149 reste inférieure à celle qui est appliquée en cas de viol ou de tentative de viol, et que les crimes sexuels sont toujours poursuivis comme actes de « débauche » »[3006]. L'examen du cas a établi aussi qu'en vertu de l'article 158 du Code pénal, les infractions qualifiées aux articles 149 à 151 et 153, toutes relatives à la violence sexuelle, « ne sont pas punies ou que la peine imposée ne doit pas être accomplie si, avant l'exécution de la condamnation, l'homme épouse la femme »[3007].

[2999] Ibid., § 8.5.
[3000] Ibid., § 8.6.
[3001] Ibid., § 8.10, b) i).
[3002] CEDAW, *Communication No. 031/2011, S.V.P. Vs. Bulgarie*, 27 novembre 2012, § 3.2.
[3003] Ibidem.
[3004] Ibid., § 9.5.
[3005] Ibidem.
[3006] Ibid., § 9.6.
[3007] Ibidem.

Pour le CEDAW, « ces dispositions ne sont pas conformes à la Convention », ce qui l'a fait considérer dans le *dispositif* de la communication, que l'État partie doit « abroger l'article 158 du Code pénal et veiller à ce que tous les actes de violence sexuelle commis contre des femmes et des filles, spécialement le viol, soient définis conformément aux normes internationales en la matière »[3008] ; « modifier la loi de 2006 relative à l'aide juridictionnelle afin que cette aide s'applique aussi à l'exécution de la décision accordant une indemnité aux victimes de violence sexuelle »[3009] ; « mettre en place un mécanisme approprié visant à ce qu'une indemnisation pour préjudice moral soit fournie aux victimes de violence fondée sur le sexe, notamment en modifiant la loi destinée à appuyer et à indemniser les victimes »[3010] ; et « modifier la législation pénale afin de garantir la protection effective des victimes de violence sexuelle contre un traumatisme supplémentaire lorsque les agresseurs sont remis en liberté, notamment au moyen d'une ordonnance de protection et/ou d'éloignement délivré contre l'agresseur »[3011].

Le CRPD, quant à lui, a exercé un contrôle de conventionnalité et demandé l'adéquation de l'ordre juridique interne dans sa jurisprudence qu'une seule fois, mais de la manière la plus forte possible, demandant l'abrogation des normes de la loi fondamentale. Il s'agit de la communication No. 004/2011 à l'encontre de la Hongrie, et concernant la méconnaissance du droit à la participation à la vie politique et à la vie publique (article 29), et à la personnalité juridique (article 12), reconnus par la Convention relative aux droits des personnes handicapées[3012].

Les requérants, 6 personnes handicapées, ont été placés sous tutelle, et en application du § 5 de l'article 70 de la Constitution, ont été privés « automatiquement et sans distinction de leur droit de vote indépendamment de la nature de leur handicap, de leurs aptitudes propres ou de la mesure dans laquelle ils étaient frappés d'incapacité », ce qui les a empêchés de voter lors des élections législatives de 2010[3013]. Dans l'étude du cas, il a été trouvé qu'au cours de la requête la Hongrie a adopté une loi fondamentale par laquelle a abrogé le § 5 de l'article 70 de la Constitution, et a adopté le § 2 de l'article 26 des Dispositions transitoires à la loi fondamentale, prévoyant « une évaluation individuelle du droit de vote des intéressés, tenant compte de leur capacité juridique »[3014]. Cependant, pour le Comité « l'article 29 ne prévoit aucune restriction raisonnable et n'autorise d'exception pour aucune catégorie de personnes handicapées »[3015], ainsi qu' « un retrait du droit de vote au motif d'un handicap psychosocial ou intellectuel réel ou perçu, y compris une restriction fondée sur une évaluation individualisée, constitue une discrimination fondée sur le handicap, au sens de l'article 2 de la Convention »[3016].

Le Comité dans son examen de compatibilité conclu que « le paragraphe 6 de l'article XXIII de la Loi fondamentale, qui permet aux tribunaux de priver les personnes qui présentent un handicap intellectuel du droit de voter et d'être élu », est ouvertement « contraire aux dispositions de l'article 29 de la Convention, toute comme le paragraphe 2 de l'article 26 des

---

[3008] Ibid., § 10, 2), a).
[3009] Ibid., § 10, 2), b).
[3010] Ibid., § 10, 2), c).
[3011] Ibid., § 10, 2), d).
[3012] CRPD, *Communication No. 004/2011, Bujdosó et autres Vs. Bulgarie*, 16 octobre 2013, § 3.1.
[3013] Ibidem.
[3014] Ibid., § 9.2.
[3015] Ibid., § 9.4.
[3016] Ibidem.

Dispositions transitoires »[3017]. Pour le Comité, l'État est tenu de prendre des mesures pour empêcher que des violations analogues ne se reproduisent à l'avenir, notamment, « d'abroger le paragraphe 6 de l'article XXIII de la Loi fondamentale ainsi que le paragraphe 2 de l'article 26 des Dispositions transitoires relatives à la Loi fondamentale, ces dispositions législatives étant contraires aux articles 12 et 29 de la Convention »[3018] ; et « d'adopter des lois qui reconnaissent, sans aucune « évaluation de l'aptitude », le droit de vote à toutes les personnes handicapées, y compris celles qui ont davantage besoin d'aide, et qui les fassent bénéficier d'une assistance appropriée et d'aménagements raisonnables afin que les personnes handicapées puissent exercer leurs droits politiques »[3019].

Jusqu'ici, il est clair que le CEDAW et le CRPD, à différence du CCPR, dans leur fonction quasi contentieuse ont exercé toujours un contrôle de conventionnalité forte et clair, afin d'encadrer le droit étatique aux obligations conventionnelles qu'ils ont acquises. Il est important, maintenant, d'examiner le contrôle de conventionnalité que les Comités réalisent avec leur fonction interprétative.

B. La certitude du contrôle de conventionnalité dans la fonction interprétative des Comités de surveillance

Les Comités de surveillance des Nations Unies ont visualisé dans leur fonction interprétative un mécanisme adéquat pour contrôler la conformité des normes internes et les comportements des autorités étatiques aux obligations conventionnelles des sous-systèmes de protection des droits de l'homme. Nonobstant, « tous les Comités ne poursuivent pas à l'identique leur mission de surveillance de la mise en œuvre des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme »[3020]. Quelques-uns ont opté pour *un contrôle de conventionnalité plus contraignant par le biais des observations générales (I)*, tandis que d'autres ont préféré *un contrôle de conventionnalité plus constructif à travers les recommandations générales (II)*.

I. Le contrôle de conventionnalité contraignant par le biais des observations générales

D'après Abline, une observation générale « general comment », s'entend comme « un acte par lequel certains organes conventionnels procèdent à l'interprétation du traité (et de protocoles éventuels) dont ils ont la charge de suivre l'application »[3021]. Ainsi, « toute observation générale revêt la forme d'une interprétation autorisée sinon authentique des dispositions des traités »[3022] à travers laquelle se crée une *res interpretata* d'effets *erga omnes*, où « les Comités y explicitent, à l'adresse de l'ensemble des États, non seulement le contenu précis des droits, mais déterminent aussi leurs prolongements ou leurs limites »[3023].

[3017] Ibid., § 9.5.
[3018] Ibid., § 10, b), i).
[3019] Ibid., § 10, b), ii).
[3020] Gaël ABLINE, *Les observations générales, une technique d'élargissement des droits de l'homme*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, Op. Cit., p. 451.
[3021] Ibid., p. 449.
[3022] Ibid., p. 450.
[3023] Ibidem.

Selon l'information obtenue du traçage jurisprudentiel, jusqu'à septembre 2018, il y a six Comités qui pratiquent le contrôle coercitif de conventionnalité dans ses observations générales. Il s'agit, en concret, des CCPR, CESCR, CRC, CMW, CAT et CRPD.

Le CCPR par exemple, se trouve à la tête avec 35 observations générales émises dont 3 ont été l'objet de contrôle de conventionnalité. C'est le cas de l'observation générale No. 3 relative à la mise en œuvre du PIDCP dans le cadre national, dans laquelle, si bien le Comité a réaffirmé l'existence d'une marge d'appréciation étatique pour mettre en œuvre les dispositions du Pacte[3024], il a reconnu aussi que « la mise en œuvre ne dépend pas uniquement de l'adoption de dispositions constitutionnelles ou législatives, qui souvent ne sont pas en elles-mêmes suffisantes »[3025], mais « cela exige des États parties qu'ils prennent des mesures spécifiques pour permettre aux particuliers de jouir de leurs droits »[3026], ainsi que des mesures pédagogiques ou éducatives « pour en faire connaître la teneur aux autorités compétentes dans le cadre de leur formation »[3027].

De même a été fait dans l'observation générale No. 31 par rapport à la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au PIDCP, qui d'ailleurs a remplacé l'observation générale No. 2, selon laquelle « les « règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine » sont des obligations *erga omnes* »[3028]. C'est pourquoi en suivant le principe énoncé à l'article 26 de la CVDT, l'article 2 du Pacte prescrit que « les États parties doivent prendre des mesures d'ordre législatif, judiciaire, administratif, éducatif et autres appropriées pour s'acquitter de leurs obligations juridiques »[3029]. Sur ce point, le CCPR éclaircit que « dans les cas où il existe des discordances entre le droit interne et le Pacte, l'article 2 exige que la législation et la pratique nationales soient alignées sur les normes imposées au regard des droits garantis par le Pacte »[3030]. Cela, parce que « l'obligation énoncée au paragraphe 2 de l'article 2 de prendre des mesures afin de donner effet aux droits reconnus dans le Pacte a un caractère absolu et prend effet immédiatement »[3031]. Le plus important de cette observation, ce que le Comité reconnaît que son contrôle de conventionnalité contraignant peut se faire manifeste dans des affaires dont il est saisi en vertu du Protocole facultatif, dans lesquels au-delà de la réparation due spécifiquement à la victime, il mentionne « la nécessité d'adopter des mesures visant […] à éviter la répétition du type de violation considéré », telles que la « modification de la législation ou des pratiques de l'État partie »[3032].

Dans l'observation générale No. 33, concernant aux obligations des États parties en vertu du Protocole facultatif se rapportant au PIDCP, le CCPR dans son contrôle de conventionnalité a mis l'accent sur le caractère obligatoire de ses mesures provisoires, afin d'éviter de la part des États la prise d'une décision « susceptible de lui causer [au requérant] un préjudice irréparable si la mesure en question n'était pas retirée ou suspendue en

---

[3024] CCPR, *General comment No. 3 : Article 2 (Implementation at the national level)*, Thirteenth session, 1981, § 1.
[3025] Ibidem.
[3026] Ibidem.
[3027] Ibid., § 2.
[3028] CCPR, *General comment No. 31 : Nature of the General Legal Obligation imposed on States Parties to the Covenant*, Eightieth session, 2004, § 2.
[3029] Ibid., § 7.
[3030] Ibid., § 13.
[3031] Ibid., § 14.
[3032] Ibid., § 19.

attendant que le Comité ait achevé l'examen de la communication »[3033]. Pour le Comité, « l'inobservation de ces mesures provisoires est incompatible avec l'obligation de respecter de bonne foi la procédure d'examen des communications individuelles établie par le Protocole facultatif »[3034]. D'autre part, le CCPR reconnaît que « la plupart des États n'ont pas de dispositions spécifiques permettant d'inscrire les constatations du Comité dans leur ordre juridique interne »[3035] ; nonobstant cette difficulté, les États sont dans l'obligation conventionnelle d' « utiliser tout moyen dont ils peuvent disposer pour donner effet aux constatations du Comité »[3036].

Pour sa part, le CESCR, parmi les 24 observations générales qu'il a émises, il y en a trois dans lesquelles il a structuré son contrôle de conventionnalité à l'égard des droits internes. La première, a été l'observation No. 3 sur la nature des obligations des États parties, où le Comité a souligné que l'article 2 du PIDESC a « une importance particulière pour bien comprendre le Pacte et il faut bien voir qu'il entretient une relation dynamique avec toutes les autres dispositions de cet instrument »[3037]. Principalement, parce qu'il contient à la fois les « obligations de comportement », celles qui font référence au devoir des États d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le PIDESC ; et les « obligations de résultat », allusives au fait que les États pour garantir ces droits s'engagent à adopter des mesures, surtout, d'ordre législatif[3038]. Ainsi, pour le Comité il est clair que si bien « le plein exercice des droits considérés peut n'être assuré que progressivement, les mesures à prendre à cette fin doivent l'être dans un délai raisonnable bref à compter de l'entrée en vigueur du Pacte pour les États concernés »[3039].

La deuxième a été l'observation No. 10, tenant à illustrer le rôle des institutions nationales des droits de l'homme dans la protection des droits économiques, sociaux et culturels. Par le biais de cette observation, le Comité a attiré l'attention sur le fait que « les institutions nationales pourraient jouer un rôle capital pour ce qui est de promouvoir et de garantir l'indivisibilité et l'interdépendance de tous les droits de l'homme »[3040] ; particulièrement, dans l' « examen minutieux des lois et instruments administratifs existants ainsi que des projets de loi et autres propositions pour vérifier qu'ils sont conformes aux dispositions du [PIDESC] »[3041].

La troisième a été l'observation générale No. 24, examinant les obligations des États en vertu du PIDESC dans le contexte des activités des entreprises, et dans laquelle le CESCR a été bien précis en signaler que l'obligation étatique de respecter les droits économiques, sociaux et culturels « est enfreinte lorsque les États parties font primer les intérêts des entreprises sur les droits consacrés par le Pacte sans que cela soit dûment justifié, ou qu'ils

---

[3033] CCPR, *General comment No. 33 : Obligations of States parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, Op. Cit., § 19.
[3034] Ibidem.
[3035] Ibid., § 20.
[3036] Ibidem.
[3037] CESCR, *General comment No. 3 : The Nature of States parties Obligations (Art. § 1)*, Fifth session, 1990, § 1.
[3038] Ibid., §§ 1 et 2.
[3039] Ibid., § 2.
[3040] CESCR, *General comment No. 10 : The Role of National Human Rights Institutions in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights*, Nineteenth session, 1998, § 3.
[3041] Ibid., § 3, b).

mènent des politiques qui ont des effets négatifs sur ces droits »[3042]. Le Comité a manifesté que l'interprétation des accords de commerce et d'investissement en vigueur « devrait tenir compte des obligations en matière des droits de l'homme incombant à l'État, conformément à l'article 103 de la Charte des Nations Unies et à la nature particulière des obligations relatives aux droits de l'homme »[3043]. Vis-à-vis de l'obligation de protéger, le CESCR a établi que dans le contexte des activités des entreprises, les États sont « tenus d'adopter des mesures législatives, administratives, éducatives, et les autres mesures voulues, en vue d'assurer une protection efficace contre les violations des droits énoncés dans le Pacte liées aux activités des entreprises »[3044], et « de permettre aux victimes dont les droits ont été bafoués par des entreprises d'accéder à des recours utiles »[3045]. Par conséquent, « les États parties devraient réexaminer régulièrement leur législation pour s'assurer qu'elle est adaptée et recenser les lacunes en matière de conformité et d'information, ainsi que les nouveaux problèmes qui se posent, afin d'y remédier »[3046].

Le CRC, pour sa part, des 21 observations générales il y en a 3 à travers lesquelles a manifesté son contrôle de conventionnalité. L'observation générale No. 2 relative, au rôle des institutions nationales indépendantes de défense des droits de l'homme (INDH) dans la protection et la promotion des droits de l'enfant, lui a permis au Comité d'émettre de directrices pour encadrer le droit interne à l'égard de la Convention relative aux droits de l'enfant. Dans cette observation, le CRC a rappelé qu'en vertu de l'article 4 de la Convention, « les États parties sont tenus de « prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention » »[3047] ; et que les INDH « constituent un mécanisme propre à contribuer de manière importante à promouvoir et assurer la mise en œuvre de la Convention »[3048]. Le Comité a trouvé de plus, qu'aux fins de la réalisation des droits de l'enfant, les INDH devraient « surveiller l'adéquation et l'efficacité de la législation et des pratiques relatives à la protection de l'enfant »[3049] ; « promouvoir l'harmonisation de la législation, de la réglementation et des pratiques nationales avec la Convention […] et ses Protocoles facultatifs ainsi qu'avec les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en rapport avec les droits de l'enfant »[3050] ; et « encourager la ratification de tous les instruments internationaux pertinents relatifs aux droits de l'homme ou l'adhésion à de tels instruments »[3051].

Dans l'observation générale No. 5, sur les mesures d'application générale de la Convention relative aux droits de l'enfant, le CRC a exprimé que « l'émergence d'une démarche fondée sur les droits de l'enfant dans toutes les instances gouvernementales, parlementaires et judiciaires est nécessaire si l'on veut appliquer d'une manière effective et intégralement la Convention »[3052]. Ensuite, le Comité a attiré l'attention sur les mesures

---

[3042] CESCR, *General comment No. 24 : State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities*, Sixty-first session, 2017, § 12.
[3043] Ibid., § 13.
[3044] Ibid., § 14.
[3045] Ibidem.
[3046] Ibid., § 15.
[3047] CRC, *General comment No. 2 : The Role of Independent National Human Rights Institutions in the Protection and Promotion of the Rights of the Child*, Thirty-second session, 2002, § 1.
[3048] Ibidem.
[3049] Ibid., § 19, d).
[3050] Ibid., § 19, e).
[3051] Ibid., § 19, h).
[3052] CRC, *General comment No. 5 : General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child*, Thirty-fourth session, 2003, § 12.

législatives, en estimant qu'un « examen complet au niveau national de toute la législation interne et des directives administratives connexes pour les rendre pleinement conformes à la Convention est une obligation »[3053]. À partir de cela, le Comité a conclu que les États doivent « examiner la Convention non seulement article par article mais aussi globalement pour tenir compte de l'interdépendance et de l'indivisibilité des droits de l'homme »[3054]. L'examen du droit interne « doit être plutôt continu que ponctuel et porter à la fois sur les lois qui sont proposées et celles qui sont déjà en vigueur »[3055].

Pour sa part, dans l'observation générale No. 21 sur les enfants des rues, le CRC a signalé que les États devraient étudier comment améliorer les lois et les politiques vis-à-vis de la protection et garantie des droits de l'enfant. À cette fin, les États parties devraient immédiatement « élaborer une loi sur la protection de l'enfance ou sur les enfants qui suive une approche fondée sur les droits de l'homme et qui traite expressément de la question des enfants des rues, ou revoir la législation existante »[3056].

Le CMW a émis aussi deux observations générales, parmi les quatre qu'il compte jusque-là, dans lesquelles il a précisé les obligations des États parties à la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et a exercé un contrôle de conventionnalité. L'observation générale No. 1 relative aux travailleurs domestiques migrants, a été le scénario pour prescrire à l'égard du droit d'association que « la législation des États parties, notamment des pays d'emploi des travailleurs domestiques migrants, devrait reconnaître le droit de ces derniers de se constituer en association et d'adhérer à une organisation, indépendamment de leur statut migratoire (art. 26) et encourager l'auto-organisation »[3057]. Dans ce but, « les États d'emploi devraient veiller à ce que tous les travailleurs domestiques migrants aient accès à des mécanismes leur permettant de porter plainte pour violation de leurs droits »[3058], ainsi qu'un « accès à la justice et des voies de recours […] sans craindre d'être expulsés par voie de conséquence et que ceux d'entre eux qui souhaitent quitter un employeur abusif devraient, au besoin, avoir accès à un hébergement temporaire »[3059]. Pour sa part, l'observation générale No. 2 sur les droits des travailleurs migrants en situation irrégulière et des membres de leur famille, lui a permis au Comité d'affirmer qu'en application du § 2 de l'article 16 de la Convention, les États parties ont « l'obligation de protéger tous les travailleurs migrants et les membres de leur famille contre la violence, les dommages corporels, les menaces et intimidations, que ce soit de la part de fonctionnaires ou de particuliers, de groupes ou d'institutions »[3060] ; et pour le faire, l'obligation exige des États parties, « qu'ils adoptent et appliquent une législation interdisant de tels actes »[3061].

Le CAT, de trois observations générales émis dans son histoire, a exercé le contrôle de conventionnalité que dans l'obligation générale No. 2, par rapport à l'application de l'article 2 de la Convention contre la torture par les États parties. Dans cette observation, en exerçant

---

[3053] Ibid., § 18.
[3054] Ibidem.
[3055] Ibidem.
[3056] CRC, *General comment No. 21 : On Children in Street Situation*, Sixty-sixth session, 2017, § 14.
[3057] CMW, *General comment No. 1 : On Migrants Domestic Workers*, 2011, § 46.
[3058] Ibid., § 49.
[3059] Ibid., § 50.
[3060] CMW, *General comment No. 2 : On the Rights of Migrant Workers in an Irregular Situation and Members of their Families*, 2013, § 21.
[3061] Ibid., § 21, a).

un contrôle de conventionnalité concentré, le Comité a affirmé que les dispositions du § 1 de l'article 2 de la Convention contre la torture, « obligent chaque État à prendre des mesures législatives, administratives, judiciaires et autres qui renforceront l'interdiction de la torture et doivent, en fin de compte, être efficaces pour prévenir les actes de torture »[3062]. Par le biais de cette obligation, les États parties doivent, d'une part, « supprimer tous les obstacles, juridiques ou autres, qui empêchent l'élimination de la torture et des mauvais traitements et prendre des mesures positives effectives pour prévenir efficacement de telles pratiques et empêcher qu'elles ne se reproduisent »[3063] ; d'autre part, « effectuer un examen régulier de leur législation et de la mise en œuvre de la Convention et, si besoin est, de les améliorer, conformément aux observations finales du Comité et aux constatations adoptées au sujet de communications individuelles »[3064]. D'après le Comité, « si les mesures prises par les États parties ne parviennent pas à éradiquer les actes de torture, la Convention impose de les réviser et/ou d'en adopter de nouvelles qui soient plus efficaces »[3065].

Enfin, le CRPD dans son observation générale No. 1, sur la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité, par le biais du contrôle de conventionnalité concentré, a rappelé que le § 5 de l'article 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, « oblige les États parties à prendre des mesures – y compris des mesures législatives, administratives, judiciaires et d'autres mesures d'ordre pratique – pour garantir les droits des personnes handicapées en ce qui concerne les questions financières et économiques, sur la base de l'égalité avec les autres »[3066]. À cette fin, les États parties devraient réviser, spécialement, « les lois prévoyant les régimes de tutelle et de curatelle et prendre des dispositions pour élaborer des lois et des politiques visant à remplacer les régimes de prise de décisions substitutive par la prise de décisions assistée, qui respecte l'autonomie, la volonté et les préférences de la personne »[3067].

C'est ainsi que ces six Comités de Nations Unies (CCPR, CESCR, CRC, CMW, CAT et CRPD) ont effectué un contrôle de conventionnalité coercitif sur les États, leurs normes juridiques et leurs pratiques internes, avec la finalité d'humaniser le droit international par la garantie de la compatibilité entre les actions étatiques et les obligations internationales. Néanmoins, l'autre version du contrôle de conventionnalité, plus constructif que coercitif, a aussi une importance dans les sous-systèmes de protection des droits de l'homme qu'il faut étudier.

II. Le contrôle de conventionnalité constructif à travers les recommandations générales

Le contrôle de conventionnalité constructif a été commandé et exercé par deux Comités de surveillance des Nations Unies (CEDAW et CERD), qui ont « préféré organiser une coopération avec les États au moyen de recommandations générales »[3068], plutôt que de faire

---

[3062] CAT, *General comment No. 2 : Implementation of Article 2 by States parties*, 2008, § 2.
[3063] Ibid., § 4.
[3064] Ibidem.
[3065] Ibidem.
[3066] CRPD, *General comment No. 1 : Article 12 (Equal Recognition before the Law)*, 2014, § 23.
[3067] Ibid., § 26.
[3068] Gaël ABLINE, *Les observations générales, une technique d'élargissement des droits de l'homme*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, Op. Cit., p. 452.

« un contrôle plus affirmé au moyen d'une investigation plus approfondie »[3069] des comportements étatiques.

Tenant compte que les recommandations générales vis-à-vis des obligations étatiques des droits de l'homme visent, tel qu'il a été exprimé par le juge européen Sicilianos, « à systématiser et à clarifier son approche et à aider les États parties dans leur action pour combattre ces phénomènes, conformément à la Convention, et dans un esprit de coopération et dialogue constructif »[3070], et qu'elles peuvent être assimilées à « une invitation à adopter un comportement déterminé, action ou abstention »[3071], il faut s'intéresser aux *recommandations générales du CEDAW (1)* et du *CERD (2)*, pour bien comprendre le contrôle constructif exercé par ces organes des Nations Unies.

1. *Le contrôle de conventionnalité constructif du CEDAW à l'égard des droits des femmes*

D'après le traçage jurisprudentiel effectué, le CEDAW a établi dans la recommandation No. 19 sur la violence à l'égard des femmes, par rapport à l'article 16 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, que les États parties doivent veiller à ce que « les lois contre la violence et les mauvais traitements dans la famille, le viol, les sévices sexuels et autres formes de violence fondée sur le sexe assurent à toutes les femmes une protection suffisante, respectant leur intégrité et leur dignité »[3072]. Selon le Comité, les États parties doivent, afin d'accomplir leurs obligations étatiques conventionnelles, de prendre toutes les mesures juridiques et autres nécessaires pour assurer aux femmes une protection efficace contre la violence fondée sur le sexe. Dans ce but, les États parties doivent prendre des « mesures juridiques efficaces », telles que « sanctions pénales, recours civils et mesures de dédommagement », toutes « visant à protéger les femmes contre tous les types de violence, y compris notamment la violence et les mauvais traitements dans la famille, les violences sexuelles et le harcèlement sexuel sur le lieu de travail »[3073].

Suivant le même esprit, dans la recommandation générale No. 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention, le CEDAW a précisé quelques aspects sur l'obligation de respect demandée aux États. D'après le Comité, cette obligation « exige des États parties qu'ils s'abstiennent d'adopter aucune loi, politique, réglementation, programmation, procédure administrative ou structure institutionnelle qui empêcherait directement ou indirectement les femmes d'exercer leurs

---

[3069] Ibid., p. 451.

[3070] Linos-Alexandre SICILIANOS, « Les potentialités de la Convention pour l'élimination de la discrimination raciale », *in Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, Vol. II, 2004, pp. 1386-1387. Voir aussi, *L'actualité et les potentialités de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale : à propos de 40e anniversaire de son adoption*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2005, No. 64, pp. 869 – 921.

[3071] Michel VIRALLY, *La valeur juridique des recommandations des organisations internationales*, Annuaire français de droit international, Paris, CNRS, 1956, Vol. 2, p. 68.

[3072] CEDAW, *General Recommendation No. 19 : Violence against Women*, Eleventh session, 1992, § 24, b).

[3073] Ibid., § 24, t).

droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels au même titre que les hommes »[3074].

Pour le CEDAW, il est clair que les États parties sont tenus de ne pas faire naître de discrimination contre les femmes par leurs actions ou leur passivité. La discrimination, aux yeux du Comité, peut apparaître quand les États « ne prennent pas les dispositions législatives nécessaires pour garantir la pleine réalisation des droits des femmes, quand ils n'adoptent pas de politiques nationales visant à assurer l'égalité entre les sexes et quand ils ne font pas respecter les lois applicables »[3075]. Par conséquent, les États sont bien tenus « de prendre des mesures pour modifier ou abroger toute disposition législative ou réglementaire, coutume ou pratique que constitue une discrimination à l'égard des femmes »[3076]. Surtout, si on tient compte que certains groupes de femmes « sont particulièrement exposés à la discrimination en raison de dispositions législatives ou réglementaires civiles ou pénales, de dispositions du droit coutumier ou de pratiques coutumières »[3077].

Dans son exercice constructif de contrôle de conventionnalité, le CEDAW rappelle que « les États parties doivent s'assurer que les tribunaux appliquent obligatoirement le principe d'égalité consacré dans la Convention et, dans toute la mesure possible, interprétant la loi conformément aux obligations que cet instrument impose »[3078]. Cependant, si celui-là n'est pas possible, « les tribunaux devraient appeler l'attention des autorités compétentes sur les éventuelles incompatibilités entre le droit interne –y compris religieux et coutumier– et les obligations assignées à l'État partie par la Convention »[3079] ; d'après le *pacta sunt servanda* « le droit interne ne peut en aucun cas justifier que l'État partie ne s'acquitte pas de ses obligations internationales »[3080].

Le CEDAW a exercé aussi contrôle de conventionnalité dans la recommandation générale No. 32 relative aux femmes et aux situations de réfugiés, d'asile, de nationalité et d'apatridie. Dans cette occasion, le Comité a précisé que « les États parties doivent adopter des lois et d'autres mesures afin de respecter le principe de non-refoulement conformément aux obligations qu'impose le droit international et prendre toutes les mesures nécessaires pour que les victimes de formes graves de discrimination, notamment les formes sexistes de persécution, qui ont besoin de protection, ne soient, en aucun cas et quel que soit leur statut de résidence, refoulées vers un pays où leur vie serait mise en danger ou dans lequel elles subiraient des formes graves de discrimination, y compris la violence sexiste, la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants »[3081].

Dans ce but, les États parties « doivent inscrire dans leur législation que la demande d'asile ne constitue pas un acte illégal et que les demanderesses d'asile ne doivent pas être pénalisées […] à raison de leur entrée ou séjour illégaux si elles se présentent aux autorités sans délai et justifient de façon convaincante de l'illégalité de leur entrée ou de leur séjour

---

[3074] CEDAW, *General Recommendation No. 28 : The Core Obligation of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Forty-seventh session, 2010, § 9.
[3075] Ibid., § 10.
[3076] Ibid., § 31.
[3077] Ibidem.
[3078] Ibid., § 33.
[3079] Ibidem.
[3080] Ibidem.
[3081] CEDAW, *General Recommendation No. 32 : On the Gender-Related Dimensions of Refugee Status, Asylum, Nationality and Statelessness of Women*, Fifty-ninth session, 2014, § 37.

dans le pays »[3082]. Les États doivent, également, « revoir et modifier leurs lois régissant la nationalité pour garantir l'égalité des femmes et des hommes en matière d'acquisition, de changement et de conservation de la nationalité »[3083] ; « permettre aux femmes de transmettre leur nationalité à leurs enfants et à leur conjoint étranger »[3084] ; « veiller à éliminer tous les obstacles à la mise en œuvre de ces lois »[3085] ; ainsi qu' « abroger les lois prévoyant l'acquisition automatique de la nationalité par le mariage ou la perte automatique de la nationalité d'une femme suite à un changement dans l'état civil ou la nationalité de son époux »[3086].

Néanmoins, le CEDAW a considéré que les États parties pour réussir la pleine exécution de leurs obligations à l'égard des femmes en situation de réfugiées ou d'apatridie, doivent « prévoir dans la législation sur la nationalité des dispositions concernant les cas de discrimination indirecte qui peuvent se produire, par exemple à travers les exigences de naturalisation plus difficiles à remplir en pratique par les femmes que par les hommes »[3087] ; ratifier ou adopter, selon le cas, « la Convention de 1954 relative au statut des apatrides et la Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie »[3088] ; et « s'abstenir d'adopter et de mettre en œuvre des mesures qui privent les femmes de leurs nationalités et les rendent apatrides »[3089].

Le CEDAW dans sa plus récente recommandation générale No. 35 sur la violence sexiste à l'égard des femmes et portant actualisation de la recommandation générale No. 19, a signalé, afin de maintenir une compatibilité entre le droit étatique et les obligations conventionnelles, que les États parties à la Convention doivent faire en sorte que « toutes les formes de violence sexiste à l'égard des femmes […] soient érigées en crime et mettre en place sans retard des sanctions juridiques adaptées à la gravité du crime ainsi que des recours civils, ou les renforcer s'ils existent déjà »[3090]. Dans cet objectif, les États doivent abroger, y compris dans les droits coutumiers, religieux et autochtone, « toutes les dispositions légales qui sont discriminatoires à l'égard des femmes et qui, de ce fait, entérinent, encouragent, facilitent, justifient ou tolèrent une forme quelconque de violence sexiste à l'égard des femmes »[3091]. Les États doivent diriger leurs efforts principalement à éliminer « les dispositions qui autorisent, tolèrent ou encouragent des formes de violence sexiste à l'égard des femmes, notamment le mariage d'enfants ou le mariage forcé et d'autres pratiques préjudiciables, les dispositions autorisant des actes médicaux sur des femmes handicapées sans leur consentement éclairé, ainsi que toutes les dispositions qui criminalisent l'avortement, le fait d'être lesbienne, bisexuelle ou transgenre, la prostitution ou l'adultère, ou toutes autres dispositions pénales qui touchent de façon disproportionnée les femmes, y compris celles qui donnent lieu à l'application discriminatoire de la peine de mort aux femmes »[3092].

[3082] Ibid., § 49.
[3083] Ibid., § 63, b).
[3084] Ibidem.
[3085] Ibidem.
[3086] Ibid., § 63, c).
[3087] Ibid., § 63, g).
[3088] Ibid., § 63, h).
[3089] Ibid., § 63, i).
[3090] CEDAW, *General Recommendation No. 35 : On the Gender-Based Violence Against Women, Updating General Recommendation No. 19*, Sixty-seventh session, 2017, § 29, a).
[3091] Ibid., § 29, c).
[3092] Ibid., § 29, c), i).

Pour le Comité, les États doivent faire tous les efforts pour supprimer « l'ensemble des lois qui empêchent ou découragent les femmes de signaler la violence sexiste »[3093] ; pour « examiner les lois et les politiques ne faisant pas de différence entre les sexes pour s'assurer qu'elles ne créent pas d'inégalités ou n'entretiennent pas celles qui existent déjà, et les abroger ou les modifier quand c'est le cas »[3094] ; ainsi que « veiller à ce que toute agression sexuelle, dont le viol, soit érigée en crime contre le droit des femmes à la sûreté personnelle et leur intégrité physique, sexuelle et psychologique »[3095]. Les États doivent veiller aussi que « la définition des crimes de nature sexuelle, y compris le viol conjugal et le viol commis par un compagnon de sortie, se fonde sur le manque de consentement donné de son plein gré et prenne en compte les circonstances coercitives »[3096].

À la fin de sa recommandation générale, le Comité a vu pertinent de conseiller, comme mesure de prévention, que les États parties adoptent et mettent en place des « mesures législatives efficaces ainsi que d'autres mesures préventives adaptées pour s'attaquer aux causes sous-jacentes de la violence sexiste à l'égard des femmes, comme les comportements et stéréotypes patriarcaux, l'inégalité dans la famille, et le non-respect ou le déni des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels des femmes, et pour encourager celles-ci à agir, à s'exprimer et à devenir autonomes »[3097].

Par le biais de ces quatre recommandations générales, le CEDAW a déterminé sa stratégie de coopération avec les États parties dans le but d'aider à accomplir les obligations étatiques prescrites par la Convention qu'il surveille. D'après le contenu des recommandations, la stratégie du contrôle de conventionnalité constructif du Comité, a consisté à détecter les points les plus faibles de l'accomplissement des obligations conventionnelles pour trouver des solutions possibles et guidant les États vers celles-ci. Le point commun des recommandations étudiées est, en termes généraux, le conseil d'adéquation des normes juridiques et des pratiques administratives et judiciaires dans les États, que pour être incompatibles avec les dispositions conventionnelles, sont un obstacle pour la correcte protection des droits des femmes qu'il faut surmonter.

2. *Le volet constructif du contrôle de compatibilité du CERD dans la lutte contre la discrimination raciale*

Le CERD, à l'égal que le CEDAW, a préféré le volet constructif du contrôle de conventionnalité afin d'aider les États parties de la Convention à l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale dans le monde. Pour cela, dans la recommandation générale No. 2 concernant les obligations des États, il a rappelé que tous les États parties se sont engagés « à présenter des rapports sur les mesures qu'ils ont arrêtées et qui donnent effet aux dispositions de la Convention »[3098] ; et dans la recommandation générale No. 17 relative à la création d'organismes nationaux pour faciliter l'application de la Convention, il a manifesté la nécessité de créer des commissions nationales ou d'autres organismes

[3093] Ibid., § 29, c), iii).
[3094] Ibid., § 29, d).
[3095] Ibid., § 29, e).
[3096] Ibidem.
[3097] Ibid., § 30, a).
[3098] CERD, *General Recommendation No. 2 : States Parties' Obligations*, Fifth session, 1972, p. 1.

appropriés pour « s'assurer de la conformité de la législation avec les dispositions de la Convention »[3099].

D'autre part, dans la recommandation générale No. 18, en 1994, à propos de la création d'un tribunal international chargé de poursuivre les auteurs présumés des crimes contre l'humanité, le CERD, alarmé par le nombre croissant de massacres et d'atrocités à motivation raciale et ethnique dans le monde, a estimé convenaient que les États devraient s'organiser pour créer de toute urgence « un tribunal international généralement compétent pour connaître du génocide, des crimes contre l'humanité, y compris du meurtre, de l'emprisonnement, de la torture, du viol, des persécutions commis pour des raisons politiques, raciales ou religieuses, et dans autres actes inhumains commis à l'encontre de toute population civile, ainsi que des infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 et aux Protocoles additionnels de 1977 y relatifs »[3100].

Cependant, l'apport le plus riche du CERD en ce qui concerne la compatibilité du droit interne a eu lieu dans la recommandation générale No. 31, en 2004, concernant la discrimination raciale dans l'administration et le fonctionnement du système de justice pénale. Dans cette recommandation, le Comité a établi, comme indicateur législatif et en exercice du contrôle constructif de conventionnalité, que « les États parties devraient se conformer pleinement aux exigences de l'article 4 de la Convention et incriminer pénalement tous les actes de racisme couverts par cet article, qui doivent être érigés en délits punissables, notamment la diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, les incitations à la haine raciale, les violences ou incitations à la violence raciale, mais aussi les activités de propagande raciste et les organisations racistes »[3101].

Par rapport aux effets discriminatoires indirects que peuvent avoir certaines législations nationales, en particulier « les législations concernant le terrorisme, l'immigration, la nationalité, les peines prévoyant l'interdiction ou l'éloignement du territoire national contre des non-ressortissants, ainsi que les législations ayant pour effet de pénaliser certains groupes ou l'appartenance à certaines communautés sans motif légitime », le CERD a manifesté que « les États devraient veiller à éliminer les effets discriminatoires de telles législations et à respecter en tout cas le principe de proportionnalité dans leur application à l'égard des personnes appartenant aux groupes [raciaux ou ethniques] »[3102],

Avec le même objectif, mais cette fois comme stratégies à développer pour prévenir les discriminations raciales dans l'administration et le fonctionnement de la justice pénale, le Comité a prévu que les États parties devraient mettre en œuvre des stratégies nationales dans le but d'éliminer les lois ayant un effet discriminatoire au plan racial. Selon le Comité, l'élimination normative devrait se centrer sur les normes « qui visent indirectement certains groupes en pénalisant des actes qui ne peuvent être commis que par des personnes appartenant à ces groupes, ou celles qui ne s'appliquent qu'aux non ressortissants, sans motif légitime ou sans respecter le principe de proportionnalité »[3103]. D'après le Comité, les États

---

[3099] CERD, *General Recommendation No. 17 : On the Establishment of National Institutions to Facilitate the Implementation of the Convention*, Forty-second session, 1993, § 1, c).
[3100] CERD, *General Recommendation No. 18 : On the Establishment of an International Tribunal to Prosecute Crimes Against Humanity,* Forty-fourth session, 1994, § 1.
[3101] CERD, *General Recommendation No. 31 : On the Prevention of Racial Discrimination in the Administration and Functioning of the Criminal Justice System,* Sixty-fifth session, 2004, § 4, a).
[3102] Ibid., § 4, b).
[3103] Ibid., § 5, a).

doivent aussi « apporter les adaptations nécessaires au régime pénitentiaire des détenus appartenant aux groupes raciaux ou ethniques »[3104], notamment les non-ressortissants – incluant les immigrés, les réfugiés, les demandeurs d'asile, les apatrides – afin de tenir compte « de leurs pratiques culturelles et religieuses »[3105].

Sur les mesures à prendre en vue de prévenir les discriminations raciales aux victimes de racisme, le CERD a considéré comme opportun de préciser que « les États parties ont pour obligation de garantir sur leur territoire le droit de toute personne à un recours effectif contre les auteurs d'actes de discrimination raciale, sans aucune discrimination, que ses actes soient commis par des personnes privées ou des agents de l'État, ainsi que le droit de demander une réparation juste et adéquate du préjudice subi »[3106].

Le Comité a manifesté aussi, qu'afin de faciliter la saisine de la justice par les victimes d'actes de racisme, les États parties devraient octroyer dans leur législation, « un statut procédural pour les victimes et les associations de défense des victimes du racisme et de la xénophobie, tel que la faculté de se constituer partie civile ou d'autres modalités similaires qui puissent leur permettre de faire valoir leurs droits dans le procès pénal, sans frais de leur part »[3107].

Par rapport aux mesures à prendre en vue de prévenir les discriminations raciales en ce qui concerne les personnes poursuivies en justice, et de garder notamment la compatibilité du droit interne avec les obligations conventionnelles sur l'éradication du racisme, le CERD a considéré que « les États parties devraient prendre les mesures nécessaires pour exclure les interpellations, les arrestations et les fouilles fondées de facto exclusivement sur l'apparence physique de la personne, sa couleur, son faciès, son appartenance à un groupe racial ou ethnique, ou tout « profilage » qui l'expose à une plus grande suspicion »[3108].

De la même manière, les États devraient « garantir à toute personne arrêtée, quelle que soit son appartenance raciale, nationale ou ethnique, la jouissance des droits fondamentaux de la défense consacrés par les instruments internationaux pertinents relatifs aux droits de l'homme »[3109], entre autres, « le droit de ne pas être arrêté ou détenu de manière arbitraire, le droit d'être informé des raisons de son arrestation, le droit au concours d'un interprète, le droit à l'assistance d'un avocat, le droit d'être traduit dans un bref délai devant un juge ou une autorité habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires, le droit à la protection consulaire garantie par l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, le droit de contacter le Haut-Commissariat des Nations Unies aux réfugiés pour ce qui concerne les réfugiés »[3110].

Le CERD a dit aussi, à l'égard de l'exécution des peines des personnes appartenant aux groupes raciaux et ethniques, que les États parties devraient « garantir à tout détenu dont les droits ont été violés le droit à un recours effectif devant une autorité indépendante et impartiale »[3111] ; et « permettre à ces personnes de bénéficier, le cas échéant, des dispositions

[3104] Ibid., § 5, f).
[3105] Ibidem.
[3106] Ibid., § 6.
[3107] Ibid., § 17, a).
[3108] Ibid., § 20.
[3109] Ibid., § 23.
[3110] Ibidem.
[3111] Ibid., § 38, b).

de la législation interne et des conventions internationales ou bilatérales relatives au transfèrement des détenus étrangers, leur ouvrant la possibilité d'accomplir la peine d'emprisonnement dans leurs pays d'origine »[3112].

Enfin, le Comité a exprimé dans sa recommandation générale, que s'agissant des femmes et des enfants appartenant aux groupes raciaux et ethniques, les États parties devraient veiller avec la plus grande attention « à ce qu'ils bénéficient du régime particulier d'exécution des peines auquel ils ont droit, en tenant compte des difficultés spécifiques auxquelles sont confrontées les mères de famille et les femmes appartenant à certaines communautés, notamment les communautés autochtones »[3113].

Cet ainsi que le CERD a donné des indications précises pour aider aux États à accomplir leurs obligations internationales, en procurant, comme il est évident, la construction d'un ordre juridique étatique harmonieux au droit international à la place de la sanction juridique, pour le non-accomplissement des obligations étatiques. Il est important, maintenant, d'observer l'amorce contradictoire dans le SADHP vis-à-vis du contrôle de conventionnalité des normes étatiques.

§ 2 : L'amorce contradictoire dans le système africain

Comme on l'avait déjà signalé, la pression de la communauté internationale a fait naître en l'Afrique la nécessité de créer un organisme judiciaire qui complétait le travail entrepris par la Commission ADHP[3114]. Dans ce but, l'OUA a adopté en juin 1998 le Protocole relatif à la CADHP portant création de la Cour ADHP, lequel est entrée en vigueur le 25 janvier 2004, lorsque le Comores est devenu le 15e pays à déposer l'instrument de ratification du Protocole. La mise en fonctionnement de ce tribunal a ouvert dans l'Afrique le débat sur la nécessité de contrôler les normes étatiques et de prendre des mesures générales dans ses arrêts, afin de prévenir les violations systématiques des droits de l'homme dans le continent. Certes, la Cour d'Arusha a pris du temps pour émettre ses premières décisions judiciaires, mais progressivement dans les décisions prises, elle a commencé à mettre sa jurisprudence au niveau d'autres tribunaux régionaux des droits de l'homme, en matière de *contrôle de compatibilité des ordres juridiques internes, sujet qu'était d'ailleurs, une attente légitime (A)*. Cependant, les avancées en cette matière sont entravées par la nouvelle jurisprudence de la Cour ADHP, dans la mesure où elle a fait connaître sa *négativité de contrôler les ordres internes obstruant l'avenir du système ADHP (B)*.

A. L'issue par l'attente légitime du contrôle de conventionnalité par la Cour ADHP

Au même titre que les autres systèmes de protection des droits de l'homme, le SADHP a des problèmes systématiques des violations des droits, dont les origines sont les normes et les pratiques étatiques incompatibles avec les obligations internationales acquises par les États parties. La Cour ADHP a fait l'ouverture *de la compatibilité normative dans l'Afrique par le contrôle des normes électorales (I)*, et a réussi une *apparente fixation de la compatibilité des normes à travers le contrôle de la législation nationale sur la diffamation (II)*.

[3112] Ibid., § 38, d).
[3113] Ibid., § 41.
[3114] Voir *supra* Ière partie, Titre I, Ch. 1, Section 1, § 1, B III.

I. L'ouverture du contrôle de la compatibilité normative en Afrique par le contrôle des normes électorales

La Cour ADHP, après d'avoir élu le 2 juillet 2006 ses premiers juges[3115], a reçu sa première requête le 11 août 2008. Par cette requête, un citoyen de nationalité tchadienne a introduit une instance contre le Sénégal en vue du retrait de la procédure diligentée par la République et l'État du Sénégal en vue d'inculper, juger et condamner le sieur Hissein Habré, ex-chef d'État tchadien réfugié à Dakar au Sénégal[3116], « soupçonné de complicité de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre et d'actes de torture dans l'exercice de ses fonctions de chef d'État »[3117]. D'après le requérant, « le 23 juillet 2008, les deux chambres du Parlement sénégalais ont adopté une loi portant modification de la Constitution et « autorisant la rétroactivité des lois pénales en vue de juger uniquement et seulement le sieur Hissein Habré »[3118] ; ce qui à son avis violerait « le sacro-saint principe de non-rétroactivité de la loi pénale »[3119]. Cette requête a donné lieu à l'affaire *Michelot Yogogombaye Vs. Sénégal*, dans laquelle, la Cour a trouvé, en accord à l'article 34 (6) du Protocole portant création de la Cour ADHP[3120], qu'elle n'a pas compétence pour connaître de la requête du fait que « le Sénégal n'a pas accepté sa compétence pour connaître sur cette base de requêtes dirigées contre lui émanant directement d'individus ou d'organisations non gouvernementales »[3121].

Pendant les années 2008 à 2010, la Cour ADHP n'a pas reçu d'autres requêtes. En 2011, la Cour a vu réactivée son activité contentieuse par la réception de 14 nouvelles requêtes. Les requêtes Nos. 009/2011 et 011/2011 ont donné lieu à une analyse conjointe des cas, et par conséquent, à l'arrêt numéro 17 de la Cour. Au sein du SADHP, cet arrêt a donné lieu aussi au premier arrêt sur le fond rendu par la Cour ADHP, du même qu'à la première décision où la Cour d'Arusha a exercé un contrôle de conventionnalité sur le droit interne, puisque dans les 16 arrêts rendus précédemment –y compris l'arrêt de l'affaire *Michelot Yogogombaye*–, la Cour n'avait rendu que des arrêts sur la compétence[3122].

[3115] Yuria SAAVEDRA ÁLVAREZ, *El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos : prolegómenos,* Op. Cit., p. 702 ; et Gino NALDI et Konstantinos MAGLIVERAS, *The African Court of Justice and Human Rights : A Judicial Curate's Egg*, Op. Cit., p. 389.

[3116] COUR ADHP, *Affaire Michelot Yogogombaye Vs. Sénégal*, Requête n° 001/2008, 15 décembre 2009, § 1.

[3117] Ibid., § 18.

[3118] Ibid., § 20.

[3119] Ibid., § 21.

[3120] D'après cet article « à tout moment à partir de la ratification du présent Protocole, l'État doit faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes énoncées à l'article 5(3) du présent Protocole. La Cour ne reçoit aucune requête en application de l'article 5(3) intéressant un État partie qui n'a pas fait une telle déclaration ».

[3121] COUR ADHP, *Affaire Michelot Yogogombaye Vs. Sénégal*, Requête n° 001/2008, Op. Cit., § 37.

[3122] COUR ADHP, *Affaire Soufiane Ababou People Vs. Algérie*, Requête n° 002/2011, 16 juin 2011 ; *Affaire Daniel Amare et Mulugeta Amare Vs. Mozambique et Mozambique Airlines*, Requête n° 005/2011, 16 juin 2011 ; *Affaire Alexandre Ekollo Vs. Cameroun et Nigeria*, Requête n° 008/2011, 23 septembre 2011 ; *Affaire Association de juristes d'Afrique pour la bonne gouvernance Vs. Côte d'Ivoire*, Requête n° 006/2011, 16 juin 2011 ; *Affaire Efoua Mbozo'o Samuel Vs. Parlement Panafricain*, Requête n° 010/2011, 30 septembre 2011, *Affaire Delta International Investments S.A., M. et Mme A.G.L De Lange Vs. Afrique du Sud*, Requête n° 002/2012, 30 mars 2012 ; *Affaire Convention nationale des syndicats du secteur education (CONASYSED) Vs. Gabon*, Requête n° 012/2011, 15 décembre 2011 ; *Affaire Emmanuel Joseph Uko et autres Vs. Afrique du Sud*, Requête n° 004/2012, 30 mars 2012 ; *Affaire Amir Adam Timan Vs. Soudan*, Requête n° 005/2012, 30 mars 2012 ; *Affaire Youssef Ababou Vs. Maroc*, Requête n° 007/2011, 2 septembre 2011 ; *Affaire Baghdadi Ali Mahmoudi Vs. Tunisie*, Requête n° 007/2012, 26 juin 2012 ; *Affaire African Commission on Human and Peoples' Rights Vs. Great Socialist People's Libyan Arab*, Requête n° 004/2011, 15 mars 2013 ; *Affaire Femi*

Dans son arrêt numéro 17, la Cour ADHP a décidé de faire une jonction d'instance des affaires pour trouver dans les deux requêtes une identité *materiae* et *personae* à l'égard de la Tanzanie. En effet, tant la requête No. 009/2011 que la No. 011/2011 portaient sur la contestation de la validité des amendements en matière électorale apportés à la Constitution de la Tanzanie[3123], et dont l'effet est « d'empêcher les candidats indépendants de se présenter aux élections présidentielles, législatives et locales »[3124], vu que « ces amendements exigent que les candidats appartiennent à un parti politique agréé ou soient investis par celui-ci »[3125]. Pour les requérants, la législation électorale de la Tanzanie « viole les droits de l'homme consacrés aux articles 2, 10, et 13(1) de la Charte, du fait qu'[elle] empêche ses citoyens de se présenter en tant que candidats indépendants aux élections présidentielles, législatives et locales »[3126] ; ainsi que « le droit à la liberté d'association et le droit de participer à la gestion et à la direction des affaires publiques de leur pays »[3127].

La Cour ADHP dans son analyse juridique a remarqué qu' « exiger d'un candidat qu'il soit membre d'un parti politique avant d'être autorisé à participer à la vie politique en Tanzanie constitue certainement une violation des droits consacrés à l'article 13(1) de la Charte »[3128]. « Les limitations aux droits et aux libertés prévues dans la Charte ne peuvent être uniquement que celles qui sont précisées à l'article 27(2) de la [CADHP] »[3129], c'est-à-dire « dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun ». Par le biais du contrôle de compatibilité normatif, la Cour a signalé que les limitations imposées par le Défendeur dans son droit électoral « doivent être conformes aux normes internationales qu'il est tenu de respecter »[3130], en respect du principe exposé à l'article 27 de la CVDT, qui dispose qu' « *un État partie à un traité ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution du traité* »[3131].

Par ailleurs, pour la Cour la défense soutenue par l'État défendeur est incorrecte à l'affirmer sur la base de l'article 13(1) de la CADHP, « que la jouissance des droits en question doit s'exercer conforment à la loi, c'est-à-dire la loi nationale du Défendeur, […] [car] les restrictions imposées dans le cadre des lois nationales ne peuvent pas aller à l'encontre des dispositions explicites de la Charte »[3132]. Sur la base de ces arguments et dans le but de prévenir à l'avenir des violations analogues, la Cour ADHP a décidé d'ordonner à l'État

---

Falana Vs. Africain Union, Requête n° 001/2011, 26 juin 2012 ; *Affaire Denis Atabong Atemnkeng Vs. African Union*, Requête n° 014/2011, 15 mars 2013 ; *Affaire Ernest Francis Mtingwi Vs. Malawi*, Requête n° 001/2013, 15 mars 2013.

3123 Il s'agit, en premier lieu, de la loi adoptée en 1992 par l'Assemblée nationale de la République Unie de Tanzanie, portant huitième révision constitutionnelle, qui est entrée en vigueur durant la même année 1992, et par laquelle se « prescrivait que tout candidat aux élections présidentielles, parlementaires et locales doit être membre d'un parti politique et investi par celui-ci ». En deuxième lieu, de la loi No. 34 de 1994 portant onzième amendement constitutionnel qui revivait, après d'un jugement d'inconstitutionnalité à l'encontre du huitième amendement constitutionnel, l'obligation de tout candidat aux élections présidentielles, parlementaires et locales d'être membre d'un parti politique et d'être investi par celui-ci. COUR ADHP, *Affaires Tanganyika Law Society & The Legal and Human Rights Centre et Révérend Christopher R. Mtikila Vs. Tanzanie*, Requêtes nos 009/2011 et 011/2011, Op. Cit., §§ 66 – 75.

3124 Ibid., § 78.

3125 Ibidem.

3126 Ibid., § 89.2.

3127 Ibid., § 89.3.

3128 Ibid., § 99.

3129 Ibid., § 107.1.

3130 Ibid., § 108.

3131 Ibidem.

3132 Ibid., § 109.

défendeur de « prendre toutes les mesures constitutionnelles, législatives et autres dispositions utiles dans un délai raisonnable, afin de mettre fin aux violations constatées et informer la Cour des mesures prises à cet égard »[3133].

Sur cette affaire la Cour d'Arusha est revenue en 2014, dans un arrêt portant sur la réparation, constatant que l'État défendeur n'a pas mis en harmonie son droit interne à la CADHP, telle qu'elle l'avait ordonné l'année d'avant, et qu'au contraire, la Tanzanie a manifesté que l'arrêt sur le fond « était entaché d'erreurs, étant donné que la législation tanzanienne n'autorise pas de candidatures indépendantes aux élections présidentielles, législatives et locales […] malgré le constat fait par la Cour que cette interdiction est contraire à la Charte »[3134]. Devant cette situation, la Cour ADHP a exprimé ses préoccupations, « d'autant plus que le Défendeur n'a jamais soumis de rapports sur les actions entreprises pour adopter des mesures constitutionnelles, législatives ou autres nécessaire pour assurer la conformité de la loi régissant les élections présidentielles, législatives et locales avec la Charte »[3135]. La Cour a exercé, par une deuxième fois, le contrôle de compatibilité sur le droit étatique, ordonnant à la Tanzanie « de faire rapport dans un délai de six mois à compter de la date du prononcé de la présente décision, sur la mise en œuvre de l'arrêt [sur le fond] »[3136].

La deuxième fois où la Cour ADHP a exercé le contrôle de compatibilité normative sur le droit étatique en matière électorale, a été dans l'affaire *Action pour la protection des droits de l'homme Vs. Côte d'Ivoire*. Dans cette affaire, il a été demandé à la Cour de constater que la loi ivoirienne No. 2014-335, modificatrice de la loi 2001-634 portant composition, organisation, attribution et fonctionnement de la Commission Électorale Indépendante (CEI) n'est pas conforme aux instruments des droits de l'homme ratifiés par l'État défendeur, particulièrement la Charte africaine sur la démocratie et le Protocole de la CEDEAO sur la démocratie[3137]. Ceci parce que l'État défendeur a méconnu avec cette loi « son engagement de créer un organe électoral indépendant et impartial ainsi que son engagement de protéger le droit à l´égalité devant la loi et à la protection égale par la loi »[3138].

Pour le requérant, la composition de la CEI, prévue par l'article 5 de la Loi No. 2014-335[3139], génère un déséquilibre dans cet organe électoral qui affecte son indépendance et son impartialité, permettant que le pouvoir en place finisse avec une représentation majoritaire. Le requérant soutient également, « que la loi contestée accorde des avantages à certains candidats au détriment d'autres ; que le Président de la République est, par exemple,

---

3133 Ibid., point résolutif No. 3.
3134 COUR ADHP, *Affaire Révérend Christopher R. Mtikila Vs. Tanzanie*, Arrêt sur les réparations, Requête n° 011/2011, 13 juin 2014, § 43.
3135 Ibidem.
3136 Ibidem.
3137 COUR ADHP, *Affaire Action pour la protection des droits de l'homme (APDH) Vs. Côte d'Ivoire*, Requête n° 001/2014, Op. Cit., § 3.
3138 Ibid., § 107.
3139 Selon cet article, la CEI sera composée à son niveau central par : « i) 1 (un) représentant du Président de la République ; ii) 1 (un) représentant du Président de l'Assemblée Nationale ; iii) 1 (un) représentant du Ministre chargé de l'Administration du Territoire ; iv) 1 (un) représentant du Ministre chargé de l'Économie et des Finances ; v) 1 (un) magistrat désigné par le Conseil Supérieur de la Magistrature ; vi) 4 (quatre) représentants de la société civile, dont deux issus des confessions religieuses, un issu des Organisation Non Gouvernementales non confessionnelles et un avocat désigné par le Barreau ; vii) 4 (quatre) représentants du parti ou groupement politique au pouvoir ; viii) 4 (quatre) représentants des partis ou groupements politiques de l'opposition ».

surreprésenté au sein de la CEI alors que les candidats indépendants et ceux de l'opposition n`y sont pas représentés »[3140].

D'après l'examen de compatibilité de la Cour, il ressort « que le Parti et le groupement politique au pouvoir et les Partis et les groupements politiques de l'opposition sont chacun représentés par quatre (4) membres »[3141]. Néanmoins, le pouvoir en place est, en plus, représenté par quatre (4) autres membres dans le CEI, à savoir « un représentant du Président de la République, un représentant du Président de l'Assemblée Nationale, un représentant du Ministre chargé de l'Administration du Territoire et un représentant du Ministre chargé de l'Économie et des Finances »[3142]. Une telle configuration de la CEI permet que le pouvoir en place finisse effectivement « représenté par huit (8) membres contre quatre (4) pour l'opposition »[3143]. En conséquence, pour la Cour, l'État défendeur, en adoptant la loi contestée, « a violé son obligation de créer un organe électoral indépendant et impartial, prévu par l'article 17 de la Charte africaine sur la démocratie et l'article 3 du Protocole de la CEDEAO sur la démocratie »[3144].

À l'égard de la situation plus favorable que pourrait avoir le Président de la République dans les élections, la Cour ADHP a trouvé que dans le cas où « le Président […] ou un autre candidat appartenant à sa famille politique se porterait candidat à une élection quelconque, soit présidentielle ou législative, la loi contestée le mettrait dans une situation plus avantageuse par rapport aux autres candidats »[3145]. Pour cela, la Cour a considéré que la loi en question « viole le droit à une égale protection de la loi, consacré par les différents instruments internationaux des droits de l'homme […], particulièrement l'article 10(3) de la Charte africaine sur la démocratie et l'article 3(2) de la Charte des droits de l'homme »[3146].

À partir de ces arguments, la Cour a décidé d'ordonner à la Côte d'Ivoire, « de modifier la Loi No. 2014-335 du 18 juin 2014 relative à la Commission Électorale Indépendante pour la rendre conforme aux instruments ci-dessus mentionnés auxquels [elle] est partie »[3147].

Par ailleurs, la Cour ADHP a continué dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle à appliquer le contrôle de compatibilité normative sur le droit étatique, laissant la sensation d'avoir réussi une apparente fixation sur ce contrôle dans sa jurisprudence, ainsi qu'un compromis avec la solution des problèmes juridiques structurels.

II. L'apparente fixation de la compatibilité normative à travers le contrôle de la législation nationale sur la diffamation

Il est bien étendu que la fixation d'un nouveau *ratio decidendi* prenne du temps dans la plupart de tribunaux. Pour cette raison, l'émission de deux affaires du fond trouvant des incompatibilités normatives et corrigeant les défauts structurels des systèmes juridiques

---

[3140] COUR ADHP, *Affaire Action pour la protection des droits de l'homme (APDH) Vs. Côte d'Ivoire*, Requête n° 001/2014, Op. Cit., § 137.
[3141] Ibid., § 128.
[3142] Ibid., § 129.
[3143] Ibid., § 130.
[3144] Ibid., § 135.
[3145] Ibid., § 150.
[3146] Ibid., § 151.
[3147] Ibid., point résolutif No. 7.

étatiques sur la même matière, donne la sensation d'avoir consolidé au sein de la Cour ADHP un contrôle de compatibilité des normes étatiques. Cette sensation a été confirmée, lorsque la Cour d'Arusha a suivi à nouveau la méthode des injonctions en faisant usage de la technique d'ordonner des réformes législatives en matière des normes pénales sur la diffamation[3148].

Il s'agit de l'affaire *Lohé Issa Konaté Vs. Burkina Faso* où la Cour a connu de la violation du droit à la liberté d'expression d'un journaliste qui, pour avoir publié des articles sur le Procureur de la République, a été condamné à 12 mois d'emprisonnement ferme ; à payer une amende pour diffamation de 1.500.000 francs CFA (3000 USD) ; à payer aux parties civiles la somme de 4.500.000 francs CFA (9000 USD), à titre de dommages et intérêts ; et 250.000 francs CFA (500 USD), ainsi qu'à la suspension de la publication de son hebdomadaire pour une durée de 6 mois[3149].

Dans sa requête, le requérant a allégué que les condamnations reçues des juges au Burkina Faso, « violent son droit à la liberté d'expression protégé par les différents traités auxquels est partie l'État défendeur »[3150], principalement, l'article 9 de la [CADHP], l'article 9 du PIDCP et l'article 66.2 (c) du Traité révisé de la CEDEAO du 24 juillet 1993[3151]. Pour cela, il a été demandé à la Cour « d'ordonner une indemnisation pour le préjudice subi, de constater que les lois du Burkina Faso sur la diffamation et l'injure violent la liberté d'expression et de les modifier en conséquence »[3152].

Après d'une analyse juridique effectuée sur la base des principes de nécessité et de proportionnalité, nourris par la jurisprudence interaméricaine et européenne, la Cour ADHP a estimé que « la liberté d'expression dans une société démocratique doit faire l'objet d'un degré moindre d'interférence lorsqu'elle s'exerce dans le cadre de débats publics concernant des personnalités du domaine public »[3153]. Pour la Cour, tel qu'il a été reconnu par la Commission ADHP, « ceux qui assument des rôles publics de premier plan doivent nécessairement être prêts à faire face à des critiques plus importantes que celles que peuvent subir de simples citoyens, autrement tout débat public ne serait plus possible »[3154].

En conséquence, pour la Cour d'Arusha les articles 109 et 110 du Code de l'information et l'article 178 du Code pénal burkinabé par lesquels « le requérant a été condamné à peine privative de liberté ne sont pas compatibles avec les prescriptions de l'article 9 de la Charte [ADHP] et de l'article 19 du Pacte [PIDCP] »[3155]. De la même manière, la Cour a statué, par rapport à l'article 66.2 (c) du Traité révisé de la Communauté économique de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), que l'État défendeur a manqué à son obligation de « respecter les droits du journaliste, […] dans la mesure où la peine privative de liberté prévue par les dispositions législatives susmentionnées constitue une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression des journalistes »[3156].

[3148] Dinah SHELTON, *Konaté Vs. Burkina Faso*, Op. Cit., p. 630.
[3149] COUR ADHP, *Affaire Lohé Issa Konaté Vs. Burkina Faso*, Requête n° 004/2013, Op. Cit, §§ 5 et 6.
[3150] Ibid., § 116.
[3151] Ibidem.
[3152] Ibidem.
[3153] Ibid., § 155.
[3154] COMMISSION ADHP, *Communication 105/93*, Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project, Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project Vs. Nigeria, 31 octobre 1998, § 60.
[3155] Ibid., § 164.
[3156] Ibidem.

La Cour ADHP, dans le but de contrôler la compatibilité des normes étatiques et d'humaniser le droit africain, a vu la nécessité d'ordonner « à l'État défendeur de modifier sa législation sur la diffamation afin de la rendre compatible avec l'article 9 de la Charte, l'article 19 du Pacte et l'article 66.2 (c) du Traité révisé de la CEDEAO ». À cet effet, l'État est dans l'obligation « [d'abroger] les peines privatives de liberté pour les actes de diffamation », et « [d'adapter] sa législation afin de faire en sorte que les autres sanctions pour diffamation soient conformes aux critères de nécessité et de proportionnalité, conformément à ses obligations en vertu de la Charte et d'autres instruments internationaux pertinents »[3157].

Sur cette affaire, la Cour y est aussi revenue dans un arrêt de réparations en date de 2016, pour rappeler « sa demande faite à l'État défendeur dans son arrêt du 5 décembre 2014, relative à l'adaptation de la législation burkinabé sur la diffamation afin de faire en sorte que les sanctions soient conformes aux critères de nécessité et de proportionnalité »[3158].

Cependant, en ce qui concerne le contrôle de la compatibilité normative des normes des droits internes, le chemin parcouru par la Cour ADHP dans sa jurisprudence contentieuse, paraît s'évanouir avec le temps dès lors que la Cour a montré un changement de perspective jurisprudentielle à travers laquelle, elle se nie, *motu proprio*, la capacité d'ordonner l'harmonisation du droit étatique avec les instruments africains des droits de l'homme.

B. Les allers-retours vis-à-vis de la compatibilité des normes étatiques par la Cour d'Arusha

Malgré l'évolution montrée par la Cour ADHP sur le contrôle de compatibilité des droits étatiques, ainsi que sa nouvelle tendance de conclure que toute violation de l'une des dispositions de la CADHP est automatiquement une violation de l'article 1 du même instrument, –c'est-à-dire de l'obligation générale des États parties de reconnaître les droits, devoirs et libertés par elle reconnus et de s'engager à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer[3159], et par laquelle il semblait, d'ailleurs, que la Cour avait trouvé le fondement juridique pour émettre des injonctions vis-à-vis des États–, les derniers arrêts de la Cour africaine des droits de l'homme dévoilent un avenir ambigu à double sens pour le système ADHP. D'une part, *par le refus dans certains cas de contrôler les ordres juridiques internes qui pourraient obstruer l'avenir du système (I)*, et d'autre part, *par un retour de l'espoir pour l'Afrique en matière de compatibilité normative (II)*.

I. Le refus du contrôle des ordres juridiques internes et le risque d'obstruction de l'avenir du système ADHP

[3157] Ibid., point résolutif No. 8. Voir aussi, Dinah SHELTON, *Konaté Vs. Burkina Faso*, Op. Cit., p. 634.
[3158] COUR ADHP, *Affaire Lohé Issa Konaté Vs. Burkina Faso*, Arrêt sur les réparations, Requête n° 004/2013, 13 juin 2016, § 24.
[3159] COUR ADHP, *Affaire Norberto Zongo, Abdoulaye Nikiema, Ernest Zongo, Blaise Ilboudo et Mouvement burkinabé des droits de l'homme et des peuples Vs. Burkina Faso*, Requête n° 013/2011, Op. Cit., §§ 198 et 199, et point résolutif No. 3 ; *Affaire Alex Thomas Vs. Tanzanie*, Requête n° 005/2013, Op. Cit., §§ 135 – 137, et point résolutif No. 7 ; *Affaire African Commission on Human and Peoples' Rights Vs. Kenya*, Requête n° 006/2012, Op. Cit., §§ 212 – 217, et point résolutif No. 1 ; *Affaire Kennedy Owinio Onyachi et Charles Jhon Njoka Mwanini Vs. Tanzanie*, Requête n° 003/2015, Op. Cit., §§ 158 – 160, et point résolutif No. 1 ; et *Affaire Christopher Jonas Vs. Tanzanie*, Requête n° 011/2015, §§ 86 – 89, et point résolutif No. 6.

En effet, dans l'une de ses dernières affaires sur le fond, jugée le 24 novembre 2017, la Cour ADHP a rejeté la capacité d'ordonner l'harmonisation du droit étatique lorsqu'elle trouve que la norme du droit interne en question n'est pas compatible aux obligations internationales acquises par l'État. Il s'agit, concrètement, de l'affaire *Ingabire Victoire Umuhoza Vs. Rwanda*, où la Cour a été invitée à rendre une décision judiciaire à l'égard du procès pénal déroulé à l'encontre de la requérante ainsi que de la condamnation à 15 ans de réclusion qu'elle a eue par les autorités judiciaires rwandaises[3160].

L'origine des faits se trouve dans les activités politiques entreprises par Victoire Ingabire depuis l'année 2000, dès lors qu'elle a été portée à la tête d'un parti politique appelé le Rassemblement républicain pour la démocratie au Rwanda (RDR), lequel a eu en 2006 une fusion avec d'autres partis d'opposition (l'ADR et le FDR), pour créer le parti dénommé Forces démocratiques unifiées (FDU Inkingi)[3161].

Au début de l'année 2010, la requérante, après 17 ans passés à l'étranger, a décidé de rentrer au Rwanda avec l'objectif de contribuer à la construction de la nation, ayant, parmi ses priorités, l'enregistrement du FDU Inkingi conformément à la loi rwandaise, en prévision des élections à venir[3162]. En octobre 2010, après avoir été accusée en février d'avoir commis les infractions de complicité de terrorisme et d'idéologie du génocide, ainsi que d'avoir été arrêtée et placée en garde à vue en avril pour les mêmes délits, la requérante a été conduite à la Direction générale du *Criminal Investigation Department* (CID), où elle a été accusée des actes terroristes, crime prévu et réprimé par l'article 12 de la loi No. 45/2008 du 9 septembre 2008[3163]. Sur la base de ces imputations, Victoire Ingabire a été condamnée le 30 octobre 2012 à 8 ans de servitude pénale principale par la Haute Cour, en raison des « infractions de complot en vue de porter atteinte au pouvoir établi et aux principes constitutionnels en recourant au terrorisme et à la force armée tels qu'ils sont punis par la loi No. 21/1977 portant Code pénal »[3164], et par « l'infraction de minimisation du génocide prévue et réprimé par l'article 4 de la loi No. 6/2003 portant répression du génocide, du crime contre l'humanité et du crime de guerre »[3165].

À la suite de l'arrêt rendu par la Haute Cour, le Ministère public et la requérante ont formé appel devant la Cour suprême de Rwanda. Le premier, argumentant que la requérante : « (i) n'avait pas été déclarée coupable du crime de création d'un groupe armé en vue de mener des attaques » ; (ii) « avait été acquitté du chef de propagation intentionnelle des rumeurs dans l'intention d'inciter la population à se soulever contre les autorités publiques, pour n'avoir pas tenu compte de la législation en vigueur à l'époque » ; et (iii) la peine prononcée à l'encontre de la requérante pour les crimes dont elle avait été reconnue coupable était extrêmement réduite au vu de la gravité des crimes en question »[3166]. Tandis que la deuxième, manifestant que « la procédure en première instance n'avait pas respecté les principes fondamentaux d'un procès équitable et qu'elle avait même été condamnée pour des crimes qu'elle n'avait pas commis »[3167]. Après son analyse de l'affaire, la Cour suprême a

---

[3160] FREEDOM HOUSE, *Freedom in the World 2017 : The Annual Survey of Political Rights and Civil Liberties*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2018, p. 434.
[3161] COUR ADHP, *Affaire Ingabire Victoire Umuhoza Vs. Rwanda*, Requête n° 003/2014, Op. Cit., § 5.
[3162] Ibid., § 6.
[3163] Ibid., §§ 10 – 12.
[3164] Ibid., § 23.
[3165] Ibidem.
[3166] Ibid., § 30.
[3167] Ibid., § 31.

rejeté l'appel en décembre 2013, reconnaissant à la requérante coupable des délits imputés, et la condamnant à 15 ans de réclusion[3168].

La Cour ADHP a été convoquée pour déterminer s'il a eu une violation au droit à un procès équitable de la requérante dans le jugement pénal par les autorités rwandaises, et si sa condamnation par ces autorités était violatrice de sa liberté d'opinion et d'expression. Dans son *petitum*, la requérante a demandé à la Cour : « (a) Abroger, avec effet rétroactif, les articles 116 et 463 de la loi organique No. 01/2012 du 2 mai 2012 relative au Code pénal ainsi que ceux de la loi No. 84/2013 du 28 octobre 2013 relative à la répression du crime d'idéologie du génocide ; (b) Ordonner la révision du procès ; (c) Annuler toutes les décisions qui ont été prises depuis l'instruction préliminaire jusqu'au prononcé du dernier arrêt ; (d) Ordonner la mise en liberté conditionnelle de la requérante ; (e) Ordonner le paiement des frais de la procédure et de réparations »[3169].

En l'occurrence, la Cour a trouvé que la requérante ne conteste pas la nature des lois 33/2003 et 84/2013 ainsi que le Code pénal de 2012, par le fait que sa condamnation pour « crimes de minimisation (révisionnisme) du génocide, propagation de rumeurs visant à saper l'autorité du gouvernement, propagation de l'idéologie du génocide et atteinte à la sécurité de l'État et à la constitution était fondée sur les lois nationales de l'État défendeur»[3170], mais parce qu'à son avis, lesdites lois « sont vagues et peu claires »[3171], étant « formulées en termes larges et généraux [que] peuvent être sujettes à diverses interprétations »[3172]. C'est pourquoi la question à éclaircir pour la Cour est de savoir si la restriction à la liberté d'opinion et d'expression de Victoire Ingabire était prévue par la loi.

Cet aspect est sans doute le plus important de l'affaire, puisque la Cour a vu la nécessité de faire une analyse de la nature des infractions que ces lois visent à incriminer, déterminant que les infractions réglées sont, certes, difficiles à spécifier de manière précise, « compte tenu de la marge d'appréciation dont jouit l'État défendeur pour définir et proscrire certains actes délictuels dans sa législation interne »[3173]. Cependant, la Cour a estimé que « les lois contestées prévoient des indications suffisantes pour permettre aux individus adapter leur comportement aux règles »[3174] ; ce qui le fait conclure que « lesdites lois satisfont à l'exigence de « la loi » telle que stipulée à l'article 9.2 de la Charte »[3175].

D'après les arguments présentés par la Cour, l'on pourrait croire qu'elle était en train d'exercer un contrôle de compatibilité entre les lois contestées et la CADHP, et que celui-ci serait le chemin à suivre pour résoudre, soit de manière négative soit de manière positive, la demande d'abrogation requise par la requérante. Nonobstant, et contraire à toute prédiction, la Cour d'Arusha a manifesté sur la mesure d'abrogation que, suivant sa jurisprudence dans la décision sur la compétence prise le 15 mars 2013 dans l'affaire *Ernest Francis Mtingwi Vs. Malawi*, « elle ne peut pas faire droit à ces demandes »[3176], du fait « qu'elle n'est pas une Cour d'appel des décisions rendues et qu'elle n'est pas habilitée à abroger la législation

[3168] Ibid., § 32.
[3169] Ibid., § 48.
[3170] Ibid., § 135.
[3171] Ibidem.
[3172] Ibid., § 137.
[3173] Ibid., § 138.
[3174] Ibidem.
[3175] Ibidem.
[3176] Ibid., § 167.

nationale »[3177]. Ainsi, la Cour ADHP a écarté l'analyse de fond sur la compatibilité des lois s'en niant elle-même la possibilité de contrôler la compatibilité des normes accusées.

Le surprenant du raisonnement de la Cour n'est pas d'avoir ou non ordonné l'abrogation des normes rwandaises, mais le refus de faire une analyse de fond sur la compatibilité d'une norme étatique vis-à-vis des instruments internationaux auxquels l'État défendeur est partie et sur lesquels elle a la compétence de statuer. Surtout, si on tient compte que la Cour venait de réaliser le contrôle de compatibilité des normes internes dans des cas antérieurs, sans faire référence à la jurisprudence *Ernest Francis Mtingwi*[3178]. À cet égard, il est important de signaler que l'arrêt de compétence de l'affaire *Ernest Francis Mtingwi Vs. Malawi*, sur laquelle la Cour ADHP a appuyé sa décision de nier l'étude de compatibilité des lois rwandaises demandée par Victoire Ingabire, avait pour but de revoir une décision de la Cour suprême de Malawi concernant la résiliation unilatérale d'un contrat de travail et non l'abrogation d'une norme de droit étatique[3179] ; donc l'application de cette jurisprudence pour nier l'examen de compatibilité des normes étatiques a été une erreur.

Par ailleurs, la Cour ADHP avait d'éléments juridiques dans la jurisprudence internationale pour appuyer une décision au sujet d'abrogations normatives. Par exemple, dans les affaires de peine de mort à l'encontre de la Trinité-et-Tobago, la Cour IDH a résolu qu'ayant déterminé l'incompatibilité de la loi sur les peines corporelles avec la CADH, « et par le fait que l'État n'a pas abrogé ou annulé ladite loi après la ratification de la Convention, [elle] doit déclarer que la Trinité-et-Tobago n'a pas respecté les obligations établies à l'article 2 de la [CADH] »[3180]. Une pareille jurisprudence aurait pu être adoptée par la Cour ADHP dans l'affaire *Ingabire Victoire Umuhoza Vs. Rwanda*, si elle avait trouvé que les normes contestées étaient incompatibles. Cependant, la Cour a préféré rejeter l'option de contrôle de la compatibilité des normes étatiques, restreindre la portée du SADHP en matière de contrôle de conventionnalité, et par conséquent, se limiter à ordonner que l'État défendeur doit « prendre toutes les mesures nécessaires pour rétablir la requérante dans ses droits et faire rapport à la Cour dans un délai de six (6) mois sur les mesures prises »[3181].

Par conséquent, la jurisprudence créée par la Cour ADHP dans l'affaire *Ingabire Victoire Umuhoza Vs. Rwanda* laisse croire que les objectifs cherchés par les tribunaux internationaux des droits de l'homme, ainsi que la possibilité de prévenir et corriger la violation systématique des droits humains dans le continent africain, par l'incompatibilité des ordres juridiques

---

[3177] Ibidem.

[3178] COUR ADHP, *Affaires Tanganyika Law Society & The Legal and Human Rights Centre et Révérend Christopher R. Mtikila Vs. Tanzanie*, Requêtes n°s 009/2011 et 011/2011, Op. Cit., § 108, et point résolutif No. 3 ; *Affaire Action pour la protection des droits de l'homme (APDH) Vs. Côte d'Ivoire*, Requête n° 001/2014, Op. Cit., § 151, et point résolutif No. 7 ; *Affaire Lohé Issa Konaté Vs. Burkina Faso*, Requête n° 004/2013, Op. Cit, § 164, et point résolutif No. 8.

[3179] En effet, dans cette décision, la Cour a exprimé que l'article 3.1 du Protocole portant sa création, établit que sa compétence « s'étend à toutes les affaires et différends dont elle est saisie concernant l'interprétation et l'application de la Charte, du présent Protocole, et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les États concernés ». C'est pourquoi « elle n'a pas de compétence pour recevoir et examiner des recours concernant des affaires déjà tranchées par des tribunaux nationaux et/ou régionaux ni de tribunaux similaires ». COUR ADHP, *Affaire Ernest Francis Mtingwi Vs. Malawi*, Requête n° 001/2013, Op. Cit., §§ 13 et 14.

[3180] COUR IDH, *Affaire Caesar Vs. Trinité-et-Tobago*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 123, Op. Cit., § 94.

[3181] COUR ADHP, *Affaire Ingabire Victoire Umuhoza Vs. Rwanda*, Requête n° 003/2014, Op. Cit., point résolutif No. 10.

internes, sont avilis. Cependant, dans les dernières affaires jugées par la Cour, on note qu'il y a un retour de l'espoir pour l'Afrique en matière de contrôle de compatibilité normative.

II. Le retour de l'espoir pour l'Afrique en matière de contrôle de compatibilité normative

Le 22 mars 2018, la Cour ADHP a connu de la violation des droits à la nationalité, à n'être pas privé de la nationalité, à n'être pas arbitrairement expulsé du pays et à ce que la cause soit entendue par un tribunal, à propos d'un ressortissant de la Tanzanie[3182]. Dans cette affaire, les agents du Ministère de l'intérieur et de l'immigration de ce pays ont décidé d'annuler le passeport, et en conséquence, de déporter du pays M. Anudo, l'amenant à la frontière de Kenya, arguant qu'il n'était pas un citoyen de la Tanzanie, mais un citoyen kenyan[3183].

Étant au Kenya, le requérant a été soumis à une procédure pour entrée irrégulière au pays, dans laquelle il a été condamné pour séjour illégal, se trouvant à nouveau expulsé vers la frontière tanzanienne[3184]. Le requérant s'est vu ainsi obligé à vivre en conditions très difficiles, sans services sociaux, sans services de santé élémentaires et dans la clandestinité entre les frontières de la Tanzanie et du Kenya, comme un homme sans nation « *no man's land »*[3185].

Dans la requête, le demandeur a considéré que l'action des autorités tanzaniennes a méconnu gravement ses droits, et il a demandé à la Cour : « (i) ordonner l'annulation de la décision des autorités de l'immigration de l'expulser de son propre pays, et la restauration de sa nationalité en le déclarant citoyen de la République Unie de Tanzanie » ; « (ii) lui permettre de retourner et de rester dans l'État défendeur comme tout autre citoyen » ; « (iii) ordonner à l'État défendeur lui protéger contre la victimisation en conséquence de la présente requête » ; et « (iv) ordonner à l'État défendeur de modifier sa législation afin de garantir un procès équitable aux personnes susceptibles d'être privées de leur droit à la nationalité »[3186].

À cet égard, la Cour ADHP a considéré qu'effectivement la Tanzanie a privé le requérant de manière arbitraire de sa nationalité, puisque face à la contradiction dans les témoignages sur la relation de paternité entre le requérant et son père de nationalité tanzanienne, l'État défendeur a refusé de pratiquer le test d'ADN, la seule preuve scientifique qui pouvait démontrer la paternité et la nationalité du requérant[3187]. Ainsi, la décision de priver de la nationalité tanzanienne le requérant a méconnu l'article 15 de la DUDH[3188]. Également, la Cour a trouvé, par rapport au droit d'être entendu devant un juge, que selon l'article 10 de la loi sur l'immigration tanzanienne de 1995, la décision du Ministère de l'intérieur déclarant une personne en tant qu' « immigrant illégal » est définitive, ce qui dans le cas concret, a laissé le requérant dans l'incapacité de contester la décision du Ministère de l'intérieur devant un juge national, et a violé l'article 7 (1) (a), (b) et (c) du PIDCP[3189].

[3182] COUR ADHP, *Affaire Anudo Ocheing Anudo Vs. Tanzanie*, Requête n° 012/2015, 22 mars 2018, § 61.
[3183] Ibid., § 9.
[3184] Ibid., § 11.
[3185] Ibid., § 12.
[3186] Ibid., § 122.
[3187] Ibid, §§ 86 et 87.
[3188] Ibid, § 88.
[3189] Ibid, §§ 112 – 115.

Dans le *dispositif* de l'arrêt, la Cour ADHP en plus de reconnaître l'État défendeur responsable de la violation de l'article 15 (2) de la DUDH par la privation arbitraire du droit à la nationalité du requérant, a ordonné, à travers l'exercice du contrôle de compatibilité normative, que la Tanzanie doit « modifier sa législation pour fournir de recours judiciaires individuels en cas de litige sur la nationalité »[3190], ainsi que « de prendre toutes les mesures nécessaires pour rétablir les droits du requérant, en lui permettant de revenir sur le territoire national, assurer sa protection et soumettre un rapport à la Cour dans un délai de quarante-cinq (45) jours »[3191].

La résolution de l'affaire *Anudo Ocheing Anudo*, a fait revivre l'espoir dans le SADHP de compter avec un contrôle judiciaire sur la compatibilité des normes étatiques susceptible de promouvoir le processus de l'humanisation du droit africain des droits de l'homme.

Cet espoir, paraît prendre de la force dans la jurisprudence africaine en tenant compte d'une nouvelle affaire, la première en matière de protection des droits des femmes et des enfants, jugée sur le fond par la Cour ADHP, l'affaire *Association pour le progrès et la défense des droits des femmes maliennes (APDF) et Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) Vs. Mali*. Cette affaire est importante, dans la mesure où elle met en exergue la confrontation entre démocratie et droits de l'homme car, toute décision prise dans le cadre des procédures démocratiques n'est pas nécessairement en accord avec le droit international des droits humains.

Le Mali, en effet, dans le but de moderniser sa législation et de la rendre conforme à l'évolution du droit international des droits de l'homme, a entrepris « une vaste codification du droit des personnes et de la famille » depuis l'année 1998. Ces efforts sont aboutis à l'adoption par l'Assemblée nationale le 3 août 2009 du Code de la famille[3192]. Cependant, et malgré l'acceptation d'une grande partie de la population ainsi que des organisations de défense des droits de l'homme, le nouveau Code de famille n'a pu être promulgué, en raison d'un vaste mouvement de protestations des organisations islamiques[3193]. À cause de cela, il a été nécessaire de soumettre la loi contenant le Code de famille à une « deuxième lecture », en incluant les objections portées par les organisations islamiques, et qui a été, enfin, adoptée la 2 décembre 2011 par l'Assemblée nationale et promulguée le 30 décembre 2011 par le Chef de l'État[3194].

D'après les requérants, le nouveau Code de famille méconnaît tant les droits de femmes, en autorisant le « mariage précoce » et « l'absence de consentement au mariage », que les droits des femmes et des enfants, permettant l'inégalité successorale vis-à-vis des épouses et des enfants naturels.

Selon la requête, en ce qui concerne le mariage, l'article 281 du Code de famille, fixe l'âge minimum pour contracter mariage à 18 ans pour le garçon et 16 ans pour la fille, alors que le Protocole de Maputo (article 6.b) fixe cet âge à 18 ans pour la fille, et une dispense

---

[3190] Ibid., point résolutif No. 8.
[3191] Ibid., point résolutif No. 9.
[3192] COUR ADHP, *Affaire Association pour le progrès et la défense des droits des femmes maliennes (APDF) et Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) Vs. Mali*, Requête n° 046/2016, 11 mai 2018, § 5.
[3193] Ibid., § 6.
[3194] Ibid., § 7.

d'âge à partir de 15 ans moyennant le consentement du père et de la mère pour le garçon et le consentement du père seulement pour la fille ; l'article 300 donne compétence aux ministres de culte, à côté des officiers d'état civil, pour célébrer les mariages mais aucune disposition du Code de famille ne prévoit la vérification du consentement des époux par les ministres du culte ni les sanctionnes pour une telle omission, comme si est prévu par l'article 287 lorsque les officiers d'état ont célébré le mariage sans vérification du consentement des futurs époux, ce qui est contraire à l'article 6.a du Protocole de Maputo et à l'article 16.1 (a) et (b) de la CEDAW[3195].

Par rapport à l'inégalité successorale des femmes et des enfants naturels, la requête affirme que l'article 751 du Code de famille, prévoit que ses normes s'appliquent si « la religion ou la coutume n'est pas établie par écrit, par témoignage, par le vécu ou la commune renommée ou si, de son vivant, le défunt n'a pas manifesté par écrit ou par-devant témoins sa volonté de voir son héritage dévolu autrement ». Ceci méconnaît les articles 21 (1) et (2) du Protocole de Maputo et les articles 3, 4 et 21 de la Charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant (CADBEE), et l'article 5 de la CEDAW, parce que le droit islamique au Mali, « donne à la femme la moitié de ce que reçoit l'homme » et parce que pour le droit coutumier ou religieux appliqué en matière de successions, « l'héritage n'est pas un droit mais une faveur pour les enfants naturels issus des familles musulmanes »[3196].

La Cour ADHP a trouvé en l'espèce, que le Mali est responsable internationalement par la violation d'obligations internationales prescrites par le Protocole de Maputo, la CEDAW et la CADBEE, en réglant de manière incompatible aux droits des femmes et des enfants naturels le mariage et les successions[3197]. Pour cette raison, la Cour a ordonné à l'État défendeur, dans l'exercice du contrôle de compatibilité normative, « de modifier la loi contestée en l'harmonisant avec les instruments internationaux et de prendre les dispositions utiles afin de mettre fin aux violations constatées »[3198], ainsi que « de lui soumettre un rapport sur les mesures prises […] dans un délai raisonnable qui dans tous les cas n'excède pas 2 ans à compter de la date du présent arrêt »[3199].

La solution donnée à cette affaire par la Cour ADHP, démontre qu'elle est retournée à la bonne pratique de contrôle de la compatibilité des normes étatiques, malgré la réticence vis-à-vis de cette capacité de contrôle exprimée dans l'affaire *Ingabire Victoire Umuhoza Vs. Rwanda*. Au moins, à ce stade de l'évolution jurisprudentielle de l'Afrique en matière de droits de l'homme, demeure encore l'espoir de contrôler les incompatibilités des normes internes et de réussir une humanisation continue à travers ce mécanisme.

[3195] Ibid., §§ 59, 60, 79 et 80.
[3196] Ibid., §§ 97 et 102.
[3197] Ibid., points résolutifs Nos. 5 – 9.
[3198] Ibid., point résolutif No. 10.
[3199] Ibid., point résolutif No. 13.

Conclusion Chapitre 2

La vérification des systèmes de contrôle de conventionnalité au niveau régional et au niveau universel, a montré que les organes quasi judiciaires et judiciaires du SIDH, ont joué un rôle pionnier dans la construction du concept de contrôle de conventionnalité, à partir de l'application de l'article 2 de la CADH et de l'interprétation de l'obligation générale de prendre des mesures de droit interne[3200]. Si la dénomination du mécanisme par lequel la Cour IDH contrôle la compatibilité du droit étatique et des comportements d'autorités publiques aux obligations internationales acquises par l'État, a été donnée par la Cour dans les affaires *Almonacid Arellano et autres Vs. Chile* et *Travailleurs licenciés du Congrès Vs. Pérou*, en revanche, son inspiration a été le produit d'une série d'opinions concordantes exprimées trois ans avant par le juge interaméricain Sergio García Ramírez[3201].

On a pu constater aussi qu'en Europe, il y a eu une inexistence initiale du contrôle de conventionnalité dû à la nature juridique compensatoire sur laquelle a été construit conceptuellement le SEDH[3202]. Cependant, l'engorgement judiciaire et l'arrivée des violations structurelles, massives et graves des droits humains dans ce continent, ont impulsé un changement de perspective sur la fonction déclaratoire de la Cour EDH[3203] qui a nourri le terrain pour la mise en place des arrêts pilotes et quasi pilotes, où il est évident que leur principale nouveauté est celle de contrôler la compatibilité du droit interne et des pratiques des autorités publiques afin qu'ils soient conformes aux normes internationales sur les droits de l'homme[3204]. Sans oublier, que dans le droit de l'UE il y a eu une application liminaire de la conventionnalité du droit interne par l'exercice du « contrôle de communautarité » dans les questions préjudicielles résolues par la CJUE[3205], y compris concernant la Charte des droits fondamentaux.

D'autre part, ce chapitre a permis la découverte d'une ambivalence dans le système des droits de l'homme des Nations Unies, en ce qui concerne le contrôle de conventionnalité des Comités de surveillance des principaux traités des droits humains au niveau universel. Les Comités dans la fonction quasi contentieuse ne se sont pas mis d'accord sur l'application

---

[3200] COUR IDH, *Affaire El Amparo Vs. Venezuela*, Arrêt de fond, Série C n° 19, Op. Cit., § 4 ; *Affaire El Amparo Vs. Venezuela*, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 28, Op. Cit., § 52 ; *Affaire Genie Lacayo Vs. Nicaragua*, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 21, Op. Cit., §§ 11 et 13 ; et Antônio CANÇADO TRINDADE, *Opinion dissidente de réparations, frais et dépens,* COUR IDH, Affaire El Amparo Vs. Venezuela, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 28, Op. Cit., § 2 note de bas de page 1.

[3201] Ariel E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court ? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 50 ; et FERRER MAC-GRÉGOR, *Symposium : The Constitutionalization of International Law in Latin America Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 94.

[3202] Anne-Catherine FORTAS, *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme*, Op. Cit., pp. 41 et 42; Jean François FLAUSS, *Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Op. Cit., 227 ; et Frédéric SUDRE, *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Op. Cit., pp. 917 – 947.

[3203] Lucius CAFLISCH, « La mise en œuvre des arrêts de la Cour : nouvelles tendances », Op. Cit., p. 158.

[3204] CONSEIL DE L'EUROPE, *CEDH : mise en œuvre et contrôle. Garantir l'efficacité de la Convention européenne des droits de l'homme,* Op. Cit., p. 57 ; et David SZYMCZAK, *L'arrêt pilote : un remède efficace contre l'engorgement du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme… à condition de bien lire la notice !*, Op. Cit., pp. 662 et 663.

[3205] Alice MINET, *Le statut particulier du droit de l'Union européenne en droit français*, Op. Cit., p. 1125 ; et Alain PELLET et Alina MIRON, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Op. Cit., p. 186.

effective du contrôle de conventionnalité, du fait que le CCPR s'est montré faible au moment d'exiger l'adéquation des ordres juridiques internes aux États[3206], tandis que le CEDAW et le CRPD, ont exercé un contrôle de conventionnalité fort et clair, en ordonnant la modification des droits internes ainsi que des pratiques administratives et judiciaires incompatibles[3207]. Pour sa part, les Comités dans la fonction interprétative ont accepté l'exercice du contrôle de conventionnalité contraignant et constructif, par le biais d'observations générales[3208] et de recommandations générales[3209].

Enfin, on a pu observer qu'en Afrique le contrôle de conventionnalité a fait déjà son début, malgré la jeunesse du SADHP, vers une ouverture au contrôle de compatibilité des normes étatiques en matière électorale, où la Cour ADHP a commencé à mettre au niveau de ses homologues sa jurisprudence, ordonnant l'adoption des mesures constitutionnelles, législatives ou autres nécessaires pour garantir une harmonie entre le droit des États et les obligations internationales qu'ils ont assumées[3210]. Puis, la Cour ADHP, a laissé percevoir une apparente fixation conceptuelle sur la compatibilité des normes étatiques à travers le contrôle de la législation nationale sur la diffamation[3211].

Cependant, dans sa plus récente jurisprudence, la propre Cour ADHP a décidé de rejeter sa capacité de contrôler le droit étatique, lorsque le droit national est soupçonné de n'être pas conforme au droit international des droits de l'homme, en s'autolimitant, elle-même, la possibilité de prévenir et de corriger les violations systématiques, massives et graves des droits humains[3212]. Mais, la Cour d'Arusha, a aussi revigoré le contrôle de compatibilité des normes étatiques. Il en ressort qu'à travers une sorte d'allers-retours sur le sujet, le

---

[3206] CCPR, *Communication No. 701/1996, Gómez Vázquez Vs. Espagne*, Op. Cit., §§ 11 – 14 ; *Communication No. 1368/2005, E.B. Vs. Nouvelle-Zélande*, Op. Cit., § 11 ; *Communication No. 798/1998, Reece Vs. Jamaïque*, Op. Cit., § 10 ; *Communication No. 846/1999, Jansen-Gielen*, Op. Cit., § 11 ; *Communication No. 1069/2002, Bakhtiyari Vs. Australie*, Op. Cit., § 12 ; *Communication No. 1126/2002, Carranza Alegre Vs. Pérou*, Op. Cit., § 10 ; *Communication No. 1324/2004, Shafiq Vs. Australie*, Op. Cit., § 10 ; et *Communications Nos. 1627/2007, 1757/2008 et 1765/2008, Canessa Albareda et autres Vs. Uruguay*, Op. Cit., § 12.

[3207] CEDAW, *Communication No. 028/2010, R.K.B. Vs. Turquie*, Op. Cit., § 8.10, b) i) ; *Communication No. 031/2011, S.V.P. Vs. Bulgarie*, Op. Cit., § 10, 2) ; et CRPD, *Communication No. 004/2011, Bujdosó et autres Vs. Bulgarie*, Op. Cit., § 10, b).

[3208] CCPR, *General comment No. 3 : Article 2 (Implementation at the national level)*, Op. Cit., § 1; et *General comment No. 31 : Nature of the General Legal Obligation imposed on States Parties to the Covenant*, Op. Cit., § 7. CESCR, *General comment No. 3 : The Nature of States parties Obligations (Art. § 1)*, Op. Cit., § 2 ; *General comment No. 10 : The Role of National Human Rights Institutions in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights*, Op. Cit., § 14 ; et *General comment No. 24 : State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities*, Op. Cit., § 15.

[3209] CEDAW, *General Recommendation No. 19 : Violence against Women*, Op. Cit., § 24, t) ; *General Recommendation No. 28 : The Core Obligation of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Op. Cit., § 31 ; et *General Recommendation No. 32 : On the Gender-Related Dimensions of Refugee Status, Asylum, Nationality and Statelessness of Women*, Op. Cit., § 63. CERD, *General Recommendation No. 17 : On the Establishment of National Institutions to Facilitate the Implementation of the Convention*, Op. Cit., § 1, c) ; et *General Recommendation No. 31 : On the Prevention of Racial Discrimination in the Administration and Functioning of the Criminal Justice System,* Op. Cit., § 4, a).

[3210] COUR ADHP, *Affaires Tanganyika Law Society & The Legal and Human Rights Centre et Révérend Christopher R. Mtikila Vs. Tanzanie*, Requêtes n°s 009/2011 et 011/2011, Op. Cit., § 108, et point résolutif No. 3 ; et *Affaire Action pour la protection des droits de l'homme (APDH) Vs. Côte d'Ivoire*, Requête n° 001/2014, Op. Cit., § 151, et point résolutif No. 7.

[3211] COUR ADHP, *Affaire Lohé Issa Konaté Vs. Burkina Faso*, Requête n° 004/2013, Op. Cit, § 164, et point résolutif No. 8.

[3212] COUR ADHP, *Affaire Ingabire Victoire Umuhoza Vs. Rwanda*, Requête n° 003/2014, Op. Cit., § 167, et point résolutif No. 10.

système africain laisse pour le moment vive la possibilité d'harmoniser les droits incompatibles des États aux normes internationales des droits de l'homme[3213].

[3213] COUR ADHP, *Affaire Association pour le progrès et la défense des droits des femmes maliennes (APDF) et Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) Vs. Mali*, Op. Cit., point résolutif No. 13.

CONCLUSION TITRE II

L'universalisation des droits de l'homme afin de ne pas rester dans le théorique ni l'illusoire doit compter avec un mécanisme qui puisse la rendre une réalité. Pour le droit international humaniste le mécanisme existe déjà, et c'est le contrôle de conventionnalité, dans la mesure où il peut intégrer de manière effective aux droits internes les développements humanistes du droit international des droits de l'homme.

Les avancées réussies dans le SIDH par le contrôle de conventionnalité à travers l'obligation d'harmoniser les droits internes avec la CADH, les autres instruments internationaux auxquels les États sont parties et les interprétations faites par la Cour IDH, ont permis l'identification de valeurs communes, la création d'un « *ius commune latino-américain* »[3214], et avec celui-ci, l'humanisation des ordres juridiques étatiques, favorisant la défense et la garantie des droits des personnes en condition de vulnérabilité[3215].

L'analyse des systèmes de protection des droits de l'homme tant au niveau régional qu'universel, a permis de constater que si le SIDH est bien le plus avancé en matière de contrôle de compatibilité normative, le SEDH a progressivement suivi la même route de protection par le biais de la technique des arrêts pilotes et quasi pilotes[3216]. Il a été constaté, également, que les Comités des Nations Unis commencent déjà à s'impliquer dans la réalisation du contrôle de conventionnalité tant dans leur fonction quasi contentieuse que dans leur fonction interprétative, indiquant aux États l'adoption ou la modification des normes, et que le SADHP, malgré sa jeunesse, a déjà exercé dans sa jurisprudence le contrôle de compatibilité des normes étatiques, ordonnant aux États parties à la CADHP, l'amendement de leurs droits internes[3217].

[3214] Ariel E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court ? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., p. 68 ; et Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems) : Some Pertinent Questions*, Op. Cit., p. 125. Voir aussi, Armin Von BOGDANDY, *Ius constitutionale commune en América Latina : una Mirada a un constitucionalismo transformador*, Op. Cit., pp. 3 – 50 ; et José Ma. SERNA DE LA GARZA, « El concepto del *ius commune* latinoamericano en derechos humanos : elementos para una agenta de investigación », Op. Cit., pp. 199 – 217.

[3215] COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, *Arrêt d' « Acción de Tutela » T-274-15*, Op. Cit., p. 74, fondement juridique 5.2.4 ; et COUR SUPRÊME DE JUSTICE DE CHILI, *Affaire Juan Soto Cerda*, Requête n° 3841-2012, Op. Cit., considérant 9.

[3216] CONSEIL DE L'EUROPE, *CEDH : mise en œuvre et contrôle. Garantir l'efficacité de la Convention européenne des droits de l'homme,* Op. Cit., p. 57 ; et David SZYMCZAK, *L'arrêt pilote : un remède efficace contre l'engorgement du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme… à condition de bien lire la notice !*, Op. Cit., pp. 662 et 663.

[3217] COUR ADHP, *Affaire Lohé Issa Konaté Vs. Burkina Faso*, Requête n° 004/2013, Op. Cit, § 164, et point résolutif No. 8 ; et *Affaire Association pour le progrès et la défense des droits des femmes maliennes (APDF) et Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) Vs. Mali*, Op. Cit., point résolutif No. 13.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'utopie d'avoir une société en paix perpétuelle est réalisable[3218]. Bien que la crise de l'ordre juridique international anéantisse la crédibilité et la légitimité du droit international, il y a une issue à contempler. L'être humain est toujours capable de trouver dans les circonstances les plus adverses, les solutions les plus créatives[3219]. La crise actuelle du droit international ne serait pas l'exception à la règle. L'idée de mettre en œuvre un droit international humaniste dans le scénario international, répond à cette caractéristique des êtres humains.

Le droit global, face à l'ombre actuelle du droit international, encore dépendant dans plusieurs aspects du volontarisme étatique, a proposé une issue aux défaillances du droit international encore en vigueur[3220]. La proposition des globalistes[3221], principalement de Rafael Domingo, consiste à faire « évoluer » le droit international à travers une nouvelle structure juridique, mettant en cause l'État, la souveraineté étatique et la pyramide normative à portée échelonnée sur laquelle s'est construit le système juridique international depuis la naissance des États-nations[3222].

D'après le droit global, un tel changement permettrait que le droit qu'aujourd'hui règle la communauté internationale, puisse surmonter ses limitations structurelles et conceptuelles par la mise en place de solutions aux problématiques de cette communauté[3223]. En plus, à partir d'une réflexion sur les mobilisations humaines, les nouvelles technologies de l'information et la communication, le droit global conteste la pertinence des frontières des États westphaliens à l'égard des personnes humains de plus en plus cosmopolitiques[3224]. C'est ainsi, qu'on est arrivé au noyau dur de la proposition du droit global de Rafael Domingo, la substitution du système interétatique des Nations Unies par un système recentré sur l'humain et l'humanité[3225].

Pour Rafael Domingo, l'Humanité Unie ainsi que le Parlement Global, sont la solution au système impuissant du droit international[3226]. Bien que l'idée de mettre à la place du système des Nations Unies –où dans l'apparence tous les États sont égaux, mais il y a par

---

[3218] Antonio CASSESE, « A Plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights », *in* Antonio CASSESE (Ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 136 – 143.
[3219] Theodor MERON, *International Law in the Age of Human Rights,* Op. Cit., p. 25.
[3220] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., pp. 121 – 123.
[3221] Voir notamment, Philip JESSUP, *Transnational Law*, Op. Cit., Wilfred JENKS, *The Common Law of Mankind*, Op. Cit., Wilfred JENKS, *Law in the World Community*, Op. Cit., Wilfred JENKS, *A New World of Law? A Study of the Creative Imagination in international Law*, Op. Cit., John RAWLS, *The Law of Peoples with The Ideas of Public Reason Revisited*, Op. Cit., et Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit.
[3222] Rafael DOMINGO, *La pirámide del derecho global,* Op. Cit., pp. 29 – 61 ; et Selem HIKMAT NASSER et José GARCEZ GUIRARDI, *Around the Pyramid : Political-Theorical Challenges to Law in the Age Global Governance*, Op. Cit., pp. 62 – 70.
[3223] Guiliana ZICCARDI CAPALDO, *The Pillars of Global Law*, Op. Cit., pp. 61 – 89.
[3224] Boaventura DE SOUSA SANTOS, « Beyond Neoliberal Governance : The World Social Forum as Subaltern Cosmopolitan Politics ann Legality », *in* Boaventura DE SOUSA SANTOS et César A. RODRÍGUEZ-GARAVITO (Eds.), *Law and Globalisaton from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 29 – 63 ; et Jürgen HABERMAS, *The Postnational Constellation : Political Essays*, Op. Cit., pp. 56 et 76.
[3225] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., pp. 88 – 98.
[3226] Ibid., p. 145.

évidence 5 États plus égaux qu'autres–[3227], une nouvelle organisation dont la forteresse consiste à tenir en compte les individus et les collectivités humaines soit brillante[3228], la théorie du droit global réveille aussi plusieurs préoccupations, parmi lesquelles la question de savoir si la société civile est prête pour se développer en dehors de la régulation étatique, et si l'ordre juridique international peut, à l'heure actuelle, subsister sans la conception interétatique du droit international et, enfin, si la disparition, même progressive, des États n'était pas une source de perturbations sociales[3229].

Face à ces risques potentiels du concept du droit global, on a conclu à la nécessité d'élaborer une proposition intermédiaire entre le droit international interétatique et le droit global. La construction d'une théorie du droit international humaniste ne relève pas de la théorie du droit global, mais ne tombe plus en la défense absolue et irrationnelle du droit international et en niant ses difficultés.

Le droit international humaniste est, surtout, une solution possible à la crise de l'ordre juridique international, commandée par l'Organisation des Nations Unies[3230]. Par le biais de la dialectique, et pour composer la structure du droit international humaniste, on a pu s'inspirer des éléments révolutionnaires proposés par le droit global ainsi que de découvertes faites par quelques humanistes sur le processus d'humanisation déjà en cours du droit international.

Cançado Trindade et Theodor Meron ont déterminé, à travers leurs réflexions[3231] que malgré sa crise et grâce à la mobilisation de l'humanité, le droit international a commencé à vivre un processus de transformation vers l'humanisation[3232]. Ce processus a donné lieu à l'identification et à la construction d'un *corpus juris* de portée générale applicable à la totalité des personne humaines[3233]. Il s'agit du *corpus juris* humaniste. Pour donner une base juridique concrète au droit international humaniste, on a vu indispensable de prendre le monisme pour l'unification des normes humanistes, en donnant une primauté à ce *corpus juris* sur le droit étatique[3234]. On parle alors de l'établissement d'un monisme juridique avec primauté du droit international humaniste. C'est ainsi que le droit international proposé s'éloigne des obligations interétatiques pour s'avancer aux obligations *erga omnes*[3235].

[3227] Pierre-Édouard DELDIQUE, *Faut-il supprimer l'ONU ?*, Op. Cit., p. 38.
[3228] Rafael DOMINGO, *The New Global Law*, Op. Cit., pp. 145 – 153.
[3229] Clifford BOB, « Globalization and the Social Construction of Human Rights Campaigns », *in* Alison BRYSK (Ed.), *Globalization and Human Rights*, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 2002, pp pp. 133 – 147 ; et James N. ROSENAU, « The Drama of Human Rights in a Turbulent, Globalized World », Op. Cit., pp. 153 et 154.
[3230] Richard FALK, *Human Rights Horizons. The Pursuit of Justice in a Globalizing Word*, New York, London, Routledge, 2000, pp. 87 – 96; et Jürgen HABERMAS, *The Postnational Constellation : Political Essays*, Op. Cit., pp. 105 – 112.
[3231] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., pp. 310 et ss., et Theodor MERON, *The Humanization of international Law*, Op. Cit., pp. 56 – 60.
[3232] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium (II)*, Op. Cit., p. 27.
[3233] Christophe SWINARSKI, *Effets pour l'individu des régimes de protection de droit international*, Op. Cit., pp. 270 – 301 ; Christian DOMINICÉ, *La société internationale à la recherche de son équilibre*, Op. Cit., pp. 131 – 135 ; et Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind*, Op. Cit., pp. 20 – 22.
[3234] Claudia SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne,* Op. Cit., p. 120.
[3235] Ruti G. TEITEL, *Humanity's Law*, Op. Cit., pp. 9 – 35 ; et Vassilis TZEVELEKOS, *Revisiting the Humanisation of International Law : Limits and Potential. Obligations Erga Omnes, Hierarchy of Rules and the Principle of Due Diligence as the Basis for Further Humanisation*, Op. Cit., p. 68.

Pour renforcer le concept du droit international humaniste, il a été nécessaire aussi de réfléchir sur la primauté de l'individu au sein du système juridique international[3236]. Pour le faire, on s'est inspiré de l'idée de la pyramide globale, comme source d'inspiration, pour conclure à l'élaboration de la pyramide humaniste. Dans celle-ci, l'État est conservé, mais transformé en un *outil* d'exécution des politiques et des normes faites depuis l'humanité et au bénéfice permanent de l'être humain[3237]. Avec la nouvelle pyramide humaniste, on propose la solution de deux aspects polémiques : d'une part, la politisation du droit international, vu qu'il ne va plus dépendre des raisons d'État, mais toujours soumis aux considérations fondamentales d'humanité ; et d'autre part, réussir l'établissement du nouveau *jus gentium*, par lequel le droit international humaniste puis s'ériger en droit commun à tous les humains[3238].

À l'idée d'*État-outil*, c'est la transformation conceptuelle de la souveraineté qui se dessine. On a bien entendu que la souveraineté comprise jusque-là comme *potestas* étatique, a servi pour que les États puissent, derrière elle, justifier l'inaccomplissement d'obligations envers les ressortissants, les résidents, et en général, envers tous les êtres humains que les États ont l'obligation de protéger[3239]. La souveraineté *obligation* est ce concept revisité de souveraineté pour garantir que le territoire administré par les États soit un lieu d'épanouissement général de l'être humain, ainsi que de développement des intérêts de toute l'humanité. Par ce biais, l'on a eu besoin aussi de revoir les fonctions régaliennes et sociales de l'État, dans le but de les mettre au service de tout le genre humain[3240].

La souveraineté conçue en tant qu'obligation, laisse d'être un obstacle pour la réalisation de l'épanouissement de l'être humain, et devient un mécanisme puissant pour légitimer le contrat social souscrit entre les individus et les entités étatiques[3241]. La souveraineté *obligation*, permet, par sa nature de service, devenir une source d'obligations étatiques vers les humains et l'humanité[3242]. Par cette transformation de la souveraineté, l'on peut arriver à la solution au manquement systématique de promotion et de protection des droits de l'homme, par le renforcement de la survie de l'État comme outil d'exécution.

À partir des bases déjà décrites du droit international humaniste, on s'est engagé à démontrer la manière par laquelle cette nouvelle conception du droit international réussira l'universalisation des droits humains. On est revenu à l'idée originaire des pères de la discipline du droit international, de voir l'être humain comme le créateur de l'État et du droit pour fixer, ensuite, l'attention sur les motivations qu'ont eues les humains de s'organiser en sociétés afin de vivre en ensemble[3243]. De la même manière, ont été analysées les normes et les valeurs communes qui ont guidé l'acte de fondation étatique, telles que la liberté, l'égalité

[3236] Nicolas POLITIS, *Les nouvelles tendances du droit international*, Op. Cit., p. 77.
[3237] Jean SPIROPOULOS, *L'individu et le droit international*, Op. Cit., p. 262.
[3238] Antônio CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium (II)*, Op. Cit., pp. 26 et ss.
[3239] Jacques CHEVALLIER, *Souveraineté et droit*, Op. Cit., p. 204 ; Arnulf BECKER LORCA, *Sovereignty beyond the west : The end of classical international law*, Op. Cit., pp. 7 – 73 ; Monique CHEMILLIER-GENDREAU, *Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogations sur un concept en crise*, Op. Cit., pp. 129 et 130 ; et Marc HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international : droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité,* Op. Cit., pp. 338 – 350.
[3240] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social.* Op. Cit., pp. 92 et 104 ; et Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, *Droit international et souveraineté des États*, Op. Cit., p. 61.
[3241] Patrick DAILLIER, « Monisme et dualisme : un débat dépassé ? », Op. Cit., p. 13.
[3242] Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Op. Cit., p. 156.
[3243] André CLAIR, *Droit, communauté et humanité,* Paris, Cerf, 2000, p. 35.

et la solidarité universelle, pour établir qu'à travers ces valeurs communes, les humains sont capables de vivre dans la vertu, d'avoir un bien vivre, étant respectueux des droits d'autrui, et sans tomber dans les vices de la liberté absolue de l'état de nature ; autrement dit, de vivre en justice[3244]. Ainsi, l'on explique pourquoi dès l'acte de fondation étatique, l'existence de l'État a été déterminée à sa soumission tant à l'être humain qu'à sa protection.

Ayant constaté que l'être humain est le centre de protection de l'*État-outil*, on s'est aventuré à démontrer l'existence d'un développement progressivement universel des droits de l'homme ; d'abord, par l'établissement d'une « Charte internationale des droits de l'homme », réunissant les instruments les plus fondamentaux pour la protection des personnes humains, tels que la DUDH, le PIDCP et le PIDESC ; et après, par la formation du « Code international des droits de l'homme », qui enrichi de manière permanente la protection normative universelle des humains.

L'opportunité de décrire les éléments substantiels du droit international humaniste n'est cependant que la première facette du droit international humaniste. En effet, tel qu'il a été exprimé par la jurisprudence de la Cour EDH, tout droit doit avoir les mécanismes pour se rendre une réalité, pour empêcher qu'il ne tombe dans le champ de l'illusoire.

Aussi, c'est avec les éléments opératifs du droit international qu'on a proposé de démontrer les mécanismes à travers lesquels ce droit va compter pour universaliser la protection des êtres humains, ainsi que pour exercer une contrainte sur les entités étatiques, au moment d'appliquer la protection universelle des humains.

Le premier mécanisme à utiliser à cet égard, c'est la technique d'intégration des principes et des droits de l'homme universels aux droits internes. Cette technique, se développe par le moyen de la constitutionnalisation et de la conventionalisation du droit interne. C'est ainsi que le bloc de constitutionnalité[3245], décrirait les normes de rang supérieur *stricto sensu* et les normes *lato sensu* qui le composent, d'une part, et que la découverte des droits innomés s'effectue grâce aux clauses d'ouverture, d'autre part[3246]. Néanmoins, l'effectivité de la technique d'intégration va être renforcée par le bloc de conventionnalité des droits de l'homme[3247], à travers lequel le rôle des juges internes et internationaux des droits de l'homme va acquérir une importance particulière, dans la mesure où ils sont les chargés, par la construction d'un dialogue croisé[3248], de l'application interne des *corpus juris* déjà existants dans les systèmes régionaux de protection, et de l'encadrement de l'activité normative des droits étatiques. L'on est arrivé ainsi à la conclusion que la technique d'intégration des droits peut réussir l'assujettissement de l'ordre normatif étatique à l'ordre

---

[3244] René CASSIN, *La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme,* Op. Cit., p. 277.
[3245] Claude ÉMERI et Jean-Louis SERIN, *Les suites du référendum et l'élection présidentielle de 1969 : les modifications apportées au règlement de l'Assemblée nationale*, Op. Cit., p. 678.
[3246] Charles L. BLACK JR, *« One nation indivisible » : Unnamed human rights in the States*, Op. Cit., p. 26 ; Kurt T. LASH, *The lost jurisprudence of the ninth amendment*, Op. Cit., pp. 708 – 716 ; et Kurt T. LASH, *Of inkblots and originalism : historical ambiguity and the case of the ninth amendment*, Op. Cit., pp. 467 – 472.
[3247] Eduardo FERRER MAC-GRÉGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Op. Cit., p. 532.
[3248] Ludovic HENNEBEL, « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », Op. Cit., p. 31.

international humaniste, soit par la voie de réformes législatives, soit par la voie d'amendements constitutionnels[3249].

Le deuxième mécanisme qui garantit la concrétisation matérielle du système du droit international humaniste et l'harmonie des systèmes juridique étatiques avec celui-ci, c'est le mécanisme de contrôle de conventionnalité[3250]. Pour décrire la puissance et prouver la pertinence de ce mécanisme à l'heure d'accomplir la lourde tâche d'harmonisation des ordres juridiques internes, l'on a démontré que le contrôle de conventionnalité s'est fondé sur l'obligation étatique de prendre des mesures générales. C'est-à-dire, que le contrôle de conventionnalité des droits internes a pour base de surmonter le caractère déclaratoire des décisions des tribunaux internationaux des droits de l'homme, pour s'insérer dans le caractère correctif de ces décisions[3251].

Dans la recherche des origines du contrôle de conventionnalité, l'analyse des trois systèmes de protection régionaux des droits de l'homme en plein fonctionnement, le SIDH, le SEDH et le SADHP, ainsi que les sous-systèmes universels des Nations Unies, a permis d'établir que le SIDH est le créateur du contrôle de conventionnalité ainsi que le système de protection le plus avancé en la matière[3252]. Néanmoins, l'on a établi également que, malgré le rôle pionnier du SIDH à l'égard du contrôle de la conventionnalité des droits internes, ce contrôle commence à être pratiqué dans le SEDH, le SADHP et les sous-systèmes des Comités de surveillance des Nations Unies ; au niveau européen, à partir de la technique d'arrêts pilotes[3253], et au niveau africain et des sous-systèmes universels, par le biais de la compatibilité normative[3254].

De plus, en analysant le contrôle de conventionnalité, l'on est arrivé à la conclusion que ce contrôle n'est pas seulement du ressort des juges internationaux et des Comités de surveillance des droits de l'homme, mais qu'il est maintenant un contrôle qui appartient, et doit être exercé par les juges nationaux ainsi que par toutes les autorités publiques, dans le but de prévenir des violations des droits humains[3255]. Ainsi ont été dégagées les

---

[3249] Carlos PÉREZ VÁSQUEZ et Javier HERNÁNDEZ VALENCIA (Coord.), *A Dialogue between Judges : Writings of the Summit of Presidents of Constitutional, Regional and Supreme Courts (Mexico 2012)*, Op. Cit., pp. XXXIV et XXXV.

[3250] Ernesto REY CANTOR, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Op. Cit., pp. 167 – 171 ; Juan Carlos HITTERS, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, Op. Cit., pp. 110 – 118 ; Laurence BURGORGUE-LARSEN, *Chronique d'une théorie en vogue en Amérique Latine, décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité*, Op. Cit., pp. 831 – 863 ; Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems) : Some Pertinent Questions*, Op. Cit., pp. 137 – 148 ; et Ariel E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court ? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., pp. 45 – 93.

[3251] Voir, par exemple, COUR IDH, *Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 52, Op. Cit, § 207 ; *Affaire Zambrano Vélez et autres Vs. Équateur*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 166, Op. Cit., § 57 ; et *Affaire La Cantuta Vs. Pérou*, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 162, Op. Cit., § 171.

[3252] Ariel E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court ? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, Op. Cit., pp. 45 – 93.

[3253] COUR EDH, *Affaire Broniowski Vs. Pologne*, Requête nº 31443/96, Op. Cit., §§ 189 – 194.

[3254] COUR ADHP, *Affaire Lohé Issa Konaté Vs. Burkina Faso*, Requête n° 004/2013, Op. Cit., § 164, et point résolutif No. 8 ; et *Affaire Action pour la protection des droits de l'homme (APDH) Vs. Côte d'Ivoire*, Requête n° 001/2014, Op. Cit., §§ 135 et 151, et point résolutif No. 7.

[3255] Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems) : Some Pertinent Questions*, Op. Cit., p. 143.

caractéristiques fondamentales du contrôle de conventionnalité : un contrôle de nature, obligatoire et générale, et un contrôle de caractère, concentré et diffus.

La vérification des effets juridiques concrets du contrôle de conventionnalité en matière des droits de l'homme s'est effectuée par une étude de la jurisprudence internationale et nationale en matière des droits de l'homme. On a pu en conclure qu'au niveau international, l'application du contrôle de conventionnalité concentré corrige les problèmes structurels des violations des droits de l'homme, de même qu'il permet l'extension du patrimoine commun des droits humains ; tandis qu'au niveau national, ce contrôle réussit l'harmonisation du droit interne au droit international humaniste, et l'application dans les ordres juridiques étatiques du patrimoine commun des droits de l'homme.

Dans la même veine, et cette fois dans l'objectif de vérifier la rigueur des systèmes de contrôle de conventionnalité au niveau universel et régional, on s'est engagé à l'analyse jurisprudentielle des trois systèmes régionaux déjà mentionnés et des Comités de surveillance des Nations Unies. L'analyse effectuée a permis de conclure qu'en matière de contrôle de conventionnalité tout n'est pas acquis : s'il y a bien eu une avancée importante dans le SIDH et le SEDH, dans le SADHP, en revanche, il y a des va-et-vient sur le contrôle de la compatibilité des normes étatiques susceptibles d'obstruer l'avenir du système africain de protection[3256].

D'autre part, au sein des Comités de surveillance, on constate qu'il y a encore beaucoup à faire en matière de contrôle de compatibilité normative, puisque, des neuf Comités, trois seulement, (CCPR, CEDAW et CRPD), ont réalisé un contrôle de conventionnalité dans le cadre de leur compétence quasi contentieuse à travers les communications, et six parmi les neuf (CCPR, CESCR, CRC, CMW, CAT, et CRPD), l'ont effectué dans le cadre de leur fonction interprétative avec l'émission d'observations et/ou recommandations générales.

Cependant, et en guise de constat final, l'on a pu percevoir que, malgré sa crise et ses difficultés, le droit international a parcouru un bon chemin en matière de compatibilité normative des droits internes à l'égard des droits humains, qu'il y a encore la nécessité d'approfondir ce processus pour arriver à une pleine universalisation de droits et de protections des êtres humains, et que le mouvement en cours du droit international vers l'humanisation réveille l'espoir sur la capacité que peut avoir le droit international, s'il devient humaniste, pour résoudre les problèmes de la société du troisième millénium. Par conséquent, l'on est convaincu que le processus d'humanisation de l'ordre juridique international doit finir avec la mise en place d'un véritable droit international humaniste au-delà de l'État *potestas* et du volontarisme étatique.

[3256] Voir à cet égard, COUR ADHP, *Affaire Ingabire Victoire Umuhoza Vs. Rwanda*, Requête n° 003/2014, Op. Cit., point résolutif No. 10 ; et *Affaire Association pour le progrès et la défense des droits des femmes maliennes (APDF) et Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) Vs. Mali*, Requête n° 046/2016, Op. Cit., point résolutifs Nos. 5 – 9.

BIBLIOGRAPHIE

I. Monographies, Manuels

ABDELHAMID Hassan et autres, « Sécurité humaine et responsabilité de protéger : l'ordre humanitaire international en question », Paris, Agence universitaire de la francophonie, 2009.

ABÉLÈS Marc, « Penser au-delà de l'État », Paris, Belin, 2014.

ABI-SAAB Georges, « Cours général de droit international public », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1987, Vol. 207.

AILINCAI Mihaela, « Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe. Contribution à la théorie du contrôle international », Paris, Pedone, 2012.

ALLARD Julie et GARAPON Antoine, « Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit », Paris, Seuil, 2005.

AMNESTY INTERNATIONAL, « Connaissez la charte africaine des droits de l'homme et des peuples », Londres, Amnesty International, 1991.

AMNESTY INTERNATIONAL, « Réfugiés : un scandale planétaire », Paris, Autrement, 2012.

ANSHELM Jonas et HULTMAN Martin, « Discourses of Global Climate Change : Apocalyptic framing and political antagonism », New York, Routledge, 2015.

ANZILOTTI Dionisio, « Cours de droit international », Paris, Librairie Recueil Sirey, 1929.

ARANGO RIVADENEIRA Rodolfo, « El concepto de derechos sociales fundamentales », Bogotá, Legis, 2012.

ARENDT Hannah, « La condition de l'homme moderne : the humain condition », Paris, Calmann-Lévy, 1961.

ARENDT Hannah, « Les origines du totalitarisme : l'impérialisme », Paris, Fayard, 1982.

ARISTOTE, « Éthique à Nicomaque », Paris, J, Vrin, 1997.

ARNAUD André-Jean, « Entre modernité et mondialisation : leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État », Paris, LGDJ, 2004.

AUBY Jean-Bernard, « La globalisation, le droit et l'État », Paris, LGDJ, 2010.

BADIE Bertrand, « L'impuissance de la puissance : essai sur les nouvelles relations internationales », Paris, CNRS, 2013.

BAILEY Sidney Dawson et DAWS Sam, « The procedure of the UN security council », Oxford, Clarendon Press, 2005.

BARSAC Tessa, « La Cour africaine de justice et des droits de l'homme », Paris, Pedone, 2012.

BECK Ulrich, « Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation », Paris, Aubier, 2003.

BEDJAOUI Mohammed, « L'humanité en quête de paix et de développement (I) », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2006, Vol. 324.

BEDJAOUI Mohammed, « L'humanité en quête de paix et de développement (II) », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2006, Vol. 325.

BEHRENDT Christian et BOUHON Frédéric, « Introduction à la théorie générale de l'État », Bruxelles, Lancier, 2009.

BELLAL Annyssa, « Immunités et violations graves des droits humains : vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international ? », Bruxelles, Bruylant, 2011.

BELLO Emmanuel G., « The African Charter on Human and Peoples' Rights : A Legal Analysis », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1985, Vol. 194.

BERRAONDO LÓPEZ Mikel, « Los derechos humanos en la globalización : mecanismos de garantía y protección », Donostia-San Sebastián, Albardanía, 2005.
BOISSON DE CHAZOURNES Laurence, « Les relations entre organisations régionales et organisations universelles », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2011, Vol. 347.
BONNARD Roger, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl », Paris, Marcel Giard, 1928.
BOZEMAN Adda Bruemmer, « The Future of Law in a Multicultural World », Princeton, Princeton University Press, 2015.
BRAULT Philippe, RENAUDINEAU Guillaume et SICARD François, Le principe de subsidiarité, Paris, Documentation française, 2005.
BROWN Anne, « Human rights and the borders of suffering : The promotion of human rights in international politics », New York, Manchester University Press, 2002.
BRUNET René, « La garantie internationale des droits de l'homme d'après la Charte de San Francisco », Genève, Ch. Grasset, 1947.
BURDEAU Georges, « L'État », Paris, Seuil, 2009.
BUTLER Judith et SPIVAK Gayatri Chakravorty, « L'État global », Paris, Éditions Payot, 2007.
CALVALLI-SFORZA Luigi Luca, « Genes, Peoples and Languages », New York, Farrar, Straus & Giroux, 2000.
CAMBACAU Jean et SUR Serge, « Droit international public », Paris, Montchrestien, 2004.
CANÇADO TRINDADE Antônio et MARTÍNEZ MORENO Alfredo, « Doctrina latinoamericana del derecho internacional », San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, tome I, 2003.
CANÇADO TRINDADE Antônio, « Évolution du droit international au droit des gens : L'accès des individus à la justice internationale, Le regard d'un juge », Paris, Pedone, 2008.
CANÇADO TRINDADE Antônio, « International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium (I) », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2005, Vol. 316.
CANÇADO TRINDADE Antônio, « International Law for Humankind : Towards a New Jus Gentium (II) », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2005, Vol. 317.
CANÇADO TRINDADE Antônio, « International Law for Humankind », Boston, Martinus Nijhoff, 2013.
CANÇADO TRINDADE Antônio, « Le droit international pour la personne humaine », Paris, Pedone, 2012.
CANÇADO TRINDADE Antônio, « Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice : développements, état actuel et perspectives », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2018, Vol. 391.
CANÇADO TRINDADE Antônio, « Os Tribunais internacionais e a realização da justiça », Rio de Janeiro, Renovar, 2015.
CANÇADO TRINDADE Antônio, « State responsibility in Cases of Massacres : Contemporary Advances in International Justice », Netherlands, Netherlands Institute of Human Rights, 2011.
CANÇADO TRINDADE Antônio, « The Contribution of Latin American Legal Doctrine to The Progressive Development of International Law », Recueil des cours de l'Académie du droit International, RCADI, 2015, Vol. 376.
CARILLO-SALCEDO Juan-Antonio, « Droit international et souveraineté des États », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1996, Vol. 257.

CASSESE Antonio et JOUVE Edmond, « Pour un droit des peuples. Essais sur la Déclaration d'Alger », Paris, Berger-Levrault, 1978.

CASSIN René, « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1951-II, Vol. 79.

CHAPPEZ Jean, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes », Paris, Pedone, 1972.

CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « À quelles conditions l'universalité du droit international est-elle possible ? », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2011, Vol. 355.

CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « Humanité et souveraineté : essai sur la formation du droit international », Paris, La Découverte, 1995.

CLAIR André, « Droit, communauté et humanité », Paris, Cerf, 2000.

CLASTRES Pierre, « La société contre l'État », Paris, Minuit, 1974.

CLASTRES Pierre, « Recherches d'anthropologie politique », Paris, Seuil, 1980.

COHEN-JONATHAN Gérard et FLAUSS Jean-François, « La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme », Bruxelles, Bruylant, 2005.

COHEN-JONATHAN Gérard et FLAUSS Jean-François, « La réforme du système de contrôle contentieux de la convention européenne des droits de l'homme », Bruxelles, Bruylant, 2005.

COHEN-JONATHAN Gérard et PETTITI Christophe, « La réforme de la Cour européenne des droits de l'homme », Bruxelles, Bruylant, 2003.

COHEN-JONATHAN Gérard FLAUSS et Jean-François (Dir), « La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme », Bruxelles, Bruylant, 2005.

COMITÉ INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE, « Les conventions de Genève du 12 août 1949 », Genève, CICR, 1995.

CONSEIL DE L'EUROPE, « CEDH : mise en œuvre et contrôle, Garantir l'efficacité de la Convention européenne des droits de l'homme », Recueil de textes, Conseil de l'Europe, 2004.

CONSEIL DE L'EUROPE, « Conseil de l'Europe et la protection des droits de l'homme », Strasbourg, Direction des droits de l'homme, 1990.

CONSEIL DE L'EUROPE, « Fiche thématique – Les arrêts pilotes », Unité de la Presse, 2016, Disponible [En ligne] : http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_FRA.pdf (29 septembre 2018).

CONSEIL DE L'EUROPE, « Guide de bonnes pratiques en matière de voies de recours internes », Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2013.

CONSEIL DE L'EUROPE, « Guide pratique sur la recevabilité », Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2017, Disponible [En ligne] : https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_FRA.pdf (29 septembre 2018).

CONSEIL DE L'EUROPE, « La conscience de l'Europe : 50 ans de la Cour européenne des droits de l'homme », Londres, Third Millennium Publishing, 2010.

CONSEIL DE L'EUROPE, « La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme : Interlaken, Izmir, Brighton et au-delà : une compilation d'instruments et des textes relatifs à la réforme actuelle de la CEDH », Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2014.

CONSEIL DE L'EUROPE, « La réforme de la convention européenne des droits de l'homme : un travail continu : une compilation des publications et documents pertinents

pour la réforme actuelle de la CEDH / préparée par le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) », Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009.
CONSEIL DE L'EUROPE, « La réforme du système européen des droits de l'homme : actes du séminaire de haut niveau, Oslo, 18 octobre 2004 », Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2004.
COUR EDH, « Instruction pratique – demandes de satisfaction équitable », 2016, édicté par le président de la Cour au titre de l'article 32 du règlement le 28 mars 2007, Disponible [En ligne] : http://www.echr.coe.int/Documents/PD_satisfaction_claims_FRA.pdf (29 septembre 2018).
COUVEINHES-MATSUMOTO Florian, « L'effectivité en droit international », Bruxelles, Bruylant, 2014.
CRAWFORD James, « Chance, Order, Change : The Course of International Law », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2014, Vol. 365.
CRAWFORD James, « Les articles de la C.D.I, sur la responsabilité de l'État : introduction texte et commentaires », Paris, Pedone, 2003.
D'ASPREMONT Jean, « L'État non démocratique en droit international », Paris, Pedone, 2008.
DACEUX Emmanuel et FROUVILLE Olivier de, Droit international public, Paris, Dalloz, 2012.
DE MESTRAL Armand, « The North American free trade agreement : a comparative analysis », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1998, Vol. 275.
DE SMET François, « Le mythe de la souveraineté : du corps au contrat social », Bruxelles, E.M.E., 2011.
DE VISSCHER Charles, « Les effectivités du droit international public », Paris, Pedone, 1967.
DE VISSCHER Charles, « Théories et réalités en droit international public », Paris, Pedone, 1970.
DE VISSCHER Paul, « Cours général de droit international public », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1972, Vol. 136.
DELDIQUE Pierre-Édouard, « Faut-il supprimer l'ONU ? » Paris, Hachette Littérature, 2003.
DELMAS-MARTY Mireille et autres, « Le crime contre l'humanité », Paris, Presses universitaires de France, 2009.
DELMAS-MARTY Mireille et LUCAS DE LEYSSAC Claude, « Libertés et droits fondamentaux », Paris, Seuil, 2002.
DELMAS-MARTY Mireille, « Les forces imaginantes du droit, II : le pluralisme ordonné », Paris, Seuil, 2006.
DELMAS-MARTY Mireille, « Pour un droit commun », Paris, Seuil, 1994.
DELMAS-MARTY Mireille, « Raisonner la raison d'État : vers une Europe des droits de l'homme », Paris, Presses universitaires de France, 1989.
DELPAL Marie-Christine, « Politique extérieure et diplomatie morale : le droit d'ingérence humanitaire en question », Paris, Fondation pour les études de défense nationales, 1993.
DEMBOUR Marie-Bénédicte, « When Humans Become Migrants : Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint », Oxford, Oxford University Press, 2015.
DENIZEAU Charlotte, « Existe-t-il un bloc de constitutionnalité », Paris, LGDJ, 1997.
DISANT Mathieu, « Droit de la question prioritaire de constitutionnalité : cadre juridique, pratiques jurisprudentielles », Rueuil-Malmaison, Lamy, 2011.
DOMINGO Rafael, « El derecho global », Bogotá, Dike, 2009.

DOMINGO Rafael, « The New Global Law », New York, Cambridge University Press, 2010.
DOMINICÉ Christian, « La société internationale à la recherche de son équilibre », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2015, Vol. 370.
DOYLE Cathal M., « Indigenous Peoples, Title of Territory, Rights and Resources : The transformative role of free prior and informed consent », New York, Routledge, 2014.
DUGUIT Léon, « Les transformations du droit public », Paris, Armand Colin, 1921.
DUGUIT Léon, « Traité de droit constitutionnel », Paris, Éditions De Boccard, 1927, t. I.
DUPUY Pierre-Marie, « Droit international public », Paris, Dalloz, 2012.
DUPUY Pierre-Marie, « L'unité de l'ordre juridique international », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2000, Vol. 297.
DUPUY René-Jean, « Communauté internationale et disparités de développement », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1979, Vol. 165.
DUPUY René-Jean, « La communauté internationale entre le mythe et l'histoire », Paris, Economica, 1986.
DURKHEIM Émile, « Le contrat social de Rousseau », Paris, Kimé, 2008.
DWORKIN Ronald, « El imperio de la justicia », Barcelona, Gedisa, 2012.
DWORKIN Ronald, « L'empire du droit », Paris, Presses universitaires de France, 2004.
DWORKIN Ronald, « Prendre les droits au sérieux », Paris, Presses universitaires de France, 1995.
EBERHARD Christoph, « Le droit au miroir des cultures : pour une autre mondialisation », Paris, LGDJ, 2010.
EGEDE Edwin, « Africa and the Deep Seabed Regime : Politics and International Law of the Common Heritage of Mankind », New York, Springer, 2011.
EISENMANN Charles, « La justice constitutionnelle et la haut Cour constitutionnelle d'Autriche », Paris, LGDJ, 1928.
ESTRADA VÉLEZ Sergio Iván, « Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad », Medellín – Colombia, Universidad de Medellín, 2006.
ETEKA YEMET Valère, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : étude comparative », Paris, L'Harmattan, 1996.
FALK Richard, « Human Rights Horizons. The Pursuit of Justice in a Globalizing Word », New York, London, Routledge, 2000.
FALL Ismaïla Madior, « Évolution constitutionnelle du Sénégal : de la veille de l'Independence aux élections de 2007 », Dakar, CREDILA, 2007.
FAÚNDEZ LEDESMA Héctor, « El sistema interamericano de protección de los derechos humanos : aspectos institucionales y procesales, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos », 2009, Disponible [En ligne]: https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1575/si_proteccion_ddhh_3e.pdf (29 septembre 2018).
FENGER Niels et BROBERG Morten, « Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne », Bruxelles, Lancier, 2013.
FIDH, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples vers la Cour africaine de justice et des droits de l'homme : Guide pratique », Paris, Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, 2010, Disponible [En ligne] : https://www.fidh.org/IMG/pdf/GuideCourAfricaine.pdf (29 septembre 2018).
FLAUSS Jean François et LAMBERT-ABDELGAWAD Élisabeth, « L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », Bruxelles, Bruylant, 2004.
FLEURENCE Olivier, « La réforme du Conseil de sécurité », Bruxelles, Bruylant, 2000.

FORTAS Anne-Catherine, « La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme », Paris, Pedone, 2015.
FOUCAULT Michel, « Dits et écrits II », Paris, Gallimard, 2001.
FOUCAULT Michel, « La volonté de savoir », Paris, Gallimard, 1976.
FOUCHARD Isabelle, « Crimes internationaux : entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international », Bruxelles, Bruylant, 2014.
FREEDOM HOUSE, « Freedom in the World 2017 : The Annual Survey of Political Rights and Civil Liberties», Lanham, Rowman & Littlefield, 2018.
FROMENT Alain, « Anatomie impertinente : le corps humain et l'évolution », Paris, O, Jacob, 2013.
GARCÍA CHAVARRÍA Ana Belem, « Los procedimientos ante la Comisión interamericana de derechos humanos », México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.
GIRARDI Giulio, « Capitalisme, écocide, génocide : le cri des peuples indigènes », L'humanité face à la mondialisation : droits des peuples et environnement, Paris, L'Harmattan, 1997.
GOLTZBERG Stefan, « L'argumentation juridique », Paris, Dalloz, 2013.
GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO Alonso, « Temas selectos de derecho internacional », México, UNAM, 2003.
GÓNGORA MERA Manuel Eduardo, « Inter-American judicial constitutionalism », San José, Inter-American Institute on Human Rights, 2011.
GOSSERIES Philippe, « L'humanisme juridique : droits national, international et européen », Bruxelles, Lancier, 2013.
GREER Steven, « The Margin of Appreciation : Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights », Strasbourg, Council of Europe, 2000.
GREWE Constance et RUIZ FABRI Hélène, « Droits constitutionnels européens », Paris, Presses universitaires de France, 1995.
GROS Frédéric, « Le principe sécurité », Paris, Gallimard, 2012.
GUILLEBAUD Jean-Claude, « Principe d'humanité », Paris, Seuil, 2001.
HABERMAS Jürgen, « Après l'État-nation : une nouvelle constellation politique », Paris, Pluriel, 2013.
HABERMAS Jürgen, « The Postnational Constellation : Political Essays », Cambridge, The MIT Press, 2001.
HAFNER Gerhard, « The emancipation of the individual from the state under international law », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2011, Vol. 358.
HAIDER Dominik, « The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights », Boston, Martinus Nijhoff, 2013.
HAJAMI Nabil, « La responsabilité de protéger », Bruxelle, Bruylant, 2013.
HAMON François et TROPER Michel, « Droit constitutionnel », Paris, LGDJ, 2008.
HELD David, « Democracy and the global order, From the modern State to cosmopolitan governance », Cambridge, Polity Press, Stanford University Press, 1995.
HELLER Hermann, « La crise de la théorie de l'État », Paris, Dalloz, 2012.
HENKIN Louis, « International law : politics, values and functions, General course on public international law », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1989-IV, Vol. 216.
HENZELIN Marc, « Le principe de l'universalité en droit pénal international : droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité », Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000.
HOBBES Thomas, « Léviathan », Paris, Dalloz, 2004.

HOOD Roger et HOYLE Carolyn, « The Death Penalty : A Worldwide Perspective », Oxford, Oxford University Press, 2015.
HOURIOU André, « Droit constitutionnel et institutions politiques », Paris, Montchrestien, 1972.
HUNTINGTON Samuel P., « The Clash of Civilization and The Remaking of World Order », New York, Simon & Schuster, 1996.
HURELL Andrew, « On Global Order : Power, Values and the Constitution of International Society », Oxford, Oxford University Press, 2007.
ICISS, « The responsibility to protect », Ottawa, IDRC, 2001.
IIDH-PNUD, « La seguridad humana : en las agendas de las organizaciones multilaterales y los mecanismos de integración en América Latina y El Caribe », San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2012.
ILLA MAIKASSOUA Rachidatou, La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Paris, Karthala, 2013.
INNERARITY Daniel, « La démocratie sans l'État : essai sur le gouvernement des sociétés complexes », Paris, Climats, 2006.
JACKSON Robert J., « Global Politics in the 21st Century », New York, Cambridge University Press, 2013.
JAREMBA Urszula, « National Judges As EU Law Judges: The Polish Civil Law System », Boston, Martinus Nijhoff, 2014.
JENKS Wilfred, « A New World of Law? A Study of the Creative Imagination in international Law », Harlow, Longmans, 1969.
JENKS Wilfred, « Law in the World Community », New York, David McKay, 1968.
JENKS Wilfred, « The Common Law of Makind », New York, Frederick A. Praeger, 1958.
JESSUP Philip, « Transnational Law », New Haven, Yale University Press, 1956.
JOUVENTIN Pierre, CHAUVET David et UTRIA Enrique, La raison des plus forts : la conscience déniée aux animaux, Paris, Imho, 2010.
JULLIEN François, « De l'uniforme, du commun et du dialogue entre cultures », Paris, Fayard, 2008.
KANT Emmanuel, « Fondements de la métaphysique des mœurs », Paris, Varin, 2008.
KANT Emmanuel, « Projet de paix perpétuelle », Paris, J, Vrin, 2002.
KARST Kenneth L. et ROSENN Keith S., « Law and Development in America : A Case Book », Berkeley – Los Angeles – London, University of California Press, 1975.
KELSEN Hans, « Controverses sur la théorie pure du droit : remarque critiques sur George Scelle et Michel Virally », Paris, Panthéon-Assas, 2005.
KELSEN Hans, « Hauptprobleme der staatsrechtslehre, entwickelt aus der lehre vom Rechtssätze », Vienne, 1911.
KELSEN Hans, « Principles of international law », New York, Holt, Rinehart & Winston, 1952.
KELSEN Hans, « Théorie pure du droit », Bruxelles, LGDJ, 1999.
KERMAREC Bruno, « L'UE et l'ASEAN : mondialisation et intégration régionales en Europe et en Asie », Paris, L'Harmattan, 2003.
KOKI Hubert Kouamé, « Les droits fondamentaux des personnes morales dans la Convention européenne des droits de l'homme », Paris, L'Harmattan, 2014, tome I et II.
KOLB Robert, « Peremptory International Law – Jus Cogens : A General Inventory », Oxford, Hart Publishing, 2015.
KOLB Robert, « Théorie du ius cogens international : essai de relecture du concept », Paris, Presses universitaires de France, 2001.

LAGHMANI Slim, « Histoire du droit des gens : du jus gentium impérial au jus europaeum », Paris, Pedone, 2004.
LAMBERT ABDELGAWAD Élisabeth, « La répression du crime international d'agression : la révision programmée du Statut de Rome va-t-elle permettre l'impensable ? » RSC, 2008.
LANE Jan-Erik, « Constitutions and Political Theory », New York, Manchester University Press, 1996.
LANKARANI Leila, « Les contrats d'État à l'épreuve du droit international », Bruxelles, Bruylant, 2001.
LANTERO Caroline, « Les droits des réfugies : entre droits de l'homme et gestion de l'immigration », Bruxelles, Bruylant, 2010.
LE BRIS Catherine, « L'humanité saisie par le droit international public », Paris, LGDJ, 2012.
LINDQUIST Stefanie A. et CROSS Frank B, « Measuring judicial activism », Oxford, Oxford University Press, 2009.
LOCHAK Danièle, « Le droit et les paradoxes de l'universalité », Paris, Presses universitaires de France, 2010.
LOCHAK Danièle, « Les droits de l'homme », Paris, La découverte, 2002.
LORDA Juan Luís, « Para una idea cristiana del hombre », Madrid, Rialp, 2001.
MACKAY IRVINE, Alexander Andrew, « Human rights, constitutional law, and the development of the English legal system », Oxford, Hart, 2003.
MADURO Nicolás et CHÁVEZ Hugo, « Denuncia y salida de Venezuela de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », Caracas, Ministerio para la Comunicación y la Información, 2013.
MALCOLM Shaw, « International law », New York, Cambridge University Press, 2003.
MARIE Jean-Bernard, « La Commission des droits de l'homme de l'O.N.U, », Paris, Pedone, 1975.
MARTIN Marie, « Prioritising Border Control over Human Lives : Violations of the Rights of Migrants and Refugees at Sea », Copenhagen, Euro-Mediterranean Human Rights Network, 2014.
MASOURIDOU Yiota et KYPRIOTI Evi, « The EU-Turkey Statement and the Greek Hostposts. A Failed European Pilot Project in Refugee Policy », Brussels, Belgium, The Greens/European Free Alliance in the European Parliement, 2018.
MERON Theodor, « International Law in the Age of Human Rights », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2003, Vol. 301.
MERON Theodor, « The Humanization of international Law », Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
MERTENS Pierre, « Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violations d'un droit de l'homme », Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1973.
MICUS Annelen, « The Inter-American Human Rights System as a Safeguard for Justice in National Transitions : From Amnesty Laws to Accountability in Argentine and Peru », Boston, Brill Nijhoff, 2015.
MILLER David, « Justice for Earthlings : Essays in Political Philosophy », New York, Cambridge University Press, 2103.
MILLION-DELSON Chantal, Le principe de subsidiarité, Paris, Presse universitaires de France, 1993.
MINISTERIO PÚBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, « Diálogos : el impacto del sistema interamericano en el ordenamiento interno de los Estados », Buenos Aires, Eudeba, 2013.

MONROY CABRA Marco Gerardo, « Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional », Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.
MONTESQUIEU Charles-Lois de Secondât, « De l'esprit des lois », Paris, Gallimard, 1995.
MÜLLERSON Rein, « Democracy Promotion : Institutions, International Law and Politics », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2008, Vol. 333.
NAÔMÉ Caroline, « Le renvoi préjudiciel en droit européen : guide pratique », Bruxelles, Lancier, 2010.
NARVÁEZ MEDÉCIGO Alfredo, « Rule of Law and Fundamental Rights : Critical Comparative Analysis of Constitutional Review in the United States, Germany and Mexico », New York, Springer, 2015.
NIETZSCHE Friedrich, « Ainsi parlait Zarathoustra », Paris, Gallimard, 1947,
NIPPOLD Otfried, « Le développent historique du droit international depuis le Congrès de Vienne », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1924, Vol 002.
NOIRIEL Gérard, « État, nation et immigration : vers une histoire du pouvoir », Paris, Belin, 2001.
ONUMA Yasuaki, « A Transcivilizational Perspective on International Law : Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Multi-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2009, Vol. 342.
OUGUERGOUZ Fatsah, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité », Paris, Presses universitaires de France, 1993.
PANIKKAR Raimundo, « The Intra-religious Dialogue », New York, 1978.
PASQUALUCCI Jo M., « The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights », Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
PASTOR RIDRUEJO José Antonio, « Le droit international à la veille du vingt et unième siècle : normes, faits et valeurs », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1998, Vol. 274.
PATIL Anjali, « The UN veto in the world, 1946-1990 : a complete record and case histories of the Security Council's veto », Sarasota, UNIFO, 1992.
PAUPP Terrence E., « Redefining Human Rights in the Struggle for Peace and Development », New York, Cambridge University Press, 2014.
PÉREZ LUÑO Antonio Enrique, « Dimensiones de la igualdad », Madrid, Dykinson, 2007.
PEYRÓ LLOPIS Ana, « La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité », Bruxelles, Bruylant, 2003.
PHILIP Christian et SOLDATOS Panayotis, « Au-delà de l'État et en deçà de l'État-nation », Bruxelles, Bruylant, 1996.
PHILLIPS W Gary et BROWM William B, « Making sense of your world », Chicago, Moody Press, 1991.
POLITIS Nicolas, « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1925, Vol. 6.
POLITIS Nicolas, « Les nouvelles tendances du droit international », Paris, Hachette, 1927.
RANJEVA Raymond et CADOUX Charles, « Droit international public », Vanves, Edicef, 1992.
RAWLS John, « La justice comme équité », Paris, La Découverte, 2003.
RAWLS John, « Le droit des gens », Paris, Éditions Esprit, 1996.

RAWLS John, « The Law of Peoples wiht The Ideas of Public Reason Revisited », London, Harvard University Press, 2000.
RAWLS John, « Théorie de la justice », Paris, Points, 2009.
REISMAN Michel, « The quest for world order and human dignity in the twenty-first century : constitutive process and individual commitment », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2012, Vol. 351.
REIWALD Paul, « Conquête de la paix : fondements philosophiques de la nouvelle société », Genève, Éditions de Rhône, 1944.
REY CANTOR Ernesto, « Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos », México, Porrúa, 2008.
ROHDE David, « Endgame : the betrayal and fall of Srebrenica, Europe's worst massacre since world war II », New York, Penguin, 2012.
ROTHÉA Xavier, « France, pays des droits des Roms ? Gitans, « bohémiens », « gens du voyage », Tsiganes…face aux pouvoirs publics depuis le 19e siècle », Lyon, Carobella ex-natura, 2003.
ROULOT Jean-François, « Le crime contre l'humanité », Paris, L'Harmattan, 2002.
ROUSSEAU Jean-Jacques, « Du contrat social », Paris, Aubier, 1943.
ROUSSEAU Jean-Jacques, « Du contrat social ou principes du droit politique », Amsterdam, Marc Michel Rey, 1762.
RUIZ MIGUEL Carlos, « La ejecución de las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos », Madrid, Tecnos, 1997.
RUNAVOT Marie-Clotilde, « La compétence consultative des juridictions internationales : reflet des vicissitudes de la fonction judiciaire internationale », Paris, LGDJ, 2010.
SAAVEDRA ÁLVAREZ Yuria, « El trámite de casos individuales ante la Corte interamericana de derechos humanos », México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.
SAGÜÉZ Néstor Pedro, « La interpretación judicial de la Constitución, de la Constitución Nacional a la Constitución convencionalizada », México, Porrúa, 2013.
SAJÓ András, « Human rights with modesty : The problem of universalism », Boston, Martinus Nijhoff, 2004.
SALDIVIA Laura, « Estado, soberanía y globalización », Bogotá, Siglo del Hombre, 2010.
SALMON Jean, « Quelle place pour l'État dans le droit international d'aujourd'hui ? », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2011, Vol. 347.
SAROLÉA Sylvie, « Droits de l'homme et migrations : de la protection du migrant aux droits de la personne migrante », Bruxelles, Bruylant, 2006.
SARTORI Giovanni, « Democrazia e definizioni », Bologne, Il Mulino, 1976.
SCELLE George, « Précis du droit des gens », Paris, Sirey, 1932.
SCELLE Georges, « Cours de droit international public », Paris, Montchrestien, 1948.
SCHEMBRI CARRASQUILLA Ricardo, « Teoría jurídica de la integración latinoamericana », Bogotá, Parlamento Latinoamericano, 2001.
SCHUTTER Olivier de, « International Human Rights Law : Cases Materials, Commentary », New York, Cambridge University Press, 2010.
SCIOTTI-LAM Claudia, « L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne », Bruxelles, Bruylant, 2004.
SEMINARA Letizia, « Les effets des arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », Bruxelles, Bruylant, 2009.
SEPULVEDA Magdalena, « The nature of the obligation under the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », New York, Intersentia, 2003.

SERMET Laurent, « Une anthropologie des droits de l'homme », Paris, Éditions des archives contemporaines, 2009.
SERRANO GUZMÁN Silvia, « El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
SHELTON Dinah, « Remedies in International Human Rights Law », Oxford, Oxford University Press, 2015.
SHIVJIL Issa G., « The Concept of Human Rights in Africa », London, 1989.
SHKLAR Judith N, « The faces of injustice », New Haven, Yale University Press, 1990.
SIBERT Marcel, « Droit international public. Le droit de la paix », Paris, Dalloz, 1951, t. I.
SLAUGHTER Anne-Marie, « A new world order », Princeton, Princeton University Press, 2005.
SPERDUTI Giuseppe, « Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1976, Vol. 153.
SPIROPOULOS Jean, « L'individu et le droit international », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1929, Vol. 30.
SUDRE Frédéric, « Droit européen et international des droits de l'homme », Paris, Presses Universitaires de France, 2012.
SUDRE Frédéric, « Droit européen et international des droits de l'homme », Paris, Presses Universitaires de France, 2006.
SUR Serge, « La créativité du droit international », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2014, Vol. 363.
SWINARSKI Christophe, « Effets pour l'individu des régimes de protection de droit international », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2018, Vol. 391.
TASSIN Étienne, « Un monde commun : pour une cosmo-politique des conflits », Paris, Seuil, 2003.
TAVERNIER Paul, « Regard sur les droits de l'homme en Afrique », Paris, L'Harmattan, 2008.
TEITEL Ruti G., « Humanity's Law », Oxford, Oxford University Press, 2011.
THÜRER Daniel, « International Humanitarian Law : Theory, Practice, Context », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2011, Vol. 338, pp. 197 – 233.
TIGROUDJA Hélène et PANOUSSIS Ioannis K, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse », Bruxelles, Bruylant, 2003.
TINLAND Franck, « Droit naturel, loi civile et souveraineté », Paris, Presses universitaires de France, 1988.
TOBIN James, « The New Economics One Decade Older », Princeton, Princeton University Press, 1974.
TODA CASTÁN Daniel, « The transformation of the Inter-American system for the protection of Human Rights : the structural impact of the Inter-American Court's case law on amnesties », Venice, European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation, 2013.
TRUYOL Y SERRA Antonio, « Doctrines sur le fondement du droit des gens », Paris, Pedone, 2007.
TRUYOL Y SERRA Antonio, « Théorie du droit international public : cours général », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1981, Vol 173.

TZITZIS Stamatios, « Droit et valeur humaine : l'autre dans la philosophie du droit, de la Grèce antique à l'époque moderne », Paris, Buenos Books International, 2010.

TZITZIS Stamatios, « La personne, l'humanisme, le droit », Sainte-Foy – Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2001.

UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, « Le Conseil des droits de l'homme. Guide Pratique », United Nations, 2014, Disponible [En ligne] : https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/GuidePratique_fr.pdf (29 septembre 2018).

UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, « Déclaration et programme d'action de Vienne : 20 ans de travail pour vos droits », 2013, Disponible [En ligne] : http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_fr.pdf (29 septembre 2018).

UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, « Le dispositif conventionnel des Nations Unies relatif aux droits de l'homme », Fiche d'information No. 30/Rev,1, United Nations, 2012, Disponible [En ligne] : https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_fr.pdf (29 septembre 2018).

UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, « Country mandates », United Nations, 2018, Disponible [En ligne] : http://spinternet.ohchr.org/_Layouts/SpecialProceduresInternet/ViewAllCountryMandates.aspx (29 septembre 2018).

UN. HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, « Thematic mandates », United Nations, 2018, Disponible [En ligne] : http://spinternet.ohchr.org/_Layouts/SpecialProceduresInternet/ViewAllCountryMandates.aspx?Type=TM (29 septembre 2018).

UNHCR, « Children on the run », Washington, 2014, Disponible [En ligne] : http://www.unhcr.org/about-us/background/56fc266f4/children-on-the-run-full-report.html (29 septembre 2018).

UNHCR, « Global Compact on Refugee », New York, 2018, Disponible [En ligne] : http://www.unhcr.org/gcr/GCR_English.pdf (29 septembre 2018).

UNHCR, « Towards a Global Compact on Refugees : A Roadmap », 2017, Disponible [En ligne] : http://www.unhcr.org/58e625aa7 (29 septembre 2018).

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, « After the Tsunami : Rapid Environmental Assessment », New York, 2005.

VAN DE KERCHOVE Michel, « L'influence de Kelsen sur les théories du droit dans l'Europe francophone », Suisse, Éditions de la Baconnière, 1988.

VEITCH Scott, « Law and Irresponsibility : On the Legitimation of Human Suffering », New York, Routledge, 2007.

VELU Jacques et ERGEC Rusen, « Convention européenne des droits de l'homme », Bruxelles, Bruylant, 2014.

VERDOODT Albert, « Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme », Louvain, Société d'études morales, sociales et juridiques, Éditions Nauwelaerts, 1964.

VERDROSS Alfred, « Le fondement du droit international », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1927, Vol. 16.

VERHOEVEN Joe, « Considérations sur ce qui est commun », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2008, Vol. 344.

VILLALPANDO Santiago, « L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États », Paris, Presses universitaires de France, 2005.

VILLIGER Mark E, « Commentary on the 1969 Vienna Convention on the law of treaties », Boston, Martinus Nijhoff, 2009.
VILLIGER Mark E, « The 1969 Vienne convention on the law of treaties – 40 years after », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 2010, Vol. 344.
VITORIA Francisco, « Leçons sur l'homicide », Paris, Dalloz, 2009.
VITORIA Francisco, « Leçons sur les indiens et sur le droit de guerre », Genève, Droz, 1966.
WACHSMANN Patrick, « Les droits de l'homme », Paris, Dalloz, 2008.
WALINE Marcel, L'individualisme et le droit, Paris, Montchrestien, 1949.
WEBER Max, « Le savant et le politique : une nouvelle traduction », Paris, La Découverte, 2003.
WEBER Max, « Le savant et le politique », Paris, Éditions Plon, 1959.
WIHTOL DE WENDEN Catherine, « La globalisation humaine », Paris, Presses universitaires de France, 2009.
WIHTOL DE WENDEN Catherine, « La question migratoire au XXIe siècle : migrants, réfugiés et relations internationales », Paris, Science Po, Les Presses, 2013.
WITERBERG Joseph-Charles, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1932-III, Vol. 41.
WYLER Éric, « Théorie et pratique de la reconnaissance d'État : une approche épistémologique du droit international », Bruxelles, Bruylant, 2013.
YACOUB Joseph, « Les droits de l'homme sont-ils exportables ? : Géopolitique d'un universalisme », Paris, Ellipses, 2005.
YACOUB Joseph, « Réécrire la déclaration des droits de l'homme », Paris, Desclée de Brouwer, 2008.
YEPES Jesús María, « La contribution de l'Amérique Latine au développement du droit international public et privé », Recueil des cours de l'Académie du droit International, RCADI, 1930, Vol. 32.
ZAFFARONI Eugenio Raúl, « La pachamama y el humano », Buenos Aires, Colihue, 2012.
ZICCARDI CAPALDO Guiliana, « The Pillars of Global Law », Ashgate, Burlington, 2008.
ZICCARDI Piero, « Règles d'organisations et règles de conduite en droit international », Recueil des cours de l'Académie du droit international RCADI, 1976, Vol. 152.

II. Ouvrages Collectifs et Mélanges

ALBANESE Susana, « La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional », *in* ALBANESE Susana (Coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, pp. 15 – 44.
ÁLVAREZ José E., « State Sovereignty is Not Withering Away », in Antonio CASSESE (Ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 26 – 37.
ANANTRAM Kadambari, CHASE-DUNN Christopher et REESE Ellen, « Global Civil Society and The World Social Forum », in TURNER Bryan S. (Ed.), *The Routledge International Handbook of Globalization Studies*, London, New York, Routledge, 2010, pp. 604 – 621.
APPADURAI Arjun, « Cultural Diversity : A Conceptual Platform. Sustainable Diversity : The Indivisibility of Culture and Development », *in* UNESCO, *Universal Declaration on Cultural Diversity : a vision, a conceptual platform, a pool of ideas for implementation, a new paradigm*, Paris, UNESCO, 2002, pp. 8 – 15.

ARANGO RIVADENEIRA Rodolfo, « Fundamentos del *ius constitutionale commune* en América Latina : derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional », *in* BOGDANDY Armin Von, FIX-FIERRO Héctor, MORALES ANTONIAZZI Mariela (Coord.), *Ius constitutionale commune en América Latina : rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 25 – 36.

AUBIN François, « Autocratie et individu dans la Chine, de Song aux Ts'ing », *in L'individu face au pouvoir*, Paris, Dessain et Tolra, 1988, Vol. 47, pp. 241 – 255.

BARBIER Maurice, « Introduction, traduction et notes », *in* VITORIA Francisco, *Leçons sur les indiens et sur le droit de guerre*, Genève, Droz, 1966, pp. VII – XCV.

BARTHÉLEMY Joseph et autres (Dir.), *Les fondateurs du droit international*, Paris, Panthéon-Assas, 2014.

BASDEVANT Jules, « Hugo Grotius », *in* BARTHÉLEMY Joseph et autres (Dir.), *Les fondateurs du droit international*, Paris, Panthéon-Assas, 2014, pp. 119 – 206.

BASTID-BURDEAU Geneviève, « Le principe de souveraineté permanente sur les ressources naturelles à l'épreuve de la mondialisation », *in L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui : Mélanges en honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, pp. 27 – 34.

BAZÁN Víctor, « El control de convencionalidad : incógnitas, desafíos y perspectivas », *in* BAZÁN Víctor et NASH Claudio (Ed.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales : el control de convencionalidad*, Bogotá, Konrad Adenauer, 2012, pp. 17 – 56.

BEHRENDT Christian, « Les notions de monisme et dualisme », *in Mélanges : Melchior Michel*, Limal, Anthémis, 2010, p. 867 – 879.

BELAID Sadok, « Rapport de synthèse », in Rafâa BEN ACHOUR et Slim LAGHMANI (Dir.), Les nouveaux aspects du droit international, Rencontres internationales de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Paris, Pedone, 1994, pp. 282 – 328.

BEN MANSOUR Affef, « Un processus inédit : les arrêts « pilotes » de la CEDH », *in* OMARJEE Ismaël et SINOPOLI Laurence (Dir.), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 221 – 238.

BENCHIKH Madjid, « Souveraineté des États, droits des peuples à l'autodétermination et droits humains », *in* AKANDJI-KOMBÉ Jean-François (Dir.), *L'homme dans la société internationale : Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 3 – 31.

BIANCHI Andrea, « The Fight for Inclusion : Non-State Actors and International Law », in FASTENRATH Irich, GEIGER Rudolf, KHAN Daniel-Erasmus, PAULUS Andreas, SCHORLEMER Sabine Von et VEDDER Christoph (Eds.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 39 – 57.

BIDART CAMPOS Germán José, « Los derechos « no enumerados » en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional », *in* MENDEZ SILVA Ricardo (Coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos : memoria del VII congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 103 – 113.

BÎRSAN Corneliu, « Les aspects nouveaux de l'application des articles 41 et 46 de la Convention dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* HARTIG Hanno (Dir.), *Trente ans de droit européen des droits de l'homme : études à la mémoire de Wolfgang Strasser*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 19 – 44.

BOB Clifford, « Globalization and the Social Construction of Human Rights Campaigns », in BRYSK Alison (Ed.), *Globalization and Human Rights*, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 2002, pp pp. 133 – 147.

BOGDANDY Armin Von, « Ius constitutionale commune latinoamericanum : una aclaración conceptual », *in* BOGDANDY Armin Von, FIX-FIERRO Héctor et MORALES ANTONIAZZI Mariela (Coord.), *Ius constitutionale commune en América Latina : rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 3 – 23.

BONACKER Thorsten, DIEZ Thomas, GROMES Thorsten, GROTH Jana et PIA Emily, « Human rights and the (de)securitization of conflict », *in* MARCHETTI Raffaelle et TOCCI Nathalie (Ed.), *Civil Society, Conflicts and the Politicization of Human Rights*, Tokyo, New York, Paris, United Nations University Press, 2011, pp. 13 – 46.

BONAFINI Barbara, « The OAS and the Inter-American Court of Human Rights : A Human Rights Framework for the Americas », *in* CASSESE Sabino and al. (Ed.), *Global Administrative Law : The Casebook*, New York, Institute for International Law and Justice, 2012, pp. 50 – 59.

BONNEAU Karine, « La jurisprudence innovante de la Cour interaméricaine des droits de l'homme en matière de droit à réparations de victimes de violations des droits de l'homme », *in* HENNEBEL Ludovic et TIGROUDJA Hélène (Dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme : en l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 347 – 382.

BRÖLMANN Catherine, « Deterritorialization in international law : moving away from the divide between national and international law », *in* NOLLKAEMPER André et NIJMAN Janne E., *New perspectives on the divide between national & international law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 84 – 109.

BRUYN Donatienne de, « Le droit à un recours effectif », *in Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, pp. 185 – 205.

BRYSK Alison, « Human Rights and National Insecurity », in BRYSK Alison et SHAFIR Gershon (Ed.), *National Insecurity and Human Rights*, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 2007, pp. 1 – 14.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », *in Le dialogue des juges : mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 95 – 130.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *in Cursos de Derecho internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2008, pp. 149 – 180.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « The indirect contentious jurisdiction of the Court », in Laurence BURGORGUE-LARSEN et Amaya ÚBEDA DE TORRES, The Inter-American Court of Human Rights : Case Law and Commentary, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 25 – 52.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « The right to *ad intra* enforcement of the Convention », *in* BURGORGUE-LARSEN Laurence et ÚBEDA DE TORRES Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights : Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 243 – 268.

BUTT Daniel, « Global Equality of Opportunity as an Institutional Standard of Distributive Justice », *in* CARMODY Chios, GARCÍA Frank J. et LINARELLI John, *Global Justice*

and International Economic Law : Opportunities and Prospects, New York, Cambridge University Press, 2012, pp. 44 – 67.

CAFLISCH Lucius, « La mise en œuvre des arrêts de la Cour : nouvelles tendances », *in* SALERNO Francesco (Dir.), *La nouvelle procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme après le protocole n° 14*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 157 – 174.

CANÇADO TRINDADE Antônio, « Aproximaciones y convergencias revisitadas : Diez años de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004) » *in Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984 – 2004)*, San José/México, ACNUR, 2005, pp. 139 – 191.

CANÇADO TRINDADE Antônio, « Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos », *in* MENDEZ Juan E. et COX Francisco (Ed.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pp. 573 – 603.

CANTON Santiago A., « Leyes de amnistía », *in* DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION, *Víctimas sin mordaza : el impacto del sistema interamericano en la justicia transicional en Latinoamérica : los casos de Argentina, Guatemala, Salvador y Perú*, Washington, Due Process of Law Foundation, 2007, pp. 219 – 247.

CARBONELL Miguel, « Introducción general al control de convencionalidad », *in* GONZÁLEZ PÉREZ Luís Raúl et VALADÉS Diego (Coord.), *El constitucionalismo contemporáneo : Homenaje a Jorge Carpizo*, México, Universidad Autónoma de México, 2013, pp. 67 – 95.

CARLIER Jean-Yves, « Et Genève sera…la définition du réfugié : bilan et perspective », *in* CHETAIL Vincent et FLAUSS Jean-François (Dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 63 – 89.

CASSESE Antonio, « A Plea for a Global Community Grounded in a Core of Human Rights », in Antonio CASSESE (Ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 136 – 143.

CASSIN René, « L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle », *in La technique et les principes du droit public, étude en l'honneur de George Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, Tome I, pp. 67 – 91.

CHANET Christine, « Destruction des droits », *in* BATTATI Mario, DUHAMEL Olivier et GREILSAMER Laurent (Comp.), *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, 1998, pp. 153 – 155.

CHARTERS Claire, « Reparations for Indigenous Peoples : Global International Instruments and Institutions », *in* LENZERINI Federico (Ed.), *Reparation for indigenous Peoples : International and Comparative Perspectives*, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 163 – 196.

CHARVIN Robert, « De la prudence doctrinale face aux nouveaux rapports internationaux », *in Droit international et coopération internationale : Hommage à Jean-André TOUSCOZ*, Nice, France Europe, 2007, pp. 64 - 79.

CHASSIN Catherine-Amélie, « Le Lotus est-il mort ? Des droits de l'homme confrontés à la souveraineté des États », *in* HENNEBEL Ludovic et TIGROUDJA Hélène (Dir.), *Humanisme et droit : Mélanges en hommage au professeur Jean DHOMMEAUX*, Paris, Pedone, 2013, pp. 169 – 182.

CHAUMONT Charles, « Mort et transfiguration du jus cogens », *in L'État moderne, horizon 2000 : Mélanges offerts en honneur de Pierre-François Gonidec*, Paris, LGDJ, 1985, pp. 469 – 480.

CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « Quel avenir pour la souveraineté ? Interrogations sur un concept en crise », *in* MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique (Dir.), Dominique, *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, pp. 127 – 137.

CHETAIL Vincent, « Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international », *in* CHETAIL Vincent et FLAUSS Jean-François (Dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 3 – 61.

CHEVALIER Jacques, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », *in* MORAND Charles-Albert (Dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 37 – 61.

CHEVALIER Jacques, « Souveraineté et droit », *in* MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ Dominique (Dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, pp. 203 – 219.

CHIRDARIS Vassilis, « The limits of interpretation of the Strasbourg Court and the principle of non-regression », *in* SPIELMANN Dean et TSIRLI Marialena (Ed.), *The European Convention on human rights, a living instrument : Essays in honour of Christos L, Rozakis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 81 – 106.

CLÉRICO Laura et ALDAO Martín, « De la inclusión como igualdad en clave de redistribución y reconocimiento. Rasgos, potencialidades y desafíos para el derecho constitucional interamericano », *in* BOGDANDY Armin Von, FIX-FIERRO Héctor et MORALES ANTONIAZZI Mariela (Coord.), *Ius constitutionale commune en América Latina : rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 219 – 262.

COHEN-JONATHAN Gérard, « L'État face à la prolifération des organisations internationales », *in Colloque de Strasbourg : Les organisations internationales contemporaines*, Paris, Pedone, 1988, 177 – 203.

COHEN-JONATHAN Gérard, « Les droits de l'homme, une valeur internationale », *in Droit international et coopération internationale : Hommage à Jean-André TOUSCOZ*, Nice, France Europe Éditions, 2007, pp. 161 – 179.

COLLIOT-THÉLENE Catherine, « La fin du monopole de la violence ? », *in* COUTU Michel et ROCHER Guy (Dir.), *La légitimité de l'État et du droit : autour de Max Weber*, Paris, LGDJ et Presses de l'Université de Laval, 2006, pp. 23 – 46.

CONFORTI Benedetto, « Le principe d'équivalence et le contrôle sur les actes communautaires dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* BREITENMOSER Stephan et autres (Ed.), *Human rights, democracy and the rules of law : Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zürich : Dike ; Baden-Baden : Nomos, 2007, pp. 173 – 182.

CONFORTI Benedetto, « The Specificity of Human Rights and International Law », in FASTENRATH Irich, GEIGER Rudolf, KHAN Daniel-Erasmus, PAULUS Andreas, SCHORLEMER Sabine Von et VEDDER Christoph (Eds.), From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma, Oxford, Oxford University Press, 2011.

CORTEMBERT Sandrine, « La solidarité dans la pensée de George Scelle », *in* BÉGUIN Jean-Claude, CHARLOT Patrick et LAIDIÉ Yan (Ed.), *La solidarité en droit public*, Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 44 – 55.

COUR EDH, « *Dialogue entre juges 2015 : « Subsidiarité : une médaille à deux faces ? » »*, Strasbourg, Cour Européenne des droits de l'homme, 2015, p. 33, Disponible [En ligne] : http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2015_FRA.pdf (29 septembre 2018).

CRAWFORD James, « The Standing of State : A Critique of Article 40 of the ILC's Draft Articles on State Responsibility », *in* Mads ANDENAS (Ed.), *Judicial Review in international Perspective : Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000, Vol. II, pp. 23 – 44.

DAILLIER Patrick, « Monisme et dualisme : un débat dépassé ? », *in* BEN ACHOUR Rafaâ (Dir.), *Droit international et droits internes, développements récents, Colloque des 16-17-18 avril 1998*, Paris, Pedone, 1999, pp. 9 – 21.

DE CLÉMENT Zlata Drnas, « The Humanization of International Courts », *in* Budislav VUKAS and Trpimir SOSIC (Eds.), *International Law : New Actors, New Concepts – Continuing Dilemmas. Liber Amicorum Božidar Bakotić*, Leiden, Boston, Mass, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 397 – 408.

DE FONTBRESSIN Patrick, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme, voie de démocratie participative », *in Les droits de l'homme en évolution, mélanges en l'honneur du professeur Petros J, Parabas*, Bruxelles, Sakkoulas et Bruylant, 2009, pp. 215 – 216.

DE FONTBRESSIN Patrick, « L'individu au-delà des États », *in* HENNEBEL Ludovic et TIGROUDJA Hélène (Dir.), *Humanisme et droit : Mélanges en hommage au professeur Jean DHOMMEAUX*, Paris, Pedone, 2013, pp. 235 – 242.

DE FROUVILLE Olivier, « Justifier le droit international, défendre le cosmopolitisme », in *Réciprocité et universalité : sources et régimes du droit international des droits de l'homme : Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux*, Paris, Pedone, 2017, pp. 1159 – 1178.

DE LA PRADELLE Géraud, « Rôles du « droit » et de la « justice » en matière d'interventions humanitaires », *in* ANDERSSON Nils et LAGOT Daniel (Dir.), *Responsabilité de protéger et guerres « humanitaires » : le cas de la Lybie*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 21 – 38.

DE SOUSA SANTOS Boaventura, « Beyond Neoliberal Governance : The World Social Forum as Subaltern Cosmopolitan Politics ann Legality », *in* DE SOUSA SANTOS Boaventura et RODRÍGUEZ-GARAVITO César A. (Eds.), *Law and Globalisaton from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 29 – 63.

DECAUX Emmanuel, « « Ne tirez pas sur le pianiste », droit international public et progrès des droits de l'homme », *in* AKANDJI-KOMBÉ Jean-François (Dir.), *L'homme dans la société internationale : Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 615 – 634.

DECAUX Emmanuel, « La protection consulaire et les droits de l'homme », *in La protection consulaire : journée d'études de Lyon*, Paris, Pedone, 2006, pp. 51 – 73.

DEGNI-SEGUI René, « Article 24, paragraphes 1 et 2 », *in* COT Jean-Pierre et PELLET Alain (Dir.), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, pp. 879 – 904.

DEL TORO HUERTA Mauricio Iván, « The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of human Rights to the Configuration of Collective Property Rights of Indigenous Peoples »*, in Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, Buenos Aires, Yale Law School Latin American Legal Studies, 2008, Disponible [En ligne] :

https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1057&context=yls_sela (29 septembre 2018).

DELCOURT Barbara, « L'introduction de la notion de responsabilité de protéger dans les autorisations données par le Conseil de sécurité : enjeux politiques et paradoxes », *in* CHRISTAKIS MOLLARD-BANNELIER Karine et PISON Cyrille (Dir.), *Le recours à la force autorisé par le Conseil de sécurité*, Paris, Pedone, 2014, pp. 53 – 66.

DELMAS-MARTY Mireille et BREYER Stephen (Dir.), *Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France – États-Unis*, Paris, Société de législation comparée, 2009.

DELMAS-MARTY Mireille, « Du dialogue à la montée en puissance des juges, » *in Le dialogue des juges : mélanges en l'honneur de président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 305 – 316.

DELMAS-MARTY Mireille, « Le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine », *in* FAUVARQUE-COSSON Bénédicte et MAZEAUD Denis (Dir.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Paris, Société de législation comparée, 2003, pp. 39 – 51.

DELMAS-MARTY Mireille, « Le rôle « désintéressé » du chercheur dans la promotion d'un nouvel ordre juridique mondial », *in* FUSSMAN Gérard (Dir.), *La mondialisation de la recherche : compétition, coopération, restructuration*, Paris, Collège de France, 2011, Disponible [En ligne] : http://books.openedition.org/cdf/1611 (29 septembre 2018).

DELMAS-MARTY Mireille, « Les processus de mondialisation du droit », *in* MORAND Charles-Albert (Dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 64 – 80.

DELMAS-MARTY Mireille, « Mondialisation et montée en puissance des juges », *in Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 95 – 114.

DOMINGO Rafael, « ¿Por qué un derecho global ? », *in* DOMINGO Rafael, SANTIVÁÑEZ Martín et CAICEDO Aparicio (Coord.), *Hacia un derecho global : Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 21 – 24.

DOMINGO Rafael, « Principios del derecho global », *in* DOMINGO Rafael, SANTIVÁÑEZ Martín et CAICEDO Aparicio (Coord.), *Hacia un derecho global : Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 25 – 28.

DUCOULOMBIER Peggy, « « Arrêts pilotes » et efficacité des nouveaux recours internes », *in* DOURNEAU-JOSETTE Pascal et LAMBERT ABDELGAWAD Élisabeth (Dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2011, pp. 255 – 292.

DUHAIME Bernard, « Vers une Amérique plus égalitaire ? L'interdiction de la discrimination et le système interaméricain de protection des droits de la personne », *in* HENNEBEL Ludovic et TIGROUDJA Hélène (Dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme : en l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 151 – 182.

DUMOULIN KERVRAN David et GROS Christian, « Un modèle latino-américain ? Introduction », *in* GROS Christina et DUMOULIN KERVRAN David (Dir.), *Le multiculturalisme « au concret » : un modèle latino-américain ?* Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2011, pp. 13 – 41.

DUPUY Pierre-Marie, « Le concept de société civile internationale », *in* GHÉRARI Habib et SZUREK Sandra (Dir.), *L'émergence de la société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?* Paris, Pedone, 2003, pp. 5 – 18.

ECKLY Pierre, « Force et faiblesses de la Constitution japonaise pour le XXIe siècle », *in* HASEGAWA Ken (Dir.), *Le nouveau défi de la Constitution japonaise : les théories et pratiques pour le nouveau siècle, Séminaire franco-japonais de droit public*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 23 – 37.

FAVOREU Louis, « Le principe de constitutionnalité : essaie de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 33 – 48.

FELIX David et SAU Ranjit, « On the Revenue Potential and Phasing in of the Tobin Tax », *in* HAQ Mahbub, KAUL Inge et GRUNBERG Isabelle, *The Tobin Tax : comping with Financial Volatility,* New York, Oxford University Press, 1996, pp. 223 – 254.

FERRER MAC-GREGOR Eduardo et PELAYO MÖLLER Carlos María, « Artículo 2, Deber de adoptar disposiciones de derecho interno », *in* STEINER Christian et URIBE Patricia (Ed.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos : Comentario*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 69 – 98.

FLEINER Thomas, « Quelques réflexions sur le discours contemporain des droits de l'homme », *in Les droits individuels et le juge en Europe : Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 235 et 254.

FLORES MONTERREY Ruddy José, « The Dialogue between Judges in Distinguishing Constitutionality and Conventionality », *in* PÉREZ VÁSQUEZ Carlos et HERNÁNDEZ VALENCIA Javier (Coord.), *A Dialogue between Judges : Writings of the Summit of Presidents of Constitutional, Regional and Supreme Courts (Mexico 2012)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, pp. 79 – 100.

FROWEIN Jochen, « L'effet utile dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme », *in Liberté, justice, tolérance : mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 855 et 864.

FRYDMAN Benoît, « Conclusion : le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », *in Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 157 – 166.

FYRNYS Markus, « Expanding Competence by Judicial Lawmaking : The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights », *in* BOGDANDY Armin Von et VENZKE Ingo (Ed.), *International Judicial Lawmaking : On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 329 – 363.

GARCÍA-SAYAN Diego, « Una viva interacción : Corte Interamericana y tribunales internos », *in* CORTE IDH, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de Siglo : 1979 – 2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 326 – 384.

GARRIGUES WALKER Antonio, « La hora de la sociedad civil », *in* DOMINGO Rafael, SANTIVÁÑEZ Martín et CAICEDO Aparicio (Coord.), *Hacia un derecho global : Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 14 – 20.

GERARD Ralph Waldo, « The Rights of Man : A Biological Approach », *in* Jacques MARITAIN (Ed.), *Human Rights : Comments and Interpretations : A Symposium Edited by Unesco*, New York, Columbia University Press, 1949, pp. 209 – 214.

GHEBALI Victor-Yves, « La politisation des institutions spécialisées des Nations Unies », *in* JEQUIER Nicolas (Ed.), *Les organisations internationales entre l'innovation et la stagnation*, Lausanne, Presses polytechniques romandes, 1985, pp. 81 – 97.

GIACOMETTE FERRER Ana, « Acción pública de inconstitucionalidad de las leyes », *in* FERRER MAC-GREGOR Eduardo et ZALDÍVAR LELO DE LARREA Arturo (Coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional : Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, Marcial Pons, 2008, pp. 225 – 244.

GÓNGORA MERA Manuel Eduardo, « La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano », *in* BOGDANDY Armin Von, FIX-FIERRO Héctor et MORALES ANTONIAZZI Mariela (Coord.), *Ius constitutionale commune en América Latina : rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 301 – 327.

GÓNGORA MERA Manuel, « Derecho a la salud y discriminación interseccional : Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas », *in* CLÉRICO Laura, RONCONI Liliana et ALDAO Martín (Ed.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 133 – 159.

GOSEPATH Stefan, « The Principle of Subsidiarity », *in* FOLLESDAL Andreas and POGGE Thomas (Ed.), *Real World Justice : Grounds, Principles, Human Rights, and Social Institutions*, Dordrecht, Springer, 2005, pp. 157 – 170.

GROS ESPIELL Héctor, « Intervención humanitaria y derecho a la asistencia humanitaria », *in* RAMA-MONTALDO Manuel (Dir.), *International Law in an Evolving World – Liber Amicorum : en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, pp. 299 – 319.

GUILLAUME Gilbert, « Article 2 paragraphe 7 », *in* COT Jean-Pierre et PELLET Alain (Dir.), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, pp. 485 – 510.

GUILLAUME Gilbert, « Jus cogens et souveraineté », *in L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui : Mélanges en honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, pp. 127 – 136.

HAMMARBERG Thomas, « La Cour européenne des droits de l'homme au « tribunal de l'opinion publique » », *in* COUR EDH, *Dialogue entre juges 2012 : « Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ? »*, Strasbourg, Cour Européenne des droits de l'homme, 2012, pp. 31 – 38, Disponible [En ligne] : https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2012_FRA.pdf (29 septembre 2018).

HENNEBEL Ludovic, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme : entre particularisme et universalisme », *in* HENNEBEL Ludovic et TIGROUDJA Hélène (Dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme : en l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 75 – 119.

HENNEBEL Ludovic, « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », *in Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 31 – 76.

HERRERA GÓMEZ Manuel, « Cómo gobernar en nuevos escenarios », *in* DOMINGO Rafael, SANTIVÁÑEZ Martín et CAICEDO Aparicio (Coord.), *Hacia un derecho global :*

Reflexiones en torno al derecho y la globalización, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 37 – 40.

HEYNS Christof, « La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos », *in* GÓMEZ ISA Felipe et PUREZA José Manuel (Dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, pp. 595 – 620.

HISCOCK Mary et VAN CAENEGEM William (Ed.), *The internationalisation of law. Legislating, Decision-Making, Practice and Education*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

HUSSON-ROCHCONGAR Céline, « « Chaque homme porte la forme entière de l'humaine condition » ? Chronique d'un introuvable universel en droit international des droits de l'homme », *in* HENNEBEL Ludovic et TIGROUDJA Hélène (Dir.), *Humanisme et droit : Mélanges en hommage au professeur Jean DHOMMEAUX*, Paris, Pedone, 2013, pp. 267 – 295.

JACQUÉ Jean-Paul, « Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme », *in L'Europe et le droit : Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, pp. 325 – 340.

JIMENA QUESADA Luís, « Les obligations positives dans la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux », *in* LAMBERT-ABDELGAWAD Élisabeth, SZYMCZAK David et TOUZÉ Sébastien (Ed.), *L'homme et le droit : Mélanges en hommage au professeur Jean-François Flauss*, Paris, Pedone, 2014, pp. 429 – 443.

JOUANNET Emmanuelle, « Universalisme du droit international et impérialisme : le vrai faux paradoxe du droit international ? », *in* JOUANNET Emmanuelle et RUIZ FABRI Hélène (Dir.), *Impérialisme et droit international en Europe et aux États-Unis*, Paris, Société de législation comparée, 2007, pp. 15 – 40,

KHERAD Rahim (Dir.), *Sécurité humaine. Théorie(s) et pratique(s)*. *Colloque international en l'honneur du Doyen Dominique Breillat,* Paris, Pedone, 2010.

KLABBERS Jan et SELLERS Mortimer (Ed.), *The internationalisation of law and legal education*, Baltimore, Springer, 2008.

KLEIN Pierre, « Reflections of the Principle of Speciality Revisited and the « Politicisation » of Specialized Agencies », *in* BOISSON DE CHAZOURNES Laurence et SANDS Philippe (Ed.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, New York, Cambridge University Press, 1999, pp. 78 – 91.

KOHEN Marcelo, « Internationalisme et mondialisation », *in* MORAND Charles-Albert (Dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 107 – 130.

KOLB Robert, « Société internationale ! Communauté internationale ? », *in* AKANDJI-KOMBÉ Jean-François (Dir.), *L'homme dans la société internationale : Mélanges en hommage au professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 57 – 89.

KOVÁCS Péter, « Raison d'État et droit international », *in* AKANDJI-KOMBÉ Jean-François (Dir.), *L'homme dans la société internationale : Mélanges en hommage au professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 91 – 108.

LACROIX Laurent, « État plurinational et redéfinition du multiculturalisme en Bolivie », *in* GROS Christina et DUMOULIN KERVRAN David (Dir.), *Le multiculturalisme « au concret » : un modèle latino-américain ?* Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2011, pp. 135 – 145.

LAGERWALL Anne, « Article 64, survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (jus cogens) », *in* CORTEN Olivier et KLEIN Pierre (Dir.), *Les conventions de Vienne sur les droits des traités : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, t, III, pp. 2299 – 2342.

LAGHMANI Slim, « Droit international et droits internes : ver un renouveau du jus gentium », *in* BEN ACHOUR Rafaâ (Dir.) *Droit international et droits internes, développements récents, Colloque des 16-17-18 avril 1998*, Paris, Pedone, 1999, p. 40.

LAGROYE Jacques, « Le processus de politisation », *in* LAGROYE Jacques (Dir.), *La politisation*, Paris, Belin, 2003, pp. 359 – 372.

LAMBERT ABDELGAWAD Élisabeth et MARTIN-CHENUT Kathia (Dir.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine pionnière et modèle ?* Paris, Société de législation comparée, 2009.

LAMBERT-ABDELGAWAD Élisabeth, « La Cour européenne des droits de l'homme et la réparation des traitements inhumains, dégradants et de la torture : une jurisprudence novice ? », *in* LAMBERT-ABDELGAWAD Élisabeth et MARTIN-CHENUT Kathia (Dir.), *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?* Paris, Société de législation comparé, 2010, pp. 227 – 262.

LAMBERT-ABDELGAWAD Élisabeth, « Le rayonnement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, analyse empirique des références à la Cour européenne dans les communications de la Commission africaine », *in* COHEN-JONATHAN Gérard et FLAUSS Jean-François (Dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 139 – 187.

LANKARANI Leila, « Remarques sur les rapports du patrimoine culturel immatériel aux droits de l'homme dans la Convention de 2003 », *in* LANKARANI Leila et FINES Francette (Dir.), *Le patrimoine culturel immatériel et les collectivités infraétatiques*, Paris, Pedone, 2013, pp. 65 – 76.

LAURENT Virginie, « Dans, contre, avec l'État : Mouvement indien et politique(s) en Colombie, vingt ans après », *in* GROS Christina et DUMOULIN KERVRAN David (Dir.), *Le multiculturalisme « au concret » : un modèle latino-américain ?* Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2011, pp. 147 – 158.

LEBOEUF Luc, « L'Union européenne et la lutte contre l'immigration irrégulière : entre souveraineté et droits fondamentaux », *in* Dominique BERLIN, Francesco MARTUCCI, et Fabrice PICOD (Dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 161 – 171.

LETERRE Thierry, « L'Autre comme catégorie philosophique. Remarques sur les fondements métaphysiques et logiques de l'altérité », *in* BADIE Bertrand et SADOUN Marc, *L'autre : études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996, pp. 67 – 83.

LOCHAK Danièle, « L'autre saisi par le droit », *in* BADIE Bertrand et SADOUN Marc, *L'autre : études réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996, pp. 179 – 199.

MARIE Jean-Bernard et QUESTIAUX Nicole, « Article 55-c », *in* COT Jean-Pierre et PELLET Alain (Dir.), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, pp. 1481 – 1504.

MARITAIN Jacques (Ed.), « Human Rights : Comments and Interpretations : A Symposium Edited by Unesco », New York, Columbia University Press, 1949.

MARITAIN Jacques, « Philosophical examination of Human Rights », *in* MARITAIN Jacques (Ed.), *Human Rights : Comments and Interpretations : A Symposium Edited by Unesco*, New York, Columbia University Press, 1949, pp. 59 – 63.

MARTUCCI Francesco et RITLENG Dominique, « L'Union européenne devant le prétoire de la Cour européenne des droits de l'homme, *in* Laurence DUBIN et Marie-Clotilde RUNAVOT (Dir.), *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?* Paris, Pedone, 2014, pp. 165 – 194.

MASSÈNE SENE Papa, « La définition de PCI dans la convention de l'UNESCO, à l'épreuve de communautés en destruc(tura)tion », *in* LANKARANI Leila et FINES Francette (Dir.), *Le patrimoine culturel immatériel et les collectivités infraétatiques*, Paris, Pedone, 2013, pp. 27 – 40.

MATSUURA Koïchiro, « Cultural Diversity : A Vision. The Cultural Wealth of the World is its Diversity Dialogue », *in* UNESCO, *Universal Declaration on Cultural Diversity : a vision, a conceptual platform, a pool of ideas for implementation, a new paradigm*, Paris, UNESCO, 2002, p. 3.

MAZERON Florent, « Article 5 », *in* DECAUX Emmanuel et MARTIN Fanny (Dir.), *Le pacte international relatif aux droits civils et politiques : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011, pp. 165 – 175

MEGÍAS José, « Una constante histórica : el derecho global », *in* DOMINGO Rafael, SANTIVÁÑEZ Martín et CAICEDO Aparicio (Coord.), *Hacia un derecho global : Reflexiones en torno al derecho y la globalización*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 29 – 32.

MONROY CABRA Marco Gerardo, « Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre derechos humanos. Pacto de San José », *in Seminario regional referente a la Convención Americana sobre Derechos humanos organizado por la Comisión Interamericana de abogados y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica*, Washington, OEA, 1980, p. 34.

MÜNCH Frietz, « À propos du droit spontané », *in Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 149 – 162.

MÜNCH Frietz, « Le rôle du droit spontané », *in Pensamiento jurídico y sociedad internacional : libro-homnaje al profesor Antonio Truyol y Sierra*, Madrid, Universidad Complutense, 1986, pp. 831 – 836.

NAPOLI Daniela, « The European Union's Foreign Policy and Human Rights », *in* NEUWAHL Nanette A. et ROSAS Allan (Ed.), *The European Union and Human Rights*, Boston, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 297 – 312.

NASCIMBENE Bruno, « Violation « structurelle », violation « grave » et exigences interprétatives de la Convention européenne des droits de l'homme », *in* SALERNO Francesco (Dir.), *La nouvelle procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme après le protocole n° 14*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 135 – 148.

NIKKEN Pedro, « La función consultiva de la Corte interamericana de derechos humanos », in CORTE IDH, Memorias del seminario del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Vol. 1, 2003, pp. 161 – 181, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/seminario1.pdf (29 septembre 2018).

NORTHROP Filmer Stuart Cuckow, « Toward a Bill of Rights for the United Nations », *in* MARITAIN Jacques (Ed.), *Human Rights : Comments and Interpretations : A Symposium Edited by Unesco*, New York, Columbia University Press, 1949, pp. 181 – 184.

NOVAK TALAVERA Fabián, « La Comunidad Andina y su Ordenamiento Jurídico », *in* BREWER CARÍAS Allan-Randolph (Dir.), *Derecho Comunitario Andino*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 57 – 100.

NUÑO Alejandra, « Artículos 61, 62, 66 – 69 : Competencia, funciones y procedimiento ante la Corte IDH », *in* STEINER Christian et URIBE Patricia (Ed.), Convención Americana sobre Derechos Humanos : Comentario, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 889 – 902.

ONDOUA Alain, « La fonction consultative de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *in* ONDOUA Alain et SZYMCZAK David (Dir.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2009, pp. 105 – 116.

PALLARD Henri, « Universalité ou universalisation des droits de l'homme ? Un philosophe du droit lit un anthropologue du droit », *in* EBERHARD Christoph et VERNICOS Geneviève (Ed.), *La quête anthropologique du droit : autour de la démarche d'Étienne le Roy*, Paris, Karthala, 2006, pp. 115 – 129.

PELLET Alain et MIRON Alina (Dir.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Paris, Dalloz, 2015.

PELLET Alain, « Les traités de droits de l'homme entre banalité et spécialité », *in Réciprocité et universalité : sources et régimes du droit international des droits de l'homme : Mélanges en l'honneur du Professeur Emmanuel Decaux*, Paris, Pedone, 2017, p. 59 – 74.

PELLET Alain, « Lotus que de sottises on préfère en ton nom ! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la cour mondiale », *in L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui : Mélanges en honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, pp. 215 – 230.

PEREIRA COUTINHO Luís Pedro, LA TORRE Massimo et SMITH Steven Douglas (Ed.), *Judicial activism : an interdisciplinary approach to the American and European experiences*, New York, Springer, 2015.

PEREIRA Pamela, « Las sendas de la judicialización : una mirada al caso chileno », *in* REÁTEGUI Félix (Ed.), *Justicia transicional : manual para América Latina*, Brasilia, Comisión de Amnistía del Ministerio de Justicia de Brasil, 2011, pp. 293 – 308.

PÉREZ VÁSQUEZ Carlos et HERNÁNDEZ VALENCIA Javier (Coord.), *A Dialogue between Judges : Writings of the Summit of Presidents of Constitutional, Regional and Supreme Courts (Mexico 2012)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014.

PETERS Anne, « The globalisation of State Constitutions », *in* NIJMAN Janne et NOLLKAEMPER André, *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 251 – 308.

PETRÉN Sture, « La saisine de la Cour européenne par la Commission des droits de l'homme », *in Mélanges offerts à Polys Modinos : Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, pp. 233 – 244.

PHILIP-GAY Mathilde, « La poursuite des auteurs de graves violations de droits de l'homme : une influence de la jurisprudence interaméricaine sur le système européen ? », *in* LAMBERT-ABDELGAWAD Élisabeth et MARTIN-CHENUT Kathia, *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?* Paris, Société de législation comparé, 2010, pp. 263 – 290.

PÍA CARAZO María, « Broniowski Case », *in Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, Disponible [En ligne] :

http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1797 (29 septembre 2018).

PINTO Mónica, « El principio pro homine, Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos », *in* ABREGÚ Martín et COURTIS Christian (Dir.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 163 – 171.

POIRIER Jean, « Les droits de l'au-delà du droit », *in* EBERHARD Christoph et VERNICOS Geneviève (Ed.), La quête anthropologique du droit : autour de la démarche d'Étienne le Roy, Paris, Karthala, 2006, pp. 103 – 114.

POPOVIĆ Dragoljub, « Pilot Judgments of the ECTHR », *in* COUNCIL OF EUROPE, *Reforming of the European Convention on Human Rights : A work in progress*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009, pp. 352 – 362.

PRÉTOT Xavier, « Article premier », *in* CONAC Gérard, DEBENE Marc et TEBOUL Gérard (Dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : Histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993, pp. 65 – 76.

PUÉCHAVY Michel, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », *in Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, Vol. II, 2004, pp. 1299 – 1315.

RACINE Jean-Baptiste, « Droits économiques et droits de l'homme : introduction générale », *in* BOY Laurence, RACINE Jean Baptiste et SIIRIAINEN Fabrice (Coord.), *Droits économiques et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 7 – 21.

RINALDI Karine, « Le droit des populations autochtones et tribales à la propriété dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme », *in* HENNEBEL Ludovic et TIGROUDJA Hélène (Dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme : en l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 215 – 250.

ROBERT Anne-Cécile, « Hier et aujourd'hui : ces guerres qu'on dit humanitaires », *in* ANDERSSON Nils et LAGOT Daniel (Dir.), *Responsabilité de protéger et guerres « humanitaires » : le cas de la Libye*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 125 – 135.

RODRÍGUEZ Gabriela, « Artículo 29. Normas de interpretación », *in* STEINER Christian et URIBE Patricia (Ed.), Convención Americana sobre Derechos Humanos : Comentario, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 706 – 712.

ROLLAND Louis, « Suarez », *in Les fondateurs du droit international*, Paris, Panthéon-Assas, 2014, pp. 99 – 118.

ROSENAU James N., « The Drama of Human Rights in a Turbulent, Globalized World », in BRYSK Alison (Ed.), Globalization and Human Rights, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 2002, pp. 148 – 170.

RUBIN Jeffrey, « The Actors in Negotiation », in KREMENYUK Victor (Ed.), *International Negotiation : Analysis, Approaches, Issues*, San Francisco, Jossey-Bass, 2002, pp. 97 – 109.

RUIZ FABRI Hélène, « Droits de l'homme et souveraineté de l'État : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », *in Les droits individuels et le juge en Europe : Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 371 – 399.

RUIZ MIGUEL Carlos, « Las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos : su ejecución desde la perspectiva del derecho constitucional comparado y español », *in V Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*, México, Instituto de

investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pp. 811 – 846.

RUNAVOT Marie-Clotilde, « La fonction consultative de la Cour internationale de justice », *in* ONDOUA Alain et SZYMCZAK David (Dir.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2009, pp. 21 – 45.

RUNAVOT Marie-Clotilde, « La fonction consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : splendeurs et misères de l'avis du juge interaméricain », *in* HENNEBEL Ludovic et TIGROUDJA Hélène (Dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme : en l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2009, pp. 121 – 149.

SAGÜÉS Néstor Pedro, « El « control de convencionalidad » en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo », *in* BOGDANDY Armin Von et autres (Coord.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales : Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 381 – 417.

SALGADO PESANTES Hernán, « Justicia constitucional transnacional : el modelo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Control de constitucionalidad Vs. Control de convencionalidad », *in* BOGDANDY Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo et MORALES ANTONIAZZI Mariela (Coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacía un ius constitutionale commune en América Latina ?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, Tomo II, pp. 469 – 495.

SALMON Jean, « Article 26, pacta sunt servanda », *in* CORTEN Olivier et KLEIN Pierre (Dir.), *Les conventions de Vienne sur les droits des traités : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, t. II, pp. 1076 – 1115.

SCHAUS Annemie, « Article 27, droit interne et respect des traités », *in* CORTEN Olivier et KLEIN Pierre (Dir.), *Les conventions de Vienne sur les droits des traités : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, t. II, pp. 1119 – 1137.

SERNA DE LA GARZA José Ma., « El concepto del *ius commune* latinoamericano en derechos humanos : elementos para una agenta de investigación », *in* BOGDANDY Armin Von, FIX-FIERRO Héctor et MORALES ANTONIAZZI Mariela (Coord.), *Ius constitutionale commune en América Latina : rasgos, potencialidades y desafíos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 199 – 217.

SHELTON Dinah, « Introduction », *in* SHELTON Dinah (Ed.), *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1 – 22.

SICILIANOS Linos-Alexandre, « Les potentialités de la Convention pour l'élimination de la discrimination raciale », in *Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, Vol. II, 2004, pp. 1385 – 1397.

SILVA GARCÍA Fernando, « Aportaciones del sistema de reparaciones de la Corte Interamericana al derecho internacional de los derechos humanos », *in* BANDEIRA GALINDO George Rodrigo, UREÑA Rene et TORRES PÉREZ Aida (Coord.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, Barcelona, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, pp. 241 – 253.

SIMMA Bruno, « Human Rights Before the International Court of Justice : Community Interest Coming to Life ? », *in* TAMS Christina J. et SLOAN James (Ed.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, New York, Oxford University Press, 2013, pp. 301 – 326.

SIMMA Bruno, BRUNNER Stefan et KAUL Hans-Peter, « Article 27 », *in* SIMMA Bruno (Ed.), *The charter of the United Nations a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 476 – 523.

SMITH Ken, « Globalization and Taxation », *in* TURNER Bryan S. et Holton Robert J., *The Routledge International Handbook of Globalization Studies : Second Edition*, London/New York, Routledge, 2016, pp. 242 – 254.

SPIELMANN Dean, « Ouverture du séminaire », *in* COUR EDH, *Dialogue entre juges 2013 : « La mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme en période de crise économique »*, Strasbourg, Cour Européenne des droits de l'homme, 2013, Disponible [En ligne] : http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2013_FRA.pdf (29 septembre 2018).

STENOU Katérina, « Towards a New Paradigm. The Three Ds : Diversity, Dialogue, Development », *in* UNESCO, *Universal Declaration on Cultural Diversity : a vision, a conceptual platform, a pool of ideas for implementation, a new paradigm*, Paris, UNESCO, 2002, p. 61.

SUDRE Frédéric, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y-a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme », *in Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 385.

SUY Éric, « Article 53, traité en conflit avec une norme impérative du droit international général », *in* CORTEN Olivier et KLEIN Pierre (Dir.), *Les conventions de Vienne sur les droits des traités : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, t, II, 1905 – 1920.

SZESNAT Felicity et BIRD Annie R., « Colombia », *in* WILMSHURST Elizabeth (Ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 232 – 239.

SZUREK Sandra, « Article 1 », *in* KAMTO Maurice et PILLAY Navanethem, *La charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme*, Bruxelles, 2011, pp. 81 – 117.

SZUREK Sandra, « La société civile internationale et l'élaboration du droit international », *in* GHÉRARI Habib et SZUREK Sandra (Dir.), *L'émergence de la société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?* Paris, Pedone, 2003, p. 49 – 75.

SZYMCZAK David, « La compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* ONDOUA Alain et SZYMCZAK David (Dir.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2009, pp. 89 – 104.

TAVERNIER Paul, « Article 27 », *in* COT Jean-Pierre et PELLET Alain (Dir.), *La Charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, pp. 935 – 957.

TEILHARD DE CHARDIN Pierre, « Some Reflections on the Rights of Man », *in* Jacques MARITAIN (Ed.), *Human Rights : Comments and Interpretations : A Symposium Edited by Unesco*, New York, Columbia University Press, 1949, pp. 95 – 97.

THOUVENIN Jean-Marc, « Genèse de l'idée de responsabilité de protéger », *in La responsabilité de protéger : colloque de Nanterre*, Paris, Pedone, 2008, pp. 21 – 38.

TIGROUDJA Hélène, « La fonction consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *in* ONDOUA Alain et SZYMCZAK David (Dir.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2009, pp. 67 – 85.

TOMUSCHAT Christian, « La protection internationale des droits des victimes », *in* FLAUSS Jean-François (Ed.), *La protection internationale des droits de l'homme et les droits des victimes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 1 – 29.

TROPER Michel, « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité », *in* HERRERA Carlos-Miguel, *Le droit, le politique : autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 157 – 182.

TURNER Bryan S., « Theories of Globalization. Issues and Origins », in TURNER Bryan S. (Ed.), *The Routledge International Handbook of Globalization Studies*, London, New York, Routledge, 2010, pp. 3 – 22.

VERDROSS Alfred, « Le principe de la non intervention dans les affaires relevant de la compétence nationale d'un État et l'article 2(7) de la Charte des Nations Unies », *in Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 267 – 276.

VERDUSSEN Marc, « La protection des droits fondamentaux en Europe : subsidiarité et circularité », *in* DELPÉRÉE Francis (Ed.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 311 – 312.

VERHOEVEN Joe, « Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international », *in* VERHOEVEN Joe (Ed.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?* Bruxelles, Lancier, 2004, pp. 61 – 146.

WALTER Christian, « International law in a process of Constitutionalization », *in* NOLLKAEMPER André et NIJMAN Janne E., *New perspectives on the divide between national & international law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 191 – 215.

YACOUB Joseph, « L'universalité des droits de l'homme et les exigences des particularités : l'apport de Jacques Maritain », *in Les droits de l'homme en évolution : Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Parabas*, Bruxelles, Sakkoulas et Bruylant, 2009, pp. 569 – 578.

III. Articles de Revues

ABLINE Gaël, « Les observations générales, une technique d'élargissement des droits de l'homme », Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2008, No. 74, pp. 449 – 479.

ABRAHAM Ronny, « La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme : le protocole n° 11 à la Convention », Annuaire français de droits de l'homme, Paris, CNRS, 1994, Vol. 40, pp. 619 – 632.

ABRISKETA URIARTE Joana, « Las sentencias piloto : el tribunal europeo de derechos humanos, de juez a legislador », Revista española de Derecho Internacional, 2013, Vol. LXV, pp. 73 – 99.

AGO Roberto, « Nouvelles réflexions sur la codification du droit international », Revue générale de droit international public, Paris, Pedone, 1988, Vol. 92, pp. 539 – 576.

AKANDJI-KOMBÉ Jean-François, « Droit constitutionnel, droit international et droit européen des droits de l'homme : concurrence, confusion, complémentarité ? », Droit social, Paris, Dalloz, 2014, No. 4, pp. 301 – 307.

AL SAMARAIE Nasir Ahmed, « Humanitarian implication in the war in Iraq », International Review of the Red Cross, 2007, Vol. 89, No. 868, pp. 929 – 942.

ALBERTON Ghislaine, « De l'indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité ? » Revue française de droit administratif, Paris, Dalloz, 2005, No. 2, pp. 249 – 268.

ALLAIN Jean, « The jus cogens nature of non-refoulement », International journal of refugee law, Oxford, Oxford University Press, Vol. 13, No. 4, 2002, pp. 533 – 558.

ALLOT Anthony, « The Effectiveness of Laws », Valparaiso University Law Review, 1981, Vol. 15, No. 2, pp. 229 – 242.

ALPES Maybritt Jill, TUNABOYLU Sevda et LIEMPT Ilse Van, « Human Rights Violations by Design : EU-Turket Statement Prioritises Returns from Greece Over Access to Asylum », RSCAS, 2017, Issue 29, pp. 1 – 10.

ÁLVAREZ ORTEGA Elena Laura, « The Attribution of International Responsibility to a State for Conduct of Private Individuals within the Territory of Another State », Revista para el Análisis del Derecho, 2015, No. 1, Disponible [En ligne] : http://www.indret.com/pdf/1116_es.pdf (29 septembre 2018).

AMAYA VILLARREAL Álvaro Francisco, « El principio pro homine : interpretación extensiva Vs. el consentimiento del Estado », International law : Revista colombiana de derecho internacional, Bogotá, Universidad Javeriana, 2005, No. 5, pp. 337 – 380.

ANTKOWIAK Thomas M., « An Emerging Mandate for International Courts : Victim-Centered Remedies and Restorative Justice », Stanford Journal of International Law, 2011, No. 47, pp. 279 – 332.

ANTKOWIAK Thomas M., « Remedial Approaches to Human Rights Violations : The Inter-American Court of Human Rights and Beyond », Columbia Journal of Transnational Law, 2008, Vol. 46, No. 2, pp. 351 – 419.

ARREDONDO Ricardo, « La responsabilidad de proteger : la perspectiva latinoamericana », Araucaria, Revista iberoamericana de filosofía, política y humanidades, Sevilla, Año 16, No. 32, 2014, pp. 269 – 290.

ASCENSIO Hervé et DIXNEUF Marc, « Les sanctions contre l'Irak au regard des droits de l'homme : une méthode dévastatrice, détournée, inacceptable », La Lettre, FIDH, 2001, pp. 1 – 24.

AUBIN François, « Autocratie et individu dans la Chine, de Song aux Ts'ing », L'individu face au pouvoir, Paris, Dessain et Tolra, 1988, Vol. 47, pp. 241 – 255.

ÁVALOS VÁSQUEZ Roxana de Jesús, « Responsabilidad internacional del Estado por hecho internacionalmente ilícito del Estado : ¿más de 40 años de labor de la Comisión de Derecho Internacional para nada ? », Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. VI, 2006, pp. 579 – 598.

AYALA CORAO Carlos, « La ejecución de sentencias de la Corte interamericana de derechos humanos », Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2007, Año 5, No. 1, pp. 127 – 201.

BAILON CORRES Moisés Jaime, « Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas : algunas consideraciones generales », Revista Derechos Humanos México, Centro Nacional de los Derechos Humanos, Año, 4, No. 12, 2009, pp. 103 – 128, Disponible [En ligne] : http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhumex/cont/12/art/art6.pdf (29 septembre 2018).

BARABAS Alicia M., « Multiculturalismo, pluralismo cultural e interculturalidad en el contexto de América Latina : la presencia de los pueblos originarios », Configurações, 2014, No. 14, pp. 11 – 24, Disponible [En ligne] : http://configuracoes.revues.org/2219 (29 septembre 2018).

BARBOSA Julien, CANOVAS Julie et FRITZ Jean-Claude, « Les cosmovisions et pratiques autochtones face au régime de propriété intellectuelle : la confrontation de

visions du monde différentes », Revue éthique publique, Québec, Nota Bene, 2012, Vol. 14, No. 1.

BARROCHE Julien, « L'État contre lui-même. Penser l'État en Europe après le totalitarisme : la contribution du concept de subsidiarité », Raisons politiques, 2013, No. 49, pp. 153 – 171.

Barry R. GROSS, « Real Equality of Opportunity », Social Philosophy and Policy, 1987, Vol. 5, Issue 1.

BARTH William K., « Minority Rights, Multiculturalism and the Roma of Europe », Nordic Journal of International Law, 2007, No. 76, pp. 363 – 406.

BASDEVANT Jules, « Le veto dans l'Organisation des Nations Unies », Revue politique étrangère, No. 4, 1946, pp. 321 – 338.

BECKER LORCA Arnulf, « Sovereignty beyond the west : The end of classical international law », Journal of the history of international law, Leiden, Koninklijke Brill, 2011, No. 13, pp. 7 – 73.

BEN-NAFTALI Orna, GROSS Aeyal M, et MICHAELI Karen, « Illegal occupation : Framing the occupied Palestine territory », Berkeley Journal of International Law, 2005, Vol. 23, Issue 3, pp. 551 – 614.

BENOÎT-ROHMER Florence, « Les sages et la réforme de la Cour européenne des droits de l'homme… », Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2008, No. 73, pp. 1 – 24.

BERNARD Vincent, « Delineating the Boundaries of Violence », International Review of the Red Cross, 2014, Vol. 96, pp. 5 – 11.

BLACK JR Charles L, « « One nation indivisible » : Unnamed human rights in the States », New York, St, John's law review, 1991, Vol. 65, Issue 1, No. 1, pp. 17 – 57.

BLANCO CORDERO Isidoro, « Compétence universelle. Rapport général », Revue internationale de droit pénal, Toulouse, Érès, 2008, No. 1, Vol. 79, pp. 13 – 57.

BOSSUYT Marc J., « The Direct Applicability of International Instruments on Human Rights », Belgian Review of International Law, 1980, No. 2, pp. 317 – 344.

BOSTROM Nick, « In defence of posthuman dignity », Bioethics, Vol. 19, No. 3, 2005, pp. 202 – 214.

BOYLE Alan, « Human Rights and the Environment : Where Next ? », European Journal of International Law, 2012, Vol. 23, No. 3, pp. 613 – 642.

BRIBOSIA Hervé, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire », Belgian Review of International Law, 1996, No. 1, pp. 33 – 89.

BUMMEL Andreas, « Social Evolution, Global Governance and a World Parliament », Cadmus Journal, 2012, Vol. 1, Issue 4, pp. 116 – 120.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Chronique d'une théorie en vogue en Amérique Latine, décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité », Revue française de droit constitutionnel, Paris, Presses universitaires de France, 2014, No. 100, pp. 831 – 863.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos », Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2014, Año 12, No. 1, pp. 105 – 161.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : état des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61 § 1 de la Constitution, Revue française de droit administratif, Paris, Dalloz, 2009, No. 4, pp. 787 – 799.

CAFLISCH Lucius et CANÇADO TRINDADE Antônio, « Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », Revue générale de droit international public, Paris, Pedone, 2004, Vol. 108, No. 1, pp. 5 – 61.

CALDAS Roberto de Figereido, « O controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade no Brasil », Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2013, Año XIX, pp. 393 – 415.

CANÇADO TRINDADE Antônio, « A consolidação da personalidade e da capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional », Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 2003, No. 16, pp. 237 – 288.

CANÇADO TRINDADE Antônio, « El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos », RIIDH, 2003, No. 37, pp. 53 – 83.

CANÇADO TRINDADE Antônio, « Le droit international contemporain et la personne humaine », Revue générale de droit international public, Paris, Pedone, 2016, Vol. 120, No. 3, pp. 497 – 514.

CANÇADO TRINDADE Antônio, « O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos », Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 1999, No. 14, pp. 197 – 238.

CANÇADO TRINDADE Antônio, « The humanization of Consular Law : The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice », Chinese Journal of International Law, 2007, Issue 6, No. 1, pp. 1 – 16.

CANÇADO TRINDADE Antônio, « Uprootedness and the protection of migrants in the International Law of Human Rights », Revista Brasileira de Política Internacional, 2008, Vol. 51, No. 1, pp. 137 – 168.

CARDOSO Sidney Amaral, « Positivismo jurídico : o círculo de Viena e a ciência do direito em Kelsen », Sergipe, Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, 2002, No. 3.

CAROZZA Paolo G., « Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law », American Journal of International Law, 2003, Vol. 39, pp. 38 – 79.

CASSIN René, « Quelques souvenirs sur la Déclaration universelle de 1948 », Revue de droit contemporain, Bruxelles, Association internationale de juristes démocrates, Année 15, No. 1, 1968, pp. 11 – 24.

CASTELLARIN Emanuel, « Incorporation du droit coutumière et invocabilité dans l'ordre interne (effet direct) », Jurisprudence étrangère intéressant le droit international, Dir, Raphaële RIVIER, Revue général du droit international public, Paris, Pedone, 2014, No. 4, tome 118, pp. 949 – 951.

CASTILLA JUÁREZ Karlos, « Nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México », Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2011, Año 9, No. 2, pp. 123 – 164.

CHEMILLIER-GENDREAU Monique, « À propos de l'effectivité en droit international », Revue belge de droit international, Bruxelles, Bruylant, 1975, No. 1, pp. 38 – 46.

CHILSTEIN David, « Compétence universelle et justice pénale internationale : observations sur les ressorts d'une articulation complexe », Le droit pénal : la bioéthique en débat, Archives de philosophie du droit, Paris, Dalloz, 2010, tome 53, pp. 118 – 129.

CIAMPI Annalisa, « L'immunité de l'État responsable de crimes internationaux devant les juridictions italiennes », Annuaire français de droit international, Paris, CNRS, 2008, Vol. 54, pp. 45 – 76.

COFRÉ Juan, « Kelsen, el formalismo y el "circulo de Viena" », Valdivia, Revista de derecho Valdivia, Vol. VI, 1995, décembre, pp. 29 – 37.

COHEN-JONATHAN Gérard, « Activité de la Commission européenne des droits de l'homme », Annuaire français de droit international, Paris, CNRS, 1993, Vol. 39, pp. 593 – 609.

COHEN-JONATHAN Gérard, « Activité de la Commission européenne des droits de l'homme (1995 – 1996) », Annuaire français de droit international, Paris, CNRS, 1996, Vol. 42, pp. 784 – 806.

COHEN-JONATHAN Gérard, « De la Commission à la Cour européenne des droits de l'homme », Revue trimestrielle de droit européen, Paris, Dalloz, 1995, No. 4, pp. 723 – 742.

COHEN-JONATHAN Gérard, « Universalité et singularité des droits de l'homme », Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2003, No. 53, pp. 3 – 13.

CONDÉ Pierre-Yves, « L'affaire du génocide, Bosnie et Serbie devant la Cour internationale de justice ou la dénonciation à l'éprouve du droit international », Revue Droit et cultures, 2009, No. 58, Vol. 2, Disponible [En ligne] : http://droitcultures.revues.org/2126#ftn3 (29 septembre 2018).

CONTRERAS-GARDUÑO Diana et ROMBOUTS Sebastiaan, « Collective Reparations for Indigenous Communities Before the Inter-American Court of Human Rights », Merkourios, 2010, Vol. 26, Issue 72, pp. 4 – 17.

COSSIO DÍAZ José Ramón, « Algunas notas sobre el caso Rosendo Radilla Pacheco », Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. XIV, 2014, pp. 803 – 834.

COSSIO José Ramón, « Los preámbulos de las constituciones mexicanas : contenidos y funciones », Revista del Instituto de la Judicatura Federal, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2001, No. 8, pp. 61 – 87.

COTTIER Thomas et HERTIG Maya, « The prospects of 21st century constitutionalism », Max Planck Yearbook of United Nations Law, 2003, Vol. 7, No. 1, pp. 261 – 322.

COUNCEIL OF EUROPE, « Reform of the control system of the European Convention on Human Rights », Human Rights Law Journal, 1993, Vol. 14, pp. 31 – 48.

COUPLAN Robin, « Humanity : what is it and how does it influence international law », International Review of the Red Cross, 2001, Vol. 83, No. 844, pp. 969 – 989.

CRAVEN Matthew, « Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law », European Journal of International Law, 2000, Vol. 11, No. 3, pp. 489 – 519.

CRAWFORD James, PEEL Jacqueline, et OLLESON Simon, « The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts : Completion of the Second Reading », European Journal of International Law, 2001, Vol. 12, No. 5, pp. 963 – 991.

CRISP Jeff, « Distinction vital », Refugee, Genève, UNHCR, No. 148, Vol. 4, 2007, pp. 4 – 11.

CUSTOS Dominique, « La Cour suprême américaine et la liberté d'avortement », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris, LGDJ, 1995, No. 5, pp. 1119 – 1155.

DANNENBAUM Tom, « Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability : How Liability Should be Apportioned for Violations of

Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers », Harvard International Law Journal, 2010, Vol. 51, No. 1, pp. 113 – 192.

DAUDED Yves, « Organisation des Nations Unies », Répertoire de droit international, Dalloz, No. 52, février 2004.

DE OLIVEIRA MAZZUOLI Valerio et REBEIRO Dilton, « The Pro Homine Principle as a Fundamental Aspecto of Internatinal Human Rights Law », Meridiano 47, 2016, Vol. 17, Disponible (En ligne) : http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/M47e17003/13182 (29 septembre 2018).

DE SHUTTER Oliver, « Globalization and Jurisdiction : Lessons from the European Convention on Human Rights », Baltic Yearbook of International Law, 2006, Vol. 6, pp. 185 – 247.

DE SUREMAIN Hugues, « Surpopulation carcérale (Art. 3 et 13 CEDH) : Les juridictions nationales au pied du mur », Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, 2013, février, Disponible [En ligne] : https://revdh.files.wordpress.com/2013/02/lettre-adl-du-credof-7-fevrier-2013.pdf (29 septembre 2018).

DHOMMEAUX Jean, « Hiérarchie et conflits en DIDH », Annuaire international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 37 – 70.

DI STASI Angela, « The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights : Towards a "Cross Fertilization" ? », Ordine internazionale e diritti umani, 2014, No. 1, pp. 97 – 111.

DIOP El Hadji Omar, « L'ordre juridique des organisations d'intégration africaine », Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique, 2017, Disponible [En ligne] : http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/L_ordre_juridique_interne_des_organisations_d_integration_africaine.pdf (29 septembre 2018).

DOMINGO Rafael, « La pirámide del derecho global », Revista Persona y Derecho, Navarra, 2009, No. 60, pp. 29 – 61.

DONNELLY Jack, « The Relative Universality of Human Rights », Human Rights Quarterly, 2007, Vol. 29. No. 2, pp. 281 – 306.

DOUGLAS-SCOTT Sionaidh, « Autonomy and Fundamental Rights : The ECJ's Opinion 2/13 on Accession of the EU to the ECHR », Europarättslig Tidskrift, 2016, No. 1, pp. 29 – 44.

DUBOUT Édouard, « Vers une protection de l'égalité « collective » par la Cour européenne des droits de l'homme ? », Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2006, No. 68, pp. 851 – 883.

DUHAMEN Olivier, « La QPC et les citoyens », Pouvoirs, 2011/2, No. 131, pp. 183 – 191.

DULITZKY Ariel E., « An Inter-American Constitutional Court ? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights », Texas International Law Journal, 2015, Vol. 50, No. 1, pp. 45 – 93.

DULITZKY Ariel E., « When Afro-descendants Became « Tribal Peoples » : The Inter-American Human Rights System and Rural Black Communities », UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs, 2010, Vol. 15, pp. 29 – 79.

DUPRÉS DE BOULOIS Xavier, « Les droits fondamentaux des personnes morales – 1ère partie : pourquoi ? », Revue des droits et libertés fondamentaux, Chron., No. 15, 2011.

DUPRÉS DE BOULOIS Xavier, « Les droits fondamentaux des personnes morales – 2ème partie : comment ? » Revue des droits et libertés fondamentaux, Chron., No. 17, 2011.

DUPRÉS DE BOULOIS Xavier, « Les droits fondamentaux des personnes morales – 3ème partie : jusqu'au ? » Revue des droits et libertés fondamentaux, Chron., No. 1, 2012.

DUPUY René-Jean, « La Commission européenne des droits de l'homme », Annuaire français de droit international, Paris, CNRS, 1957, Vol. 3, pp. 449 – 477.

EDER Phanor J., « Judicial Review in Latin America », Ohio State Law Journal, 1960, Vol. 21, No. 4, pp. 570 – 615.

EGUIGUREN PRAELI José Francisco, « El intento de ampliar la aplicación de la pena de muerte en el Perú », Anuario de Derecho Penal, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, pp. 31 – 42.

ÉMERI Claude et SERIN Jean-Louis, « Les suites du référendum et l'élection présidentielle de 1969 : les modifications apportées au règlement de l'Assemblée nationale », Revue du droit public, 1970, No. 3, pp. 637 – 759.

ENGSTRÖM Viljam, « Deference and the Human Rights Committee », Nordic Journal of Human Rights, 2016, Vol. 32, No. 2, pp. 73 – 88.

ÉTIENNE Guillaume, « L'article 2, paragraphe 7, de la Charte des Nations Unies : une lecture à la lumière de la pratique récente de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité des Nations Unies », African Yearbook of International Law, London, Association africaine de droit international, Vol. 11, No. 1, 2003, pp. 217 – 262.

EVRIGENIS Dimitrios, « Recent case-law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights », Human Rights Law Review, 1982, No. 3, pp. 121 – 137.

FABBRINI Federico, « Kelsen in Paris : France's constitutional reform and the introduction of a posteriori constitutional review of legislation », German Law Journal, Vol 9, No. 10, 2008, pp. 1297 – 1312, Disponible [En ligne] : https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b859859f72662e5f8e60cb/1454922118161/GLJ_Vol_09_No_10_Fabbrini.pdf (29 septembre 2018).

FERRER MAC-GRÉGOR Eduardo, « Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional : vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del caso Gelman Vs. Uruguay) », Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2013, Año 11, No. 2, pp. 641 – 694.

FERRER MAC-GRÉGOR Eduardo, « Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano », Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2011, Año 9, No. 2, pp. 531 – 622.

FERRER MAC-GREGOR Eduardo, « Symposium : The Constitutionalization of International Law in Latin America Conventionality Control. The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights », The American Journal of International Law Unbound, 2015, Vol. 109, pp 93 – 99.

FINUCANE Brian, « Fictitious States, Effective Control, and the Use of Force Against Non-State Actors », Berkeley Journal of International Law, 2012, Vol. 30, Issue 1, pp. 35 – 93.

FIX-ZAMUDIO Héctor, « El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos

Humanos », Revista Latinoamericana de Derecho, México, 2004, Año 1, No. 1, pp. 141 – 180.

FLAUSS Jean-François, « Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme », Recueil Dalloz, Paris, Dalloz, 2003. No. 4, pp. 227 – 230.

FOLLESDAL Andreas, « The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law », Jean Monnet Working Paper Series, 2011, No. 12, pp. 1 – 33.

FONTAINE Lauréline, « Propos introductifs », L'universalisation des droits en question[s], La Déclaration universelle des droits de l'homme, 60 ans après, Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, Caen, Presses universitaires de Caen, No. 7, 2009, pp. 11 – 14.

FRANÇAIS Ariel, « El crepúsculo del Estado-nación : una interpretación histórica en el contexto de la globalización », Documentos de debate No. 47, Paris, Unesco, 2000, pp. 1 – 33.

FRETES Antonio, « El diálogo jurisprudencial sobre los derechos humanos, aporte eficaz para nuestras democracias latinoamericanas », Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Asunción, Asunción, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA, 2014, pp. 57 – 64.

FROMONT Michel, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 2004, No. 8, pp. 171 – 187.

GARCÍA CAVERO Percy, « Análisis crítico de las propuestas de implementación de la pena de muerte en el sistema penal peruano », Anuario de Derecho Penal, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, pp. 43 – 56.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio, « El control judicial interno de convencionalidad », Revista Ius, Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Pueblas, 2011, No. 28, pp. 123 – 158.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio, « The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems) : Some Pertinent Questions », Notre Dame Journal of International & Comparative Law, 2015, Vol. 5, Issue 1, pp. 115 – 152.

GARDAM Judith, « The contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law », Leiden Journal of International Law, 2001, No. 14, pp. 349 – 365.

GASPAROTO Ana Lucía, GASPAROTO Jayme Wanderley et BLANES SALA José, « La Corte interamericana de derechos humanos y el Tribunal europeo de derechos humanos : una comparación sobre el punto de vista de la aplicabilidad del principio de la primacía de la norma más favorable », Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2014, Vol. 60, pp. 53 – 85.

GILBERT Jeremie, « Land Rights as Human Rights : The Case for a Specific Right to Land », Sur International Journal on Human Rights, 2013, Vol. 10, No. 18, pp. 115 – 135.

GOLAY Christophe et CISMAS Ioana, « Legal Opinion : The Rights to Property from a Human Rights Perspective », International Centre for Human Rights and Democracy Development, Geneva, 2010, Disponible [En ligne] : http://hlrn.org/img/documents/Golay%20Cismas%20R2Prop.pdf (29 septembre 2018).

GÓMEZ-PINTO Luís Ricardo, « El control constitucional en Colombia: Sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 años del control de la acción pública », Vniversitas, 2011, No. 122, pp. 174 – 177.

GONZÁLEZ SERRANO Andrés, « La excepción preliminar : falta de agotamiento de recursos internos, ¿un mecanismo efectivo de defensa estatal ? », Revista Prolegómenos –

Derechos y Valores, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, Vol. XIII, No. 26, 2010, pp. 245 – 265.

GONZÁLEZ-SALZBERG Damián, « El derecho a la verdad en situaciones de post-conflicto bélico de carácter no-internacional », International Law Revista colombiana de Derecho Internacional, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008, No. 12, pp. 435 – 468.

GORCHKOVA S.A., « European Norms on the Protection of Human Rights : On the Development of Russian Human Rights Legislation », Review of Central and East European Law, 2004, Vol. 29, No. 3, pp. 365 – 405.

GOZZI Gustavo, « History of International Law and Western Civilization », International Community Law Review, 2007, No. 9, pp. 353 – 373.

GRANT J.A.C., « « Contract Clause » Litigation in Colombia : A Comparative Study in Judicial Review », The American Political Science Review, 1948, Vol. 42, No. 6, pp. 1103 – 1126.

GROOME Dermot, « The right to truth in the fight against impunity », Berkeley Journal of International Law, 2011, Vol. 29, Issue 1, pp. 175 – 199.

GROSSMAN Claudio et autres, « Conference : Reparation in the Inter-American System : A Comparative Approach Conference », American University Law Review, 2007, Vol. 56, Issue 6, pp. 1375 – 1468.

GUASTINI Riccardo, « Les juges créent-ils du droit ? Les idées de Alf Ross », Revus, 2014, No. 24, pp. 99 – 113.

GUNUGTEN Willem Van, « Public International Law : A Forerunner in the Field of Global(ization of) Law », Tilburg Law Review, 2012, Vol. 17, No. 2, pp. 159 – 167.

HALIMI Suzy, « A new humanism? Heritage and future prospects », International Review of Education, 2014, Vol 60, Issue 3, pp. 311 – 325.

HANNUM Hurst, « The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and international Law », Georgia Journal of International and Comparative Law, 1995, Vol. 25, pp. 287 – 397.

HAYNER Priscilla, « Fifteen Truth Commissions – 1974 to 1994 : A Comparative Study », Human Rights Quarterly, 1994, Vol. 16, No. 4, pp. 597 – 655.

HECQUARD-THÉRON Maryvonne, « La notion d'État en droit communautaire », RTD eur, Paris, Dalloz, 1990, No. 4, pp. 693 – 712.

HENAO PÉREZ Juan Carlos, « La Cour constitutionnelle colombienne, son système de contrôle de constitutionnalité et les évolutions jurisprudentielles récentes », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2012, No. 34.

HENKIN Louis, « The Universality of the Concept of Human Rights », The Annals for the American Academy of Political and Social Science, 1928, Vol. 137, No. 1, pp. 32 - 38.

HENNEBEL Ludovic, « The Inter-American Court of Human Rights : The Ambassador of Universalism », Quebec Journal of International Law, 2011, (Special Edition), pp. 57 et 87.

HERVIEU Nicolas, « Cour européenne des droits de l'homme : De l'art de la résilience juridictionnelle », Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, 2015, février, Disponible [En ligne] : http://revdh.revues.org/1062 (11 août 2015).

HIKMAT NASSER Selem et GARCEZ GUIRARDI José, « Around the Pyramid : Political-Theorical Challenges to Law in the Age Global Governance », Brazilian Journal of International Law, 2018, Vol. 15, No. 1, pp. 62 – 70.

HITTERS Juan Carlos, « Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación », Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2009, Año 7, No. 2, pp. 109 – 128.

HITTERS Juan Carlos, « Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos) », Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2015, Año 13, No. 1, pp. 123 – 162.

HITTERS Juan Carlos, « El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana », Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2012, Año 10, No. 2, pp. 535 – 574.

HOLTERMANN Jakob, « Naturalizing Alf Ross's Legal Realism : A Philosophical Reconstruction », Revus, 2014, No. 24, pp. 165 – 186.

HOOGHE Liesbet et MARKS Gary, « Delegation and Pooling in International Organisations », Review of International Organisations, 2015, Vol. 10, Issue 3, pp. 305 – 328.

HUNTINGTON Samuel P., « The Clash of Civilizations », Foreign Affairs, 1993, Vol. 72, No. 3, pp. 22 – 49.

IDLEMAN Scott C., « Multiculturalism and the Future of Tribal Sovereignty », Columbia Human Rights Law, 2004, No. 35, pp. 589 – 660.

JACOBS Francis, « Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal System : The European Court of Justice », Texas International Law Journal, 2003, Vol. 38, pp. 547 – 556.

JACQUÉ Jean-Paul, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », RTD eur, Paris, Dalloz, 2011, pp. 7 – 8.

JAICHAND Vinodh, « After human rights standard setting, what's new ? », Sur : International Journal on Human Rights, 2014, Vol. 11, No. 20, pp. 34 – 42.

JAKAB Andrá, « Problèmes de la Stufenbaulehre, L'échec de l'idée d'inférence et les perspectives de la théorie pure du droit », Revue Droit et société, Paris, LGDJ, 2007/2 No. 66, pp. 411 – 450.

JOHANSEN Stian Øby, « The Reinterpretation of TFEU Article 344 in Opinion 2/13 and Its Potential Consequences », German Law Journal, 2015, Vol. 16, No. 1, pp. 169 – 178.

JOUANNET Emmanuelle, L'idée de communauté humaine à la croisée de la communauté des États et de la communauté mondiale, Archives de philosophie du droit, 2003, No. 47, pp. 191 – 232.

JUNG Hwa Yol, « Transversality and the Philosophical Politics of Multiculturalism in the Age of Globalization », Research in Phenomenology, 2009, No. 39, pp. 416 – 437.

KARTON Joshua, « Global Law : The Spontaneous, Gradual Emergence of a New Legal Order », Tilburg Law Review, 2012, Vol. 17, No. 2, pp. 276 – 284.

KELSEN Hans, « La transformation du droit international en droit interne », Revue générale de droit international public, Paris, Pedone, 1936, Vol. 43, pp. 5 – 49.

KMIEC Keenan D., « The origin and Current Meanings of Judicial Activism », California Law Review, 2004, Vol. 92, Issue 5, pp. 1441 – 1478.

KÖCHLER Hans, « « All necessary means », United Nations Vs. Libyan Arab Jamahiriya : Humanitarian Intervention or Colonial War ? », Vienne, International Progress Organization, 2011, Disponible [En ligne] : http://www.i-p-o.org/IPO-nr-UN-Libya-28Mar.htm (29 septembre 2018).

KOROTEEV Kirill, « La Russie et la Convention européenne des droits de l'homme : bilan jurisprudentiel et institutionnel », Revue Droits fondamentaux, Paris, CRDH, Université Panthéon-Assas Paris II, 2005, No. 5, Disponible [En ligne] :

http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?rubrique22 (29 septembre 2018).

KRATOCHVÍL Jan, « The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights », Netherlands Quarterly of Human Rights, 2011, Vol. 29, No. 3, pp. 324 – 357.

KRENN Christoph, « Autonomy and Effectiveness as Common Concerns : A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13 », German Law Journal, 2015, Vol. 16, No. 1, pp. 147 – 168.

KUCSKO-STADLMAYER Gabriele, « La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho », México, Revista de la Facultad de Derecho, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, No. 244, pp. 243 – 258.

KUMIN Judith, « Control Vs. Protection : refugees, migrants and the EU », Refugees, Genève, UNHCR, No. 148, Vol. 4, 2007, pp. 25 – 28.

KURIN Richard, « Safeguarding Intangible Cultural Heritage in the 2003 UNESCO Convention : a critical appraisal », Museum International, 2004, Vol. 56, No. 1-2, pp. 66 – 77.

KWIECIEN Roman, « Sir Hersch Lauterpacht's idea state sovereignty – Is it still alive ? », International community law review, Leiden, Koninklijke Brill, 2011, No. 13, pp. 23 – 41.

LABAYLE Henri et MEHDI Rostane, « Note sur l'article : Question préjudicielle et question prioritaire – Dédale au Conseil d'État », Revue française de droit administratif, Paris, Dalloz, 2016, No. 5, pp. 1003 – 1013.

LADENBURGER Clemens, « Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », RTD eur, Paris, Dalloz, 2011, pp. 20 – 26.

LAÏDI Zaki, « Mondialisation et droit », Recueil Dalloz, Paris, Dalloz, 2007, No. 38, p. 2712.

LAMBERT ABDELGAWAD Élisabeth, « El tribunal europeo de derechos humanos y la técnica de las sentencias piloto : una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo », Revista de Derecho Político, 2007, No. 69, pp. 355 – 383.

LAMBERT ABDELGAWAD Élisabeth, « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (2010) », Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2009, No. 88, pp. 938 – 958.

LAMBERT ABDELGAWAD Élisabeth, « L'exécution des décisions des juridictions internationales des droits de l'homme : vers une harmonisation des systèmes régionaux », Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, Vol. 3 Especial, pp. 9 – 55.

LARIK Joris, « Constitutional « World View », Global Governance and International Relations Theory », Working Paper No. 3, La Haya, The Hague Institute for Global Governance, 2014.

LAROUCHE Pierre, « A Vision of Global Legal Scholarship », Tilburg Law Review, 2012, Vol. 17, No. 2, pp. 206 – 216.

LARRIEUX Jorge T., « Caso Gelman Vs. Uruguay. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad », Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2013, Año XIX, pp. 589 – 606.

LASH Kurt T, « Of inkblots and originalism : historical ambiguity and the case of the ninth amendment », Harvard journal of law & public policy, 2008, Vol. 31, No. 2, pp. 467 – 472.

LASH Kurt T, « The lost jurisprudence of the ninth amendment », Texas law review, 2005, Vol. 83, No. 3, pp. 597 – 716.

LASH Kurt T, « The lost original meaning of the ninth amendment », Texas law review, 2004, Vol. 83, No. 2, pp. 331 – 429.

ŁAZOWSKI Adam et WESSEL Ramses A., « When Caveats Turn into Locks : Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR », German Law Journal, 2015, Vol. 16, No. 1, pp. 179 – 212.

LE BRIS Catherine, « Le projet de déclaration universelle des droits de l'humanité de 2015 : implications et perspectives juridiques », Revue des droits de l'homme, 2016, No. 10, Disponible [En ligne] : https://journals.openedition.org/revdh/2214 (29 septembre 2018).

LE GOFF Pierrick, « Global Law : A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization », Indiana Journal of Global Legal Studies, 2007, Vol. 14, Issue 1, pp. 119 – 145.

LE ROY Étienne, « Les fondements anthropologiques des droits de l'homme, Crise de l'universalisme et post modernité », Revue de la recherche juridique – Droit prospectif, Aix-en-Provence, Presse de l'Université d'Axe-en-Marseille, 1992, No. 1, p. 139 – 160.

LEINO Päivi, « A European Approach to Human Rights ? Universality Explored », Nordic Journal of International Law, 2002, Vol. 71, Issue 4, pp. 455 – 495.

LEKEUFACK Charles Michel, « Recherche d'une politique communautaire de fonction publique », Revue actualité juridique fonctions publiques, Paris, Dalloz, 2009, No. 2, pp. 107 – 111.

LEMAIRE Julie, « La responsabilité de protéger : un nouveau concept pour de vielles pratiques ? », Note d'analyse, Bruxelles, Groupe de rechercher et d'information sur la paix et la sécurité, 2012, Disponible [En Ligne] : http://archive.grip.org/fr/siteweb/images/NOTES_ANALYSE/2012/NA_2012-01-31_FR_J-LEMAIRE.pdf (29 septembre 2018).

LENZERINI Federico, « Intangible Cultural Heritage : The Living Culture of Peoples », European Journal International Law, 2011, Vol. 22, No. 1, pp. 101 – 120.

LEROY Yann, « La notion d'effectivité du droit », Revue Droit et société, Paris, LGDJ, 2011, No. 79, pp. 715 – 732.

LESAFFER Randall et LETSCHERT Rainne, « The Global Challenge to Public International Law : Some First Thoughts », Tilburg Law Review, 2012, Vol. 17, No. 2, pp. 256 – 262.

LEVITSKY Steven, « Fujimori and Post-Party Politics in Peru », Journal of Democracy, 1999, Vol. 10, No. 3, pp. 78 – 92.

LINDAHL Hans, « Legal Order and the 'Globality' of Global Law », Tilburg Law Review, 2012, Vol. 17, No. 2, pp. 168 – 176.

MAREK Krystyna, « Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la CPJI », Revue générale de droit international public, Paris, Pedone, 1962, Vol. 66, pp. 260 – 298.

MARIÉ Michel, « L'anthropologue et ses territoires : qu'est-ce qu'un territoire aujourd'hui », Revue Espace et sociétés, Paris, Anthropos, 2005/1, No. 119, pp. 177 – 198.

MARTIN-CHENUT Kathia, « Droit international et démocratie », Diogène, 2007, No. 220, pp. 36 – 48.

MAYER Heinz, « Teoría de la estructura escalonada del orden jurídico », Revista de la Facultad de Derecho, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, No. 244, pp. 259 – 269.

MEDINA QUIROGA Cecilia, « Modificación de los reglamentos de la Corte interamericana de derechos humanos y de la Comisión interamericana de derechos humanos al

procedimiento de peticiones individuales ante la Corte », Anuario de derechos humanos, Santiago de Chile, Universidad de Chile, No. 7, 2011, pp. 117 – 126, Disponible [En ligne] : http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/17001/20530 (29 septembre 2018).

MELO Mario, « Derechos de la naturaleza, globalización y cambio climático », Revista Línea Sur, No. 5, 2013, pp. 43 – 45, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32323.pdf (29 septembre 2018).

MERKER Anne, « Paul Ricœur, Être, essence et substance chez Platon et Aristote. Cours professé à l'Université de Strasbourg en 1953 – 1954 », Études Platoniciennes, 2013, Vol. 10, [En ligne] : https://etudesplatoniciennes.revues.org/230#quotation (29 septembre 2018).

MINET Alice « Le statut particulier du droit de l'Union européenne en droit français », Revue française de droit administratif, Paris, Dalloz, 2013, No. 6, pp. 1119 – 1216.

MOLINA Carlos, « La protection des droits sociaux en Colombie », Revue des droits de l'homme, 2013, No. 3, Disponible [En ligne] : http://revdh.revues.org/432#authors (29 septembre 2018).

MONIER Emmanuel, « Faut-il refaire la Déclaration des droits ? », Esprit : Revue Internationale, Lyon, 1944, Année 13, pp. 118 – 120.

MONIER Emmanuel, « Projet d'une déclaration des droits des personnes et des collectivités », Esprit : Revue Internationale, Lyon, 1944, Année 13, pp. 121 – 127.

MORALES DAMIAN Manuel Alberto, « Territorio sagrado : cuerpo humano y naturaleza en el pensamiento maya », Revista Cuicuilco, México, Instituto nacional de antropología e historia, 2010, Vol. 17, No. 48, pp. 279 – 298.

MORATIEL VILLA Sergio, « Philosophie du droit international : Suárez, Grotius et épigones », International review of International Review of the Red Cross, 1997, Vol. 79, No. 827, pp. 577 – 591.

MOREIRA MAUÉS Antonio, « Supra-legality of International Human Rights Treaties and Constitutional Interpretation », Sur International Journal on Human Rights, 2013, Vol. 10, No. 18, pp. 205 – 223.

MOTA Marie, « Case-law of the Inter American Court of Human Rights », Revus, 2009, No. 9, pp. 129 – 137.

MUBIALA Mutoy, « Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et cultures africaines », Revue québécois de droit international, 1999, No. 12.2, pp. 197 – 206.

MUNTARBHORN Vitit, « Vers un mécanisme sur les droits de l'homme dans le cadre de l'ASEAN ? », Revue Droits fondamentaux, Paris, CRDH, Université Panthéon-Assas Paris II, 2002, No. 2, pp. 63 – 75.

MURILLO CRUZ David Andrés, « L'être humain comme le sommet du système juridique et sa protection internationale », Verba Iuris, 2013, Vol. 30, pp. 15 – 43.

NADELCU-SURDESCU Oana, « Brief Analysis of the Operation of the Pilot Judgment Procedure before the European Court of Human Rights (ECHR) », Journal of European Studies and International Relations, 2010, Vol. I, Issue 1, pp. 24 – 32.

NAFTALI Patricia, « Crafting a "Right to Truth" in International Law : Converging Mobilization, Diverging Agendas ? », Champ pénal/Penal field, 2016, Vol. XIII, Disponible [En ligne] : https://champpenal.revues.org/9245 (29 septembre 2018).

NAGAN Winston P. et JACOBS Garry, « New Paradigm for Global Rule of Law », Cadmus Journal, 2012, Vol. 1, Issue 4, pp. 130 – 146.

NAGEL Thomas, « The Problem of Global Justice », Philosophy & Public Affairs, 2005, Vol. 33, No. 2, pp. 133 – 147.

NAGLE Luz Estella, « Evolution of the Colombia Judiciary and the Constitutional Court », Indiana International & Comparative Law Review, 1995, Vol. 6, Issue 1, pp. 59 – 90.

NALDI Gino et MAGLIVERAS Konstantinos, « Reinforcing the African System of Human Rights : the Protocol on the establishment of a regional Court on Human and Peoples' Rights », Netherland, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 16, No. 4, 1998, p. 431 – 456.

NALDI Gino et MAGLIVERAS Konstantinos, « The African Court of Justice and Human Rights : A Judicial Curate's Egg », International Organizations Law Review, 2012, Vol. 9, Issue 2, pp. 383 – 449.

NAQVI Yasmin, « The right to the truth in international law : fact or fiction ? », International review of the Red Cross, Vol. 88, No. 862, 2006, pp. 245 – 273.

NARVÁEZ MEDÉCIGO Alfredo, « Enforcement of Fundamental Rights by Lower Courts : Towards a Coherent System of Constitutional Review in Mexico », Mexican Review Law, 2013, New Series, Vol. 6, No. 1, pp. 3 – 44.

NASH ROJAS Claudio, « Sentencia de la Corte suprema en el caso « Episodio Juan Soto Cerda » de 4 de septiembre de 2013 : La responsabilidad internacional del Estado y la reparación por violación de derechos humanos », Revista de Derecho Público, 2013, Vol. 72, pp. 261 – 267.

NEGISHI Yota, « The Pro Homine Principle's Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control », European Journal of International Law, 2017, Vol. 28, No. 2, pp. 457 – 481.

NGEMA Nisrine Eba, « Recevabilité des communications par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples », Revue des droits de l'homme, No. 5, 2014, Disponible [En ligne] : http://revdh.revues.org/803?lang=es#ftn18http://revdh.revues.org/803?lang=es - ftn18 (29 septembre 2018).

NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, « Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en período 2006 – 2011 », Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2012, Año 10, No. 2, pp. 57 – 140.

NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, « El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos », Revista de derecho constitucional europeo, 2013, Año 10, No. 19, pp. 221 – 270.

NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, « Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano », Revista Ius et Praxis, Talca, Universidad de Talca, 2006, Vol. 12, No. 2, pp. 363 – 384.

NOGUEIRA ALCALÁ Humberto, « Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales », Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, Année XLV, No. 135, pp. 1167 – 1220.

NÚÑEZ DONALD Constanza, « Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile : avances jurisprudenciales », Anuario de Derechos Humanos, 2015, No. 11, pp. 157 – 169.

NÚÑEZ LEIVA Ignacio, « Vigencia del dogma de la irresponsabilidad del Estado legislador en el Estado constitucional de derecho. Ensayando bases para una teoría sobre la

responsabilidad del Estado legislador », Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2011, Año 9, No. 1, pp. 277 – 300.

NYS Désiré, « Le monisme », Revue néo-scolastique de philosophie, 19e année, No. 78, 1912, pp. 515 – 517.

OGWEZZY Michael C., « Challenges and Prospects of the African Court of Justice and Human Rights », Jimma University Journal of Law, 2014, Vol. 6, pp. 1 – 30.

OLIVARES ALANÍS Efrén, « Indigenous Peoples' Rights and the Extractive Industry : Jurisprudence From the Inter-American System of Human Rights », Goettingen Journal of International Law, 2013, Vol. 5, No. 1, pp. 187 – 214.

ONUMA Yasuaki, « A Transcivilizational Perspective on Global Legal Order in The Twenty-First Century : A Way to Overcome West-centric and Judiciary-Centric Deficits In International Legal Thoughts », International Community Law Review, 2006, No. 8, pp. 29 – 63.

OTTOU Alix et DORIS Marion, « Vers une déclaration universelle des droits de l'humanité ? », Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, 2016, janvier, Disponible [En ligne] : https://journals.openedition.org/revdh/1769 (29 septembre 2018).

OUGUERGOUZ Fatsah, « La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples : présentation et bilan d'activités (1988 – 1989) », Annuaire français de droit international, Paris, CNRS, 1989, Vol. 35, pp. 557 – 571.

OUM OUM Joseph Frank, « Le fait illicite non fautif, fondement de la responsabilité de l'État du fait des lois inconventionnelles », Revue française de droit administratif, Paris, Dalloz, 2013, No. 3, pp. 627 – 636.

ÖZDEN Melik, « Responsabilité de protéger : progrès ou recul du droit international public », Cahier critique, Genève, Cetim, 2013, No. 12, pp. 9 – 12.

PANIKKAR Raimundo, « Is the Notion of Human Rights a Western Concept ? », Diogenes, 1982, No. 120, pp. 75 – 102.

PARASKEVA Costas, « Reforming the European Court of Human Rights : An Ongoing Challenge », Nordic Journal of International Law, 2007, Vol. 76, Issue 2, pp. 185 – 216.

PARDO REBOLLEDO Jorge Mario, « El caso Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos », Bogotá, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2012, Año XVIII, pp. 333 – 346.

PASQUALUCCI Jo M., « The Whole Truth and Nothing but the Truth : Truth Commissions, Impunity and the Inter-American Human Rights System », Boston University International Law Journal, 1994, Vol. 12, pp. 321 – 370.

PEERS Steve, « The EU's Accession to the ECHR : The Dream Becomes a Nightmare », German Law Journal, 2015, Vol. 16, No. 1, pp. 213 – 222.

PELLET Alain, « Remarques sur une révolution inachevée, le projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États », Annuaire français de droit international, Paris, CNRS, 1996, Vol. 42, pp. 7 – 32.

PENTASSUGLIA Gaetano, « Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights », European Journal of International Law, 2011, Vol. 22, No. 1, pp. 165 – 202.

PICARD Étienne, « L'impuissance publique en droit », Actualité juridique droit administratif, Paris, Dalloz, 1999, pp. 11 – 20.

PICOD Fabrice, « La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH », JCP G Semaine Juridique (édition générale), 2015, No. 6, pp. 230 – 234.

PIOVESAN Flávia, « Direitos humanos e diálogo entre jurisdições », Revista Brasileira de Direito Constitucional, 2012, No. 19, pp. 67 – 93.

PONCE DE LEÓN ARMENTA Luis, Teología y fundamentos de la investigación del derecho, Boletín mexicano de derecho comparado, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, No. 69, pp. 927 – 944.

POPOV Athanase, « L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH », Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, 2015, février, Disponible [En ligne] : https://revdh.revues.org/1065 (29 septembre 2018).

QUIGLEY John, « The United Nations' Response to Israel's Seizure of the Gaza Strip and West Bank », The Palestine Yearbook of International Law, 2002/2003, Vol. XXI, pp. 145 – 164.

QUIGLEY John, « United State Complicity in Israel's Violations of Palestinian Rights », The Palestine Yearbook of International Law, 1984, Vol. I, pp. 95 – 120.

RAULSTON Elizabeth, « (Un) justifiable ? : A Comparison of Electoral Discrimination Jurisprudence at The European Court of Human Rights and The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina », American University International Law Review, 2013, Vol. 28, Issue 2, pp. 669 – 706.

RIGAUD Françoise, « Irak : le temps suspendu de l'embargo », Critique internationale, 2001, Vol. 2, No. 11, pp. 15 – 24.

RIXEN Thomas et ZANGL Bernhard, « The Politicization of International Economic Institutions in US Public Debates », Review of International Organisations, 2013, Vol. 8, Issue 3, pp. 363 – 387.

ROSAS CASTAÑEDA Juan Antonio, « Hacia el Jus Standi del individuo en el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos », Revista CEJIL, Buenos Aires, 2007, Año II, No. 3, pp. 80 – 89.

ROTA Marie, « La déclaration universelle des droits de l'homme : source des droits garantis par la Convention américaine relative aux droits de l'homme », Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, 2009, No.7, pp. 63 – 72.

ROTHÉA Xavier, « Les Roms, une nation sans territoire ? », Revue Rétractations, Dardilly, Les amis de réfraction, 2002, No. 8, Disponible [En ligne] : http://www.plusloin.org/refractions/refraction8/roms.htm (29 septembre 2018).

SA'DI Ahmad H., « The Borders of Colonial Encounter : The Case of Israel's Wall », Asian Journal of Social Science, 2010, Vol. 38, pp. 46 – 59.

SAAVEDRA ÁLVAREZ Yuria, « El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos : prolegómenos », Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. VIII, 2008, pp. 671 – 712.

SAGÜÉS Néstor Pedro, « Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la « constitución convencionalizada » », Anuario Parlamento y Constitución, 2011, No. 14, pp. 143 – 152.

SAGÜÉS Néstor Pedro, « Obligaciones internacionales y control de convencionalidad », Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2010, Año 8, No. 1, pp. 117 – 136.

SAGÜÉZ Néstor Pedro, « Nuevas fronteras del control de convencionalidad : el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad », Revista de Investigações Constitucionais, 2014, Vol. 1, No. 2, pp. 23 – 32.

SALIGNON Pierre, « Le massacre de Srebrenica », Revue Humanitaire, 2009, No. 20, Disponible [En ligne] : http://humanitaire.revues.org/273#ftn5 (29 septembre 2018).

SAMTLEBEN Jürgen, « Constitución y justicia constitucional en el Perú después de Fujimori », Ius et Veritas, 2013, Vol. 23, No. 47, pp. 44 – 65.

SAURON Jean-Luc, « L'exécution des arrêts de la CEDH, un processus sous le contrôle politique du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en voie d'échapper aux seuls exécutifs », La semaine juridique administrations et collectivités territoriales, 2016, No. 2.

SCHLNDLMAYR Thomas, « Obstructing the Security Council : The Use of the Veto in the Twentieth Century », Journal of the History of International Law, 2001, Vol. 3, pp. 218 – 234.

SCHMOECKEL Mathias et WAMPACH Christophe, « L'humanisation du droit de la guerre : une utopie combattue par la doctrine allemande ? », Clio Thémis, 2016, No. 2, pp. 1 – 21.

SCHWEBEL Stephen Myron, « Discours prononcé devant l'Assemblée Générale de l'Organisation des Nations Unies réunie en session plénière le 26 octobre 1999 », Disponible [En ligne] : http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?pr=87&p1=6&p2=1&lang=fr&search=%22schwebel%22&PHPSESSID=ec3d9dc44b98f1cbf816f0fffa05af64 (29 septembre 2018).

SCOTT David, « Norms of self-determination : thinking sovereignty through », Middle east law and governance, Leiden, Koninklijke Brill, 2012, No. 4, pp. 195 – 224.

SERRANO Monica, « The responsibility to protect : Libya and Côte d'Ivoire », Amsterdam, Amsterdam Law Forum, 2011, Vol. 3, No. 3, pp. 92 -101, Disponible [En ligne] : http://amsterdamlawforum.org/article/view/226/416 (29 septembre 2018).

SHANY Yuval, « Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law », European Journal of International Law, 2005, Vol. 16, No. 5, pp. 907 – 940.

SHEHADEH Raja, « The Gaza Occupation: Beginnings and Endings », The Palestine Yearbook of International Law, 2006/2007, Vol. XIV, pp. 13 – 26.

SHELTON Dinah, « Konaté Vs. Burkina Faso », The American Journal of International Law, 2015, Vol. 109, No. 3, pp. 630 – 636.

SICILIANOS Linos-Alexandre, « L'actualité et les potentialités de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale : à propos de 40e anniversaire de son adoption », Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2005, No. 64, pp. 869 – 921.

SICILIANOS Linos-Alexandre, « La « réforme de la réforme » du système de protection de la convention européenne des droits de l'homme », Annuaire français de droit international, Paris, CNRS, 2003, Vol. 49, pp. 611 – 640.

SILVA MEZA Juan N, « El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México », Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2012, Año XVIII, pp. 151 -172.

SLAUGHTER Anne-Marie, « A typology of transjudicial communication », University of Richmond Law Review, 1994, No. 29, pp. 99 – 137.

SUDRE Frédéric, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2008, No. 76, pp. 917 – 947.

SZUREK Sandra, « La responsabilité de protéger : mauvaises querelles et vraies questions », Anuario colombiano de derecho internacional, Bogotá, 2011, Vol. 4, pp. 47 – 69.

SZYMCZAK David, « L'arrêt pilote : un remède efficace contre l'engorgement du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme… à condition de bien lire la notice ! », La semaine juridique administrations et collectivités territoriales, 2006, No. 21, pp. 661 – 664.

TANZI Attila, « Remarks on sovereignty in the Evolving Constitutional Features of the International Community », International Community Law Review, 2010, No. 12, pp. 145 – 169.

TARDIF Éric, « Le système interaméricain de protection des droits de l'homme : particularités, percées et défis », Revue des droits de l'homme, 2014, No. 6, Disponible [En ligne] : http://revdh.revues.org/962 (29 septembre 2018).

TASIOULAS John, « Human Rights, Legitimacy, and International Law », The American Journal of Jurisprudence, 2013, Vol. 58, No. 1, pp. 1 – 25.

TAVERNIER Paul, « L'O.N.U. et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme », Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 1997, No. 31, pp. 377 – 393.

TEULE Catherine, « « Accord » EU-Turquie : le troc indigne », Plein droit, 2017, Vol. 3, No. 114, pp. 23 – 26.

THER RÍOS Francisco, « Antropología del territorio », Revista Latinoamericana Polis, Santiago, Universidad de los Lagos, 2012, No. 32.

TIZZANO Antonio, « Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH », RTD eur, Paris, Dalloz, 2011, pp. 9 – 19.

TOMUSCHAT Christian, « Uniting for peace », United nations audiovisual library of international law, 2008, Disponible [En ligne] : http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ufp/ufp_e.pdf (29 septembre 2018).

TORRES KIRMSER José Raúl, « Diálogo jurisprudencial entre la justicia nacional y las cortes internacionales », Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Asunción, Asunción, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA, 2014, pp. 65 – 74.

TOUZÉ Sébastien, « Le principe d'égalité devant la loi, Regard de l'internationaliste », Revue générale de droit international public, Paris, Pedone, 2014, Vol. 118, No. 3, pp. 567 – 582.

TSIEN Tche-hao, « La place de l'individu dans la chine impériale », L'individu face au pouvoir, Paris, Dessain et Tolra, 1988, Vol. 47, pp. 219 – 239.

TULKENS Françoise, « Pour et vers une organisation harmonieuse », RTD eur, Paris, Dalloz, 2011, pp. 27 – 34.

TUZET Giovanni, « A Short Note on Digestive Realism », Revus, 2015, No. 25, pp. 11 – 14.

UNHCR, « 50th anniversary the 1951 Genève Convention : the wall behind which refugees can shelter », Refugees, Genève, UNHCR, No. 123, Vol. 2, 2001.

UPRIMNY Rodrigo, « The constitutional court and control of presidential extraordinary powers in Colombia », Democratization and the judiciary, London, Frank Cass, 2003, pp. 46 – 69, Disponible [En ligne] : https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_26.pdf?x54537 (29 septembre 2018).

UREÑA Rene, « Global Governance Through Comparative International Law ? : Inter-American Constitutionalism and The Changing Role of Domestic Courts in the Construction of the International Law », Jean Monnet Working Paper Series, 2013, No. 21, pp. 1 – 36.

US. DEPARTAMENT OF STATE, « Israel's Violations of Human Rights in the Occupied Palestinian Territory », The Palestine Yearbook of International Law, 1990/1991, Vol. VI, pp. 181 – 199.

VAAMONDE FÉRNANDEZ José, « El tribunal europeo de derechos del hombre », Boletín del Ministerio de Justicia, Madrid, Ministerio de Justicia, 2001, R, 1,216, No. 1.904, pp. 3295 – 3324.

VANDAELE Arne et CLAES Erik, « L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme », Institut de droit international, Working Paper No. 15, 2001, pp. 1 – 59.

VANDERSANDEN Georges, « La primauté du droit communautaire sur le droit national (un arrêt de la Cour de cassation de Belgique) », Revue internationale de droit comparé, 1972, Vol. 2, No. 24, pp. 847 – 858.

VERBEKE Gérard, « La doctrine de l'être dans la métaphysique d'Aristote [note critique] », Revue philosophique de Louvain, 1952, Vol. 50, No. 27, pp. 471 – 478.

VERHOEVEN Joe, « À propos de l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la responsabilité internationale liée à leur observation, Revue critique de jurisprudence belge », Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 275 – 295.

VERHOEVEN Joe, « L'État et l'ordre juridique international, Remarques », Revue général de droit international public, Paris, Pedone, 1978, pp. 749 – 774.

VIRALLY Michel, « La valeur juridique des recommandations des organisations internationales », Annuaire français de droit international, Paris, CNRS, 1956, Vol. 2, pp. 66 – 96.

WACHSMANN Patrick, « L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », RTD eur, Paris, Dalloz, 1996, pp. 476 – 492.

WHITNEY Albert W., « The place of Standardization in Modern Life », The Annals for the American Academy of Political and Social Science, 1928, Vol. 137, No. 1, pp. 32 - 38.

WILCOX Francis, « The Yalta voting formula », The American Political Science Review, Washington, American political science association, Vol. 39, No. 5, 1945, pp. 943 – 956.

WILLIAMS Ryan C, « The ninth amendment as a rule of construction », Columbia law review, 2011, Vol. 111, pp. 498 – 573.

WITTEVEEN Willem, « Jurisprudence for Global Law ? », Tilburg Law Review, 2012, Vol. 17, No. 2, pp. 217 – 227.

WOLL Matthew, « Standardization », The Annals for the American Academy of Political and Social Science, 1928, Vol. 137, No. 1, pp. 47 – 48.

YACOUB Joseph, « Les droits de l'homme : une œuvre collective de l'humanité », Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2009, No. 78, pp. 375 – 401.

IV. Thèses

AGGAR Samia, « La responsabilité de protéger : un nouveau concept ? », Thèse, Bordeaux, Université de Bordeaux, 2016.

AHMET BARINGAYE Akilou, « La crise des organisations internationales : le cas du système de Nations Unies », Thèse, Lille, Atelier national de reproduction de thèses, 1991.

KOUSSETOGUE Roger, « La pertinence opératoire des droits de l'homme : de l'affirmation universaliste à l'universalité récusée », Lyon, Université Jean Moulin Lyon 3, 2011.
MAZZANTI Maria Rita, « From state sovereignty to responsibility to protect », Thèse, Institut d'études politiques de Paris, Lille, Atelier national de reproduction de thèses, 2013.
NAFTALI Patricia, « La construction du droit à la vérité en droit international : une ressource ambivalente à la croisée de plusieurs mobilisations », Thèse, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 2013.
TZEVELEKOS Vassilis, « Revisiting the Humanisation of International Law : Limits and Potential. Obligations Erga Omnes, Hierarchy of Rules and the Principle of Due Diligence as the Basis for Further Humanisation », Erasmus Law Review, 2013, No. 1, pp. 62 – 76.

V. Jurisprudence

1. Jurisprudence Étatique

CONSEIL D'ÉTAT COLOMBIEN, « Affaire Caracol Television S.A. et RCN Televisión S.A. », Requête n° 53057, Arrêt des mesures conservatoires, 13 mai 2015.
CONSEIL D'ÉTAT COLOMBIEN, « Affaire du Mont de Patascoy », Requête n° 31250 (Troisième Section), 20 octobre 2014.
CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, « Affaire Nicolo », Assemblée, 20 octobre 1989.
CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, « Affaire Sarran, Levacher et autres », Assemblée, 30 octobre 1998.
CORTE DI CASSAZIONE, « Case Milde », Sentence ° 1072, Order of 21 october 2008.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt d' « Acción de Tutela » T-426-92 », Requête T-824, 24 juin 1992.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt d' « Acción de Tutela » T-005-95 », Requête T-42711, 16 janvier 1995.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt d' « Acción de Tutela » T-015-95 », Requête T-49824, 23 janvier 1995.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt d' « Acción de Tutela » T-144-95 », Requête T-50890, 30 mars 1995.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt d' « Acción de Tutela » T-198-95 », Requête T-65128, 8 mai 1995.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt d' « Acción de Tutela » T-500-96 », Requête T-100310, 4 octobre 1996.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt d' « Acción de Tutela » T-284-98 », Requête T-155497, 4 juin 1998.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt d' « Acción de Tutela » T-568-96 », Requête T-100861, 28 octobre 1996.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt d' « Acción de Tutela » T-427-92 », Requête T-936, 24 juin 1992.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt d' « Acción de Tutela » T-129-11 », Requête T-2451120, 3 mars 2011.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt d' « Acción de Tutela » T-418-92 », Requête T-398, 19 juin 1992.

COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt d' « Acción de Tutela » T-274-15 », Requêtes accumulées T-4492963, T-4715291, T-4725592, et T-4734867, 12 mai 2015.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt d'unification SU-039-97 », Requête T-84771, 3 février 1997.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt d'Unification SU-062-99 », Requête T-168219, 4 février 1999.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-776-03 », Requête D-4429, 9 septembre 2003.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-225-95 », Requête L.A.T.-040, 18 mai 1995.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-358-97 », Requête D-1445, 5 novembre 1997.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-027-93 », Requêtes D-018, D-116 et D-136, 5 février 1993.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-574-92 », Requête AC-TI-06, 28 octobre 1992.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-067-03 », Requête D-4111, 4 février 2003.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-191-98 », Requête D-1868, 6 mai 1998.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-574-11 », Requête D-8371, 22 juillet 2011.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-249-12 », Requêtes D-8673, D-8679, et D-8680, 22 mars 2012.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-891-02 », Requête D-4022, 22 octobre 2002.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-401-05 », Requête D-5355, 14 avril 2005.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-617-08 », Requêtes D-7051, D-7032, D-7054 et D-7056, 25 juin 2008.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-470-97 », Requête D-1606, 25 septembre 1997.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-221-92 », Requête D-006, 29 mai 1992.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-250-12 », Requêtes accumulées D-8590, D-8613 et D-8614, 28 mars 2012.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-536-98 », Requête D-1951, 1 octobre 1998.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-592-98 », Requêtes accumulées D-1959, D-1961, D-1963 et D-1977, 21 novembre 1998.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-329-03 », Requête D-4276, 29 avril 2003.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de constitutionnalité C-591-12 », Requête D-8892, 25 juillet 2012.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de suivi A-005-09 », 26 janvier 2009.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de suivi A-073-14 », 27 mars 2014.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de suivi A-218-06 », 11 août 2011.

COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, « Arrêt de supplie A-242-15 », Requêtes accumulées D-10065 et D-10066, 10 juin 2015.
COUR CONSTITUTIONNELLE COLOMBIENNE, Arrêt d' « Acción de Tutela » T-306-16, Requête T-5165407, 15 juin 2016.
COUR CONSTITUTIONNELLE DU COSTA RICA, « Arrêt No. 2000-02306 », Chambre constitutionnelle, 15 mars 2000.
COUR DE CASSATION DE BELGIQUE, « Affaire Le Ski », 27 mai 1971.
COUR DE CASSATION DE BELGIQUE, « Affaire Schieble », 26 novembre 1925.
COUR DE CASSATION FRANÇAISE, « Affaire Jacques Vabre », Chambre mixte, 24 mai 1975.
COUR DE CASSATION FRANÇAISE, « Affaire Pauline Fraisse », Assemblée plénière, 2 juin 2000.
COUR SUPRÊME DE JUSTICE DE CHILI, « Affaire Juan Soto Cerda », Requête n° 3841-2012, 4 septembre 2013.
COUR SUPRÊME DE JUSTICE DE LA NATION ARGENTINE, « Affaire Miguel Ángel Espósito », Requête E. 224. XXXIX, 23 décembre 2004.
DICTRICT COURT OF THE HAGUE, « Case Mothers of Srebrenica Vs. Netherlands, Sentence 2014-8562, order of 16 July 2014.
GREEK SOUPREME COURT, « Case Distomo, Areios Pagos », Order of 13 may 2000.
HUMAN RIGHTS CHAMBER FOR BOSNIA AND HERZEGOVINA, « The « Srebrenica Cases » », Cases nos CH/01/8365 and others, 3 March 2003.
SUPRÊME COUR DE JUSTICE DE LA NATION, « Requête « Varios » 912/2010 », 14 juillet 2011.
SUPRÊME COUR DE JUSTICE DE MENDOZA, « Habeas corpus correctif et collectif (Penitenciaria de Mendoza) », Requête CUIJ n° 13-03815694-70, 23 décembre 2015.
SUPREME COURT OF THE NETHERLANDS, « Sentence 12/03324 », Order of 6 september 2013.
SUPREME COURT OF THE NETHERLANDS, « Sentence 12/03329 », Order of 6 september 2013.
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, « Case Obergefell Vs. Hodges », 14 US 556 (2015), 26 June 2015.
SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, « Case Roe Vs. Wade », 410 US 113 (1973), 22 January 1973.
TCE, « Ordonnance 96/2001 », 24 avril 2001.
TCE, « Ordonnance d'irrecevabilité du recours d'Amparo 2,291/93 », 31 janvier 1994.
TCE, « STC 245/1991 », 16 décembre 1991.
TCE, « STC 313/2005 », 12 décembre 2005.
TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL PLURINATIONAL DE BOLIVIE, « Arrêt d'Amparo », Requête n° 0487/2014, 25 février 2014.
TRIBUNAL ÉLECTORAL DE L'ÉTAT DE CHIHUAHUA, « Arrêt sur la protection des droits politiques des citoyens », Requête n° JDC-13/2015 et JDC-14/2015, 15 janvier 2016.
TSJ/SC, « Acción de Amparo No. 1942 », 12 juin 2001.
TSJ/SC, « Recurso de nulidad constitucional n° 1942 », 15 juillet 2003.

2. Jurisprudence Internationale

a) Ordre Universel

CANÇADO TRINDADE Antônio, « Opinion dissidente dans l'Affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'État », CIJ, Affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne Vs. Italie), Arrêt du 3 février 2012.

CANÇADO TRINDADE Antônio, « Opinion dissidente dans l'affaire sur la conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo », CIJ, Affaire sur la conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, Avis consultatif du 22 juillet 2010.

CANÇADO TRINDADE Antônio, « Opinion individuelle dans l'affaire Ahmadou Sadio Diallo », CIJ, Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée Vs. République Démocratique du Congo), Arrêt du 30 novembre 2010.

CAT, « General comment No. 2 : Implementation of Article 2 by States parties», 2008.

CCPR, « Communication No. 1007/2001, Sineiro Fernández Vs. Espagne », 19 septembre 2003.

CCPR, « Communication No. 1009/2001, Shchetko Vs. Belarus », 8 août 2006.

CCPR, « Communication No. 1033/2001, Singarasa Vs. Sri Lanka », 23 août 2004.

CCPR, « Communication No. 1036/2001, Faure Vs. Australie », 23 novembre 2005.

CCPR, « Communication No. 1069/2002, Bakhtiyari Vs. Australie », 6 novembre 2003.

CCPR, « Communication No. 1090/2002, Wairiki Rameka Vs. Nouvelle-Zélande », 15 décembre 2003.

CCPR, « Communication No. 1126/2002, Carranza Alegre Vs. Pérou », 17 novembre 2005.

CCPR, « Communication No. 1249/2004, Joseph et autres Vs. Sri Lanka », 18 novembre 2005.

CCPR, « Communication No. 1306/2004, Haraldsson et Sveinsson Vs. Islande », 14 décembre 2007.

CCPR, « Communication No. 1324/2004, Shafiq Vs. Australie », 13 novembre 2006.

CCPR, « Communication No. 1368/2005, E.B. Vs. Nouvelle-Zélande », 21 juin 2007.

CCPR, « Communication No. 1406/2005, Weerawansa Vs. Sri Lanka », 14 mai 2009.

CCPR, « Communication No. 1412/2000, Butovenko Vs. Ukraine », 24 août 2011.

CCPR, « Communication No. 1454/2006, Lederbauer Vs. Autriche », 11 septembre 2007.

CCPR, « Communication No. 1466/2006, Lumanog et Santos Vs. Philippines », 21 avril 2008.

CCPR, « Communication No. 1556/2007, Novaković Vs. Serbie », 3 novembre 2010.

CCPR, « Communication No. 1558/2007, Katsaris Vs. Grèce », 30 août 2012.

CCPR, « Communication No. 1620/2007, Owen Vs. France », 27 avril 2011.

CCPR, « Communication No. 1621/2007, Raihman Vs. Lettonie », 30 novembre 2010.

CCPR, « Communication No. 1791/2008, Boudjemai Vs. Algérie », 5 juillet 2013.

CCPR, « Communication No. 1863/2009, Maharjan Vs. Népal », 12 septembre 2012.

CCPR, « Communication No. 1876/2009, Singh Vs. France », 27 septembre 2011.

CCPR, « Communication No. 1932/2010, Fedotova Vs. Russie », 30 novembre 2012.

CCPR, « Communication No. 1968/2010, Blessington et Elliot Vs. Australie », 17 novembre 2014.

CCPR, « Communication No. 1972/2010, Djahangir oglu Quliyev Vs. Azerbaïdjan », 19 novembre 2014.

CCPR, « Communication No. 2155/2012, Paksas Vs. Lituanie », 29 avril 2014.

CCPR, « Communication No. 701/1996, Gómez Vázquez Vs. Espagne », 16 août 2000.

CCPR, « Communication No. 747/1997, Des Fours Walderode Vs. République tchèque », 2 novembre 2001.

CCPR, « Communication No. 774/1997, Brok Vs. République tchèque », 15 janvier 2002.
CCPR, « Communication No. 779/1997, Äärelä et Näkkäläjärvi Vs. Finlande », 7 novembre 2001.
CCPR, « Communication No. 781/1997, Aliev Vs. Ukraine », 18 septembre 2003.
CCPR, « Communication No. 798/1998, Reece Vs. Jamaïque », 21 juillet 2003.
CCPR, « Communication No. 846/1999, Jansen-Gielen », 14 mai 2001.
CCPR, « Communication No. 941/2001, Young Vs. Australie », 18 septembre 2003.
CCPR, « Communication No. 976/2001, Bakker Vs. Pays-Bas », 15 juin 2004.
CCPR, « Communication No. 986/2001, Semey Vs. Espagne », 19 septembre 2003.
CCPR, « Communications Nos. 1627/2007, 1757/2008 et 1765/2008, Canessa Albareda et autres Vs. Uruguay », 28 novembre 2011.
CCPR, « General comment No. 3 : Article 2 (Implementation at the national level) », Thirteenth session, 1981.
CCPR, « General comment No. 31 : Nature of the General Legal Obligation imposed on States Parties to the Covenant », Eightieth session, 2004.
CCPR, « General comment No. 33 : Obligations of States parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights», Ninety-fourth session, 2009.
CCPR, « General comment No. 6 : Article 6 (right to life) », Sixteenth session, 1982.
CEDAW, « Communication No. 028/2010, R.K.B. Vs. Turquie », 13 avril 2012.
CEDAW, « Communication No. 031/2011, S.V.P. Vs. Bulgarie », 27 novembre 2012.
CEDAW, « General Recommendation No. 19 : Violence against Women », Eleventh session, 1992.
CEDAW, « General Recommendation No. 28 : The Core Obligation of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women », Forty-seventh session, 2010.
CEDAW, « General Recommendation No. 32 : On the Gender-Related Dimensions of Refugee Status, Asylum, Nationality and Statelessness of Women », Fifty-ninth session, 2014.
CEDAW, « General Recommendation No. 35 : On the Gender-Based Violence Against Women, Updating General Recommendation No. 19 », Sixty-seventh session, 2017.
CERD, « General Recommendation No. 17 : On the Establishment of National Institutions to Facilitate the Implementation of the Convention », Forty-second session, 1993.
CERD, « General Recommendation No. 18 : On the Establishment of an International Tribunal to Prosecute Crimes Against Humanity », Forty-fourth session, 1994.
CERD, « General Recommendation No. 2 : States Parties' Obligations », Fifth session, 1972.
CERD, « General Recommendation No. 31 : On the Prevention of Racial Discrimination in the Administration and Functioning of the Criminal Justice System », Sixty-fifth session, 2004.
CESCR, « General comment No. 10 : The Role of National Human Rights Institutions in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights », Nineteenth session, 1998.
CESCR, « General comment No. 24 : State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities », Sixty-first session, 2017.
CESCR, « General comment No. 3 : The Nature of States parties Obligations (Art. § 1) », Fifth session, 1990.
CESCR, « La nature des obligations des États parties, » Observation générale No. 3, UN Doc.HRI/GEN/1/Rev,9 (Vol. I), 14 septembre 1990.

CIJ, « Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique Vs. États-Unis) », Arrêt du 31 mars 2004.
CIJ, « Affaire de l'île de Kasikili/Sedudu (Botswana Vs. Namibie) », Arrêt du 13 décembre 1999.
CIJ, « Affaire de l'Interhandel (Suisse Vs. États-Unis) (Exceptions préliminaires) », Arrêt du 21 mars 1959.
CIJ, « Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo Vs. Rwanda) », Arrêt du 3 février 2006.
CIJ, « Affaire du mandat d'arrêt (République démocratique du Congo Vs. Belgique) », Arrêt du 14 février 2002.
CIJ, « Affaire LaGrand (Allemagne Vs. États-Unis) », Arrêt du 27 juin 2001.
CIJ, « Affaire relative à l'application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie Vs. Fédération de Russie) », Arrêt du 1 avril 2012.
CIJ, « Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine Vs. Serbie et Monténégro) », Arrêt du 26 février 2007.
CIJ, « Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie Vs. Serbie) », Arrêt du 3 février 2015.
CIJ, « Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau Vs. Sénégal) », Arrêt du 12 novembre 1991.
CIJ, « Affaire relative aux activités armées sur le territoire de Congo (nouvelle requête 2002) (République démocratique du Congo Vs. Rwanda) », Compétence et recevabilité, Arrêt du 3 février 2006.
CIJ, « Affaire relative aux activités militaires et paramilitaires menées à l'intérieure du territoire nicaraguayen (Nicaragua Vs. États-Unis) », Arrêt du 27 juin 1986.
CIJ, « Affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne Vs. Italie) », Arrêt du 3 février 2012.
CIJ, « Affaire relative aux immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne Vs. Italie) », Contre-mémoire de l'Italie, Vol. 1, 22 décembre 2009.
CIJ, « Affaire relative aux questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader. (Belgique Vs. Sénégal) », Arrêt du 20 juillet 2012.
CIJ, « Affaire sur l'applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'organisation des Nations Unies », Avis consultatif, 7 mars 1988.
CIJ, « Affaire sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », Avis consultatif, 8 juillet 1996.
CIJ, « Affaire sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », Avis consultatif, 8 juillet 1996.
CIJ, « Affaire sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé », Avis consultatif, 9 juillet 2004.
CMW, « General comment No. 1 : On Migrants Domestic Workers », 2011.
CMW, « General comment No. 2 : On the Rights of Migrant Workers in an Irregular Situation and Members of their Families », 2013.
COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, « Mariam, Philippe, Auguste et Thomas Vs. Burkina Faso », Communication n° 1159/03, 11 avril 2006.
COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME, « Schedko et Bondarenko Vs. Belarus », Communication n° 886/99, 3 avril 2003.

CPJI, « Affaire des Écoles minoritaires en Albanie », Avis consultatif, 6 avril 1935, Série A/B n ° 64.
CPJI, « Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex », Arrêt du 7 juin 1932, Série A/B n ° 46.
CPJI, « Affaire relative à l'usine de Chorzów (Allemagne Vs. Pologne) », Arrêt du 13 septembre 1928, Série A n ° 17.
CPJI, « Affaire sur l'échange des populations grecques et turques », Avis consultatif, 21 février 1925, Série B n ° 10.
CPJI, « Affaire sur le traitement des nationaux polonais et d'autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig », Avis consultatif, 4 février 1932, Série A/B n ° 44.
CPJI, « Affaire sur les colons allemands en Pologne », Avis consultatif, 10 septembre 1923, Série B n ° 6.
CPJI, « Affaire sur les questions des « communautés » gréco-bulgares », Avis consultatif, 31 juillet 1930, Série B n ° 11.
CRC, « General comment No. 2 : The Role of Independent National Human Rights Institutions in the Protection and Promotion of the Rights of the Child », Thirty-second session, 2002.
CRC, « General comment No. 21 : On Children in Street Situation », Sixty-sixth session, 2017.
CRC, « General comment No. 5 : General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child », Thirty-fourth session, 2003.
CRPD, « Communication No. 004/2011, Bujdosó et autres Vs. Bulgarie », 16 octobre 2013.
CRPD, « General comment No. 1 : Article 12 (Equal Recognition before the Law) », 2014.
ICC, « Prosecutor Vs. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui », Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victims at the Pre-Trial Stage of the Case, ICC-01/04-01/07-474, 13 May 2008.
TPIY, « Affaire Furundžija « Vallée de la Lašva » », (IT-95-17/1), Arrêt de jugement, 10 décembre 1998.
TPIY, « Affaire Le Procureur Vs. Dusko Tadic, Alias « Dule » », Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995.

b) Système IDH

COMMISSION IDH, « Affaire 10026 Vs. Panamá », Rapport No. 28/94, 30 septembre 1994.
COMMISSION IDH, « Affaire 10180 Vs. Mexique », Rapport No. 8/91, 22 février 1991.
COMMISSION IDH, « Affaire 10473 Vs. Colombie », Rapport No. 1/94, 1 février 1994.
COMMISSION IDH, « Affaire 10574 Vs. Salvador », Rapport No. 5/94, 1 février 1994.
COMMISSION IDH, « Affaire 10804(b) Vs. Guatemala », Rapport No. 21/94, 22 september 1994.
COMMISSION IDH, « Affaire 10911 Vs. Salvador », Rapport No. 7/94, 1 février 1994.
COMMISSION IDH, « Affaire 10912 Vs. Colombie », Rapport No. 2/94, 1 février 1994.
COMMISSION IDH, « Affaire 10956 Vs. Mexique », Rapport No. 14/93, 7 octobre 1993.
COMMISSION IDH, « Affaire 11010 Vs. Colombie », Rapport No. 15/95, 13 septembre 1995.
COMMISSION IDH, « Affaire 9893 Vs. Uruguay », Rapport No. 90/90, 3 octobre 1990.
COMMISSION IDH, « Affaire Franklin Guillermo Aisalla Molina, Équateur Vs. Colombie », Rapport d'admissibilité de la Communication interétatique No. 2, Rapport No. 112/10, 21 octobre 2010.

COMMISSION IDH, « Affaire Jorge, José y Dante Peirano Basso Vs. Uruguay », Rapport de fond No. 86/09, 6 août 2009.
COMMISSION IDH, « Affaires 10029, 10036, 10145, 10305, 10372, 10373, 10374 et 10375 Vs. Uruguay », Rapport No. 29/92, 2 octobre 1992.
COMMISSION IDH, « Affaires 9328, 9329, 9742, 9848, 10193, 10230, 10429, 10469 Vs. Costa Rica », Rapport No. 24/92, 2 octobre 1992.
COMMISSION IDH, « Affaires 9768, 9780 et 9828 Vs. Mexique », Résolution No. 1/90, 17 mai 1990.
COMMISSION IDH, « Rapport 117/12 », 2012.
COMMISSION IDH, « Rapport 17/97 », 11 mars 1997.
COMMISSION IDH, « Rapport 47/00 », Affaire 10,908, Pérou, 13 avril 2000.
COMMISSION IDH, « Rapport 55/99 », Affaires 10,815 ; 10,905 ; 10,981 ; 10,995 ; 11,042 et 11,136, Pérou, 13 avril 1999.
COMMISSION IDH, « Rapport No. 44/00 », Affaire 10,820, Pérou, 13 avril 2000.
COMMISSION IDH, Affaires 10147, 10181, 10262, 10309 et 10311 Vs. Argentine, Rapport No. 28/92, 2 octobre 1992.
COUR IDH, « « Otros tratados » objeto de la función consultiva de la Corte (Art, 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos) », Avis consultatif OC-1/82, 24 septembre 1982.
COUR IDH, « Affaire « Cinq pensionnaires » Vs. Pérou », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 98, 28 février 2003.
COUR IDH, « Affaire « Enfants de la rue » (Villagrán Morales et autres) Vs. Guatemala », Arrêt de fond, Série C n° 63, 19 novembre 1999.
COUR IDH, « Affaire « Enfants de la rue » (Villagrán Morales et autres) Vs. Guatemala », Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 77, 26 mai 2001.
COUR IDH, « Affaire « la dernière tentation du Christ » (Olmedo Bustos et autres) Vs. Chili », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 73, 5 décembre 2001.
COUR IDH, « Affaire 19 commerçants Vs. Colombie », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 109, 5 juillet 2004.
COUR IDH, « Affaire Acevedo Buendía et autres Vs. Pérou », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 198, 1 juillet 2009.
COUR IDH, « Affaire Acevedo Jaramillo et autres Vs. Pérou », Interprétation de l'arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 157, 24 novembre 2006.
COUR IDH, « Affaire Acosta Calderón Vs. Équateur », Arrêt de fond et réparations, Série C n° 129, 24 juin 2005.
COUR IDH, « Affaire Andrade Salmón Vs. Bolivie », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 330, 1 décembre 2016.
COUR IDH, « Affaire Anzualdo Castro Vs. Pérou », Résolution de supervision, 21 août 2013.
COUR IDH, « Affaire Argüelles et autres Vs. Argentine », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 288, 20 novembre 2014.
COUR IDH, « Affaire Artavia Murillo et autres (« fécondation in vitro ») Vs. Costa Rica », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 257, 28 novembre 2012.
COUR IDH, « Affaire Artavia Murillo et autres (« fécondation in vitro ») Vs. Costa Rica », Résolution de supervision d'accomplissement d'arrêt, 26 février 2016.
COUR IDH, « Affaire Baena Ricardo et autres Vs. Panamá », Arrêt d'établissement de compétence, Série C n° 104, 28 novembre 2003.

COUR IDH, « Affaire Baldeón García Vs. Pérou », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 147, 6 avril 2006.
COUR IDH, « Affaire Bámaca Velásquez Vs. Guatemala », Arrêt de fond, Série C n° 70, 25 novembre 2000.
COUR IDH, « Affaire Bámaca Velásquez Vs. Guatemala », Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 91, 22 février 2002.
COUR IDH, « Affaire Barrios Altos Vs. Pérou », Arrêt de fond, Série C n° 75, 14 mars 2001.
COUR IDH, « Affaire Barrios Altos Vs. Pérou », Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 87, 30 novembre 2001.
COUR IDH, « Affaire Benjamin et autres Vs. Trinité-et-Tobago », Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 81, 1 septembre 2001.
COUR IDH, « Affaire Blake Vs. Guatemala », Arrêt de fond, Série C n ° 36, 24 janvier 1998.
COUR IDH, « Affaire Boyce et autres Vs. Barbade », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 169, 20 novembre 2007.
COUR IDH, « Affaire Bulacio Vs. Argentine », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 100, 18 septembre 2003.
COUR IDH, « Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique », Arrêt d'exceptions préliminaires, le fond, les réparations, frais et dépens, Série C n° 220, 26 novembre 2010.
COUR IDH, « Affaire Caesar Vs. Trinité-et-Tobago », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 123, 11 mars 2005.
COUR IDH, « Affaire Cantoral Benavides Vs. Pérou », Arrêt de fond, Série C n° 69, 18 août 2000.
COUR IDH, « Affaire Cantoral Benavides Vs. Pérou », Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 88, 3 décembre 2001.
COUR IDH, « Affaire Cantos Vs. Argentine », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 97, 28 novembre 2002.
COUR IDH, « Affaire Castañeda Gutman Vs. Mexique », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 184, 6 août 2008.
COUR IDH, « Affaire Castañeda Gutman Vs. Mexique », Résolution de supervision, 28 août 2013.
COUR IDH, « Affaire Castillo Páez Vs. Pérou », Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 24, 30 janvier 1996.
COUR IDH, « Affaire Castillo Páez Vs. Pérou », Arrêt de fond, Série C n° 34, 3 novembre 1997.
COUR IDH, « Affaire Castillo Páez Vs. Pérou », Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 43, 27 novembre 1998.
COUR IDH, « Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou », Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 41, 4 septembre 1998.
COUR IDH, « Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 52, 30 mai 1999.
COUR IDH, « Affaire Castillo Pretuzzi et autres Vs. Pérou », Résolution de supervision d'accomplissement d'arrêt, 17 novembre 1999.
COUR IDH, « Affaire Cesti Hurtado Vs. Pérou », Arrêt de fond, Série C n° 56, 29 septembre 1999.
COUR IDH, « Affaire Communauté Garífuna de Punta Piedra et ses Membres Vs. Honduras », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 304, 8 octobre 2015.

COUR IDH, « Affaire Communauté indigène Yakye Axa Vs. Paraguay », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 125, 17 juin 2005.
COUR IDH, « Affaire Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 79, 31 août 2001.
COUR IDH, « Affaire Communautés afro-descendantes déplacées du bassin du fleuve Cauca (Opération Genèse) Vs. Colombie », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 270, 20 novembre 2013.
COUR IDH, « Affaire Constantine et autres Vs. Trinité-et-Tobago », Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 82, 1 septembre 2001.
COUR IDH, « Affaire Contreras et autre Vs. Salvador », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 232, 31 août 2011.
COUR IDH, « Affaire Cruz Sánchez et autres Vs. Pérou », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 292, 17 septembre 2015.
COUR IDH, « Affaire Dacosta Cadogan Vs. Barbade », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 204, 24 septembre 2009.
COUR IDH, « Affaire de la Communauté indigène Xákmok Kasek Vs. Paraguay », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 214, 24 août 2010.
COUR IDH, « Affaire de la communauté indigène Yakye Axa Vs. Paraguay », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 125, 17 juin 2005.
COUR IDH, « Affaire de la Communauté Moiwana Vs. Suriname », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparation, frais et dépens, Série C n° 124, 14 juin 2006.
COUR IDH, « Affaire défenseurs des droits de l'homme et autres Vs. Guatemala », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 283, 28 août 2014.
COUR IDH, « Affaire des frères Gómez Paquiyauri Vs. Pérou », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 110, 8 juillet 2004.
COUR IDH, « Affaire des Massacres d'Ituango Vs. Colombie », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 148, 1 juillet 2006.
COUR IDH, « Affaire des Massacres d'Ituango Vs. Colombie », Résolution de supervision, 21 mai 2013.
COUR IDH, « Affaire du peuple indigène Kichwa de Sarayaku Vs. Équateur », Arrêt de fond et réparations, Série C n° 245, 27 juin 2012.
COUR IDH, « Affaire du peuple Saramaka Vs. Surinam », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 172, 28 novembre 2007.
COUR IDH, « Affaire du Peuple Saramaka Vs. Suriname », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 172, 28 novembre 2007.
COUR IDH, « Affaire du Peuple Saramaka Vs. Suriname », Arrêt d'interprétation de l'arrêt d'exception préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 185, 12 août 2008.
COUR IDH, « Affaire Durand et Ugarte Vs. Pérou », Arrêt de fond, Série C n° 68, 16 août 2000.
COUR IDH, « Affaire Durand et Ugarte Vs. Pérou », Arrêt de réparations, Série C n° 89, 3 décembre 2001.
COUR IDH, « Affaire El Amparo Vs. Venezuela », Arrêt de fond, Série C n° 19, 18 janvier 1995.
COUR IDH, « Affaire El Amparo Vs. Venezuela », Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 28, 14 septembre 1996.
COUR IDH, « Affaire Fairén Garbi et Solis Corrales Vs. Honduras », Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 2, 26 juin 1987.

COUR IDH, « Affaire Favela Nova Brasilia Vs. Brésil », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 333, 16 février 2017.
COUR IDH, « Affaire Fermín Ramírez Vs. Guatemala », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 126, 20 juin 2005.
COUR IDH, « Affaire Fernández Ortega et autres Vs. Mexique », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 215, 30 août 2010.
COUR IDH, « Affaire Fleury et autres Vs. Haïti, Arrêt de fond et réparations », Série C n° 236, 23 novembre 2011.
COUR IDH, « Affaire Forneron et fille Vs. Argentine », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 242, 27 avril 2012.
COUR IDH, « Affaire Furlan et familiers Vs. Argentine », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 246, 31 août 2012.
COUR IDH, « Affaire García et familiaires Vs. Guatemala », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 258, 29 novembre 2012.
COUR IDH, « Affaire García Ibarra et autres Vs. Équateur », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 306, 17 novembre 2015.
COUR IDH, « Affaire Garrido et Baigorria Vs. Argentine », Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 39, 27 août 1998.
COUR IDH, « Affaire Garrido et Baigorria Vs. Argentine », Arrêt de fonde, Série C n° 26, 2 février 1996.
COUR IDH, « Affaire Gelman Vs. Uruguay », Arrêt de fond et réparations, Série C n° 221, 24 février 2011.
COUR IDH, « Affaire Gelman Vs. Uruguay », Résolution de supervision, 20 mars 2013.
COUR IDH, « Affaire Genie Lacayo Vs. Nicaragua », Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 21, 27 janvier 1995.
COUR IDH, « Affaire Godínez Cruz Vs. Honduras », Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 3, 26 juin 1987.
COUR IDH, « Affaire Godínez Cruz Vs. Honduras », Arrêt de fond, Série C n° 5, 20 janvier 1989.
COUR IDH, « Affaire Gomes Lund et autres (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brésil », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 219, 24 novembre 2010.
COUR IDH, « Affaire Gómez Palomino Vs. Pérou », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 136, 22 novembre 2005.
COUR IDH, « Affaire González et autres (« Campo Algodonero ») Vs. Mexique », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 205, 16 novembre 2009.
COUR IDH, « Affaire Granier et autres (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 293, 22 juin 2015.
COUR IDH, « Affaire Gutiérrez et famille Vs. Argentine », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 271, 25 novembre 2013.
COUR IDH, « Affaire Heliodoro Portugal Vs. Panamá », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 186, 12 août 2008.
COUR IDH, « Affaire Hilaire Vs. Trinité-et-Tobago », Arrêt d'exceptions liminaires, Série C n° 80, 1 septembre 2001.
COUR IDH, « Affaire Hilaire, Constantine et autres et Caesar Vs. Trinité-et-Tobago », Résolution de supervision d'accomplissement d'arrêt, 20 novembre 2015.

COUR IDH, « Affaire Hilaire, Constantine, Benjamin et autres Vs. Trinité-et-Tobago », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 94, 21 juin 2002.
COUR IDH, « Affaire Ibsen Cárdenas et Ibsen Peña Vs. Bolivie », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 217, 1 septembre 2010.
COUR IDH, « Affaire Institut de rééducation du mineur Vs. Paraguay », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 112, 2 septembre 2004.
COUR IDH, « Affaire Ivcher Bronstein Vs. Pérou », Arrêt d'établissement de compétence, Série C n° 54, 24 septembre 1999.
COUR IDH, « Affaire James et autres Vs. Trinité-et-Tobago », Résolution de mesures provisoires, 25 mai 1999 « Résolution du 25 mai 1999 », 1999.
COUR IDH, « Affaire James et autres Vs. Trinité-et-Tobago », Résolution de mesures provisoires, 27 mai 1998.
COUR IDH, « Affaire James et autres Vs. Trinité-et-Tobago », Résolution de mesures provisoires, 29 août 1998.
COUR IDH, « Affaire James et autres Vs. Trinité-et-Tobago », Résolution de mesures provisoires, 27 mai 1998.
COUR IDH, « Affaire Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 99, 7 juin 2003.
COUR IDH, « Affaire Kawas Fernández Vs. Honduras », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 196, 3 avril 2009.
COUR IDH, « Affaire La Cantuta Vs. Pérou », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 162, 29 novembre 2006.
COUR IDH, « Affaire Las Palmeras Vs. Colombie », Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 67, 4 février 2000.
COUR IDH, « Affaire Liakat Ali Alibux Vs. Suriname », Arrêt d'exceptions préliminaires, de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 276, 30 janvier 2014.
COUR IDH, « Affaire Loayza Tamayo Vs. Pérou », Arrêt de fond, Série C n° 33, 17 septembre 1997.
COUR IDH, « Affaire Loayza Tamayo Vs. Pérou », Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 42, 27 novembre 1998.
COUR IDH, « Affaire López Álvarez Vs. Honduras », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 141, 1 février 2006.
COUR IDH, « Affaire López Mendoza vs Venezuela », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 233, 1 septembre 2011.
COUR IDH, « Affaire Lori Berenson Mejía Vs. Pérou », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 119, 25 novembre 2004.
COUR IDH, « Affaire Luna López Vs. Honduras », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 269, 10 octobre 2013.
COUR IDH, « Affaire Maqueda Vs. Argentine », Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 18, 17 janvier 1995.
COUR IDH, « Affaire Maritza Urrutia Vs. Guatemala », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 103, 27 novembre 2003.
COUR IDH, « Affaire Marta Colomina et Liliana Vásquez », Résolution de mesures provisoires demandées par la Commission IDH, 8 septembre 2003.
COUR IDH, « Affaire Massacre de Le Mozote et d'endroits proches Vs. Salvador », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 252, 25 octobre de 2012.
COUR IDH, « Affaire Massacre de Mapiripán Vs. Colombie », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 134, 15 septembre 2005.

COUR IDH, « Affaire Massacre de Pueblo Bello Vs. Colombie », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 140, 31 janvier 2006.
COUR IDH, « Affaire Massacre des deux erres Vs. Guatemala », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 211, 24 novembre 2009.
COUR IDH, « Affaire Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 79, 31 août 2001.
COUR IDH, « Affaire Mohamed Vs. Argentine », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 255, 23 novembre 2012.
COUR IDH, « Affaire Montero Aranguren et autres Vs. Venezuela », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 150, 5 juillet 2006.
COUR IDH, « Affaire Myrna Mack Chang Vs. Guatemala », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 101, 25 novembre 2003.
COUR IDH, « Affaire Nadege Dorzema et autres Vs. République Dominicaine », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 251, 24 octobre 2012.
COUR IDH, « Affaire Norín Catrimán et autres (Dirigeants, membres et activistes du peuple indigène Mapuche) Vs. Chili », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 279, 29 mai 2014.
COUR IDH, « Affaire Omar Humberto Maldonado Vargas et autres Vs. Chili », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 300, 2 septembre 2015.
COUR IDH, « Affaire Palamara Iribarne Vs. Chili », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 135, 22 novembre 2005.
COUR IDH, « Affaire Paniagua Morales et autre Vs. Guatemala », Arrêt de fond, Série C n° 37, 8 mars 1998.
COUR IDH, « Affaire Personnes dominicaines et haïtiennes expulsées Vs. République Dominicaine », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 282, 28 août 2014.
COUR IDH, « Affaire Quispialaya Vilcapoma Vs. Pérou », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 308, 23 novembre 2015.
COUR IDH, « Affaire Radilla Pacheco Vs. Mexique », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 209, 23 novembre 2009.
COUR IDH, « Affaire Raxcacó Reyes Vs. Guatemala », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 133, 15 septembre 2005.
COUR IDH, « Affaire Reverón Trujillo Vs. Venezuela », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 197, 30 juin 2009.
COUR IDH, « Affaire Rodrigues Vera et autres (Disparus du Palais de Justice) Vs. Colombie », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 287, 14 novembre 2014.
COUR IDH, « Affaire Rosendo Cantú Vs. Mexique », Arrêt d'exceptions préliminaires, le fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 216, 31 août 2010.
COUR IDH, « Affaire sœurs Serrano Cruz Vs. Salvador », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 120, 1 mars 2005.
COUR IDH, « Affaire Suárez Peralta Vs. Equateur », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 261, 21 mai 2013.
COUR IDH, « Affaire Suárez Rosero Vs. Équateur », Arrêt de fond, Série C n ° 35, 12 novembre 1997.
COUR IDH, « Affaire Suárez Rosero Vs. Équateur », Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n ° 44, 20 janvier 1999.

COUR IDH, « Affaire Tibi Vs. Équateur », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 114, 7 septembre 2004.
COUR IDH, « Affaire Travailleurs licenciés du Congrès (Aguado Alfaro et autres) Vs. Pérou », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 158, 24 novembre 2006.
COUR IDH, « Affaire Tribunal constitutionnel Vs. Pérou », Arrêt d'établissement de compétence, Série C n° 55, 24 septembre 1999.
COUR IDH, « Affaire Trujillo Oroza Vs. Bolivie », Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 92, 27 février 2002.
COUR IDH, « Affaire Velásquez Paiz et autres Vs. Guatemala », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 307, 19 novembre 2015.
COUR IDH, « Affaire Velásquez Rodriguez Vs. Honduras », Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 1, 26 juin 1987.
COUR IDH, « Affaire Velásquez Rodríguez Vs. Honduras », Arrêt de fond, Série C n ° 4, 29 juillet 1988.
COUR IDH, « Affaire Vélez Loor Vs. Panamá », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 218, 23 novembre 2010.
COUR IDH, « Affaire Veliz Franco et autres Vs. Guatemala », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 277, 19 mai 2014.
COUR IDH, « Affaire Ximene López Vs. Brésil », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 149, 4 juillet 2006.
COUR IDH, « Affaire Ximenes Lopes Vs. Brasil », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 149, 4 juillet 2006.
COUR IDH, « Affaire Yatama Vs. Nicaragua, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 127, 23 juin 2005.
COUR IDH, « Affaire Zambrano Vélez et autres Vs. Équateur », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 166, 4 juillet 2007.
COUR IDH, « Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50, y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) », Avis consultatif OC-13/93, 16 juillet 1993.
COUR IDH, « Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados », Avis consultatif OC-18/03, 17 septembre 2003.
COUR IDH, « Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional », Avis consultatif OC-21/14, 19 août 2014.
COUR IDH, « El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal », Avis consultatif OC-16/99, 1 octobre 1999.
COUR IDH, « El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75) », Avis consultatif OC-2/82, 24 septembre 1982.
COUR IDH, « Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos) », Avis consultatif OC-11/90, 10 Août 1990.
COUR IDH, « La colegiación obligatoria de periodistas (Art. 13 et 29 CADH) », Avis consultatif OC-5/85, 13 novembre 1985.
COUR IDH, « Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización », Avis consultatif OC-4/84, 19 janvier 1984.

COUR IDH, « Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 et 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos) », Avis consultatif OC-14/94, 9 décembre 1994.

COUR IDH, « Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4,2 et 4,4 Convención Americana de derechos humanos) », Avis consultatif OC-3/83, 8 septembre 1983.

COUR IDH, « Supervision de 11 Affaires Vs. Guatemala », Résolution de supervision, 21 août 2014.

COUR IDH, « Supervision des 12 Affaires Vs. Guatemala », Résolution de supervision, 24 novembre 2015.

COUR IDH, « Supervision des Affaires des Massacres de Río Negro et Gudiel Álvares et autres « Journal Militaire » VS. Guatemala », Résolution de supervision, 21 août 2014.

CADENA RÁMILA Ramón, « Opinion concordante de l'arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens », COUR IDH, Affaire Massacre des deux Erres Vs. Guatemala, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 211, 24 novembre 2009.

CANÇADO TRINDADE Antônio, « Opinion concordante d'exceptions préliminaires », COUR IDH, Affaire Castillo Petruzzi et autres Vs. Pérou, Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C n° 41, 4 septembre 1998.

CANÇADO TRINDADE Antônio, « Opinion concordante de fond », COUR IDH, Affaire El Amparo Vs. Venezuela, Arrêt de fond, Série C n° 19, 18 janvier 1995.

CANÇADO TRINDADE Antônio, « Opinion dissidente de la résolution de révision de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens », COUR IDH, Affaire Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Résolution de révision de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 45, 13 septembre 1997.

CANÇADO TRINDADE Antônio, « Opinion dissidente de réparations, frais et dépens », COUR IDH, Affaire El Amparo Vs. Venezuela, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 28, 14 septembre 1996.

CANÇADO TRINDADE Antônio, « Opinion dissidente de réparations, frais et dépens », COUR IDH, Affaire Caballero Delgado et Santana Vs. Colombie, Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C n° 31, 29 janvier 1997.

FERRER MAC-GRÉGOR Eduardo, « Opinion concordante à la résolution de supervision », COUR IDH, Affaire Gelman Vs. Uruguay, Résolution de supervision, 20 mars 2013.

FERRER MAC-GRÉGOR Eduardo, « Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais de requête », COUR IDH, Affaire Cabrera García et Montiel Flores Vs. Mexique, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 220, 26 novembre 2010.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio, « Opinion concordante de l'arrêt d'exceptions liminaires, fond, réparations, frais de requête », COUR IDH, Affaire Uson Ramirez Vs. Venezuela, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 207, 20 novembre 2009.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio, « Opinion concordante de l'arrêt de fond et réparations », COUR IDH, Affaire Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 79, 31 août 2001.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio, « Opinion concordante de l'arrêt de fond et réparations », COUR IDH, Affaire Valle Jaramillo Vs. Colombie, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 192, 27 novembre 2008.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio, « Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens », COUR IDH, Affaire Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 101, 25 novembre 2003.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio, « Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais de requête », COUR IDH, Affaire Anzualdo Castro Vs. Pérou, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 202, 22 septembre 2009.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio, « Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens », COUR IDH, Affaire Vargas Areco Vs. Paraguay, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n ° 155, 26 septembre 2006.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio, « Opinion dissidente d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens », COUR IDH, Affaire Tibi Vs. Équateur, Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 114, Op. Cit., 7 septembre 2004.

GARCÍA-SAYÁN Diego et GARCÍA RAMÍREZ Sergio, « Opinion concordante de l'arrêt de fond, réparations, frais et dépens », COUR IDH, Affaire Ticona Estrada Vs. Bolivie, Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C n° 191, 27 novembre 2008.

c) Système EDH

CJCE, « Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Avis 2/94, 28 mars 1996.

CJCE, « Affaire Administration des finances de l'État d'Italie / Simmenthal », Arrêt C-106/77, 9 mars 1978.

CJCE, « Affaire Factortame E.A. », Arrêt C-213/89, 19 juin 1990.

CJCE, « Affaire IN.CO.GE.'90 et autres », Arrêts C-10/97 – C-22/97, 11 octobre 1998.

CJCE, « Affaire Internationale Handelsgesellschaft », Arrêt C-11/70, 17 décembre 1970.

CJCE, « Affaire Solred », Arrêt C-347/96, 5 mai 1998.

CJCE, « Affaire Van Gend & Loos », Arrêt C-26/62, 5 février 1963.

CJUE, « Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Avis 2/13, 18 décembre 2014.

CJUE, « Affaire C.K et autres, Arrêt C-578/16, 16 février 2017 ».

CJUE, « Affaire Dano Vs. Allemagne », Arrêt C-333/13, 11 novembre 2014.

CJUE, « Affaire Melloni Vs. Espagne », Arrêt C-399/11, 26 février 2013, § 37.

COMITÉ DES MINISTRES, « Recommandation relative à l'amélioration des conditions de logement des Roms et des Gens du voyage en Europe », Rec(2005)4, 23 février 2005.

COUR EDH, « Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » Vs. Belgique », Requêtes n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1769/63 ; 1994/63 et 2126/64, 23 juillet 1968.

COUR EDH, « Affaire Abdullahi Elmi et Aweys Abubakar Vs. Malte », Requêtes nos 25794/10 et 28151/13, 22 novembre 2016.

COUR EDH, « Affaire Airey Vs. Irlande », Requête n° 6289/73, 9 octobre 1979.

COUR EDH, « Affaire Al-Adsani Vs. Royaume-Uni », Requête n° 35763/97, 21 novembre 2001.

COUR EDH, « Affaire Al-Dulimi et Montana Management Inc. Vs. Suisse », Requête no 5809/08, 21 juin 2016.

COUR EDH, « Affaire Ališić et autres Vs. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et Ex-République Yougoslave de Macédoine », Requête no 60642/08, 16 juillet 2014, §§ 144 – 150.
COUR EDH, « Affaire Allenet de Ribemont Vs. France », Requête n° 15175, 10 février 1995.
COUR EDH, « Affaire Ananyev et autres Vs. Russie », Requête 42525/07, 10 avril 2012.
COUR EDH, « Affaire Ananyev et autres Vs. Russie », Requêtes nos 42525/07 et 60800/08, 10 janvier 2012.
COUR EDH, « Affaire Artico Vs. Italie », Requête n° 6694/74, 13 mai 1980.
COUR EDH, « Affaire Assanidzé Vs. Géorgie », Requête n° 71503/01, 8 avril 2004.
COUR EDH, « Affaire Association « 21 décembre 1989 » et autres Vs. Roumanie », Requêtes n°s 33810/07 et 18817/08, 28 novembre 2011.
COUR EDH, « Affaire Barberà, Messegué et Jabardo Vs. Espagne », Requête n° 10590/83, 6 décembre 1988.
COUR EDH, « Affaire Bochan Vs. Ukraine », Requête n° 22251/08, 5 février 2015.
COUR EDH, « Affaire Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketl c/Irlande », 30 juin 2005.
COUR EDH, « Affaire Bourdov c. Russie (n° 2) », Requête no 33509/04, 4 mai 2009.
COUR EDH, « Affaire Bourdov n° 2 Vs. Russie », Requête n° 33509/04, 4 avril 2009.
COUR EDH, « Affaire Bourdov Vs. Russie », Requête n° 59498/00, 7 mai 2002.
COUR EDH, « Affaire Broniowski Vs. Pologne », Requête n° 31443/96, 22 juin 2004.
COUR EDH, « Affaire Broniowski Vs. Pologne », Requête n° 31443/96, Arrêt de règlement amiable, 28 septembre 2005.
COUR EDH, « Affaire Brumarescu Vs. Roumanie », Requête n° 28342/95, 23 janvier 2001.
COUR EDH, « Affaire Cannors Vs. Royaume-Uni », Requête n° 66746/01, 27 mai 2004.
COUR EDH, « Affaire Castillo Algar Vs. Espagne », Requête n° 28194/95, 28 octobre 1998.
COUR EDH, « Affaire Chapman Vs. Royaume-Uni », Requête n° 27238/95, 18 janvier, 2001.
COUR EDH, « Affaire Chassagnou et autres Vs. France », Requêtes n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, 29 avril 1999.
COUR EDH, « Affaire Dimitrov et Hamanov Vs. Bulgarie », Requêtes nos 48059/06 et 2708/09, 10 août 2011.
COUR EDH, « Affaire Finger Vs. Bulgarie », Requête n° 37346/05, 10 mai 2011.
COUR EDH, « Affaire Folgero et autres Vs. Norvège », Requête n° 15472/02, 29 juin 2007.
COUR EDH, « Affaire Gazsó Vs. Hongrie », Requête no 48322/12, 10 octobre 2015.
COUR EDH, « Affaire Gençel Vs. Turquie », Requête n° 53431/99, 23 octobre 2003.
COUR EDH, « Affaire Géorgie Vs. Russie », Requête n° 13255/07, 3 juillet 2014.
COUR EDH, « Affaire Gerasimov et autres Vs. Russie », Requêtes nos 29920/05, 3553/06, 18876/10, 61186/10, 21176/11, 36112/11, 36426/11, 40841/11, 45381/11, 55929/11 et 60822/11, 10 octobre 2014.
COUR EDH, « Affaire Glykantzi Vs. Grèce », Requête n° 40150/09, 30 janvier 2013.
COUR EDH, « Affaire Glykantzi Vs. Grèce », Requête no 40150/09, 30 janvier 2013.
COUR EDH, « Affaire Greens et M.T. Vs. Royaume-Uni », Requête n° 60041/08, 11 avril 2011.
COUR EDH, « Affaire Greens et M.T. Vs. Royaume-Uni », Requêtes n°s 60041/08 et 60054/08, 11 avril 2011.
COUR EDH, « Affaire Grosz Vs. France », Requête n° 14717/06, 16 juin 2009.
COUR EDH, « Affaire Harakchiev et Tolumov Vs. Bulgarie », Requêtes n°s 15018/11 et 61199/12, 8 octobre 2014.
COUR EDH, « Affaire Hassan Vs. Royaume-Uni », Requête n° 29750/09, 16 septembre 2014.

COUR EDH, « Affaire Hirsi Jamaa et autres Vs. Italie », Requête no 27765/09, 23 février 2012.
COUR EDH, « Affaire Hirst Vs. Royaume-Uni (No. 2) », Requête n° 74025/01, 6 octobre 2005.
COUR EDH, « Affaire Hutten-Czapska Vs. Pologne », Requête n° 35014/97, 19 juin 2006.
COUR EDH, « Affaire Ilasu et autres Vs. Moldova et Russie », Requête n° 48787/99, 8 juillet 2004.
COUR EDH, « Affaire Irlande Vs. Royaume-Uni », Requête no 5310/71, 18 janvier 1978.
COUR EDH, « Affaire Izci Vs. Turquie », Requête n° 42606/05, 23 octobre 2013.
COUR EDH, « Affaire Janowiec et autres Vs. Russie », Requêtes n°s 55508/07 et 29520/09, 21 octobre 2013.
COUR EDH, « Affaire Kalogeropoulou Vs. Grèce et Allemagne », Requête n° 59021/00, 12 décembre 2002.
COUR EDH, « Affaire Kovatch Vs. Ukraine », Requête n° 39424/02, 7 mai 2008.
COUR EDH, « Affaire Kurić et autres Vs. Slovénie », Requête 26828/06, 26 juin 2012.
COUR EDH, « Affaire Kurić et autres Vs. Slovénie », Requête n° 26828/06, 12 mars 2014.
COUR EDH, « Affaire László Magyar Vs. Hongrie », Requête n° 73593/10, 20 mai 2014.
COUR EDH, « Affaire Loizidou Vs. Turquie », Requête n° 15318/89, 18 décembre 1996.
COUR EDH, « Affaire M.C. et autres Vs. Italie », Requête n° 5376/11, 3 décembre 2013.
COUR EDH, « Affaire Manushaqe Puto et autres Vs. Albanie », Requêtes nos 604/07, 43628/07, 46684/07 et 34770/09, 17 décembre 2012.
COUR EDH, « Affaire Marckx Vs. Belgique », Requête n° 6833/74, 13 juin 1979.
COUR EDH, « Affaire Margus Vs. Croatie », Requête n° 4455/10, 27 mai 2014.
COUR EDH, « Affaire Maria Atanasiu et autres Vs. Romanie », Requêtes n°s 30767/05 et 33800/06, 12 janvier 2011.
COUR EDH, « Affaire Michelioudakis Vs. Grèce », Requête n° 54447/10, 3 juillet 2012.
COUR EDH, « Affaire Michelioudakis Vs. Grèce », Requête no 54447/10, 3 juillet 2012.
COUR EDH, « Affaire Mocanu et autres Vs. Roumanie », Requête n°s 10865/09, 45886/07, 32431/08, 17 septembre 2014.
COUR EDH, « Affaire Neshkov et autres Vs. Bulgarie », Requêtes nos 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 et 9717/13, 1 juin 2015.
COUR EDH, « Affaire Öcalan Vs. Turquie », Requête n° 46221/99, 12 mai 2005.
COUR EDH, « Affaire Olaru et autres Vs. Moldova », Requêtes nos 476/07, 22539/05, 17911/08 et 13136/07, 28 octobre 2009.
COUR EDH, « Affaire Papamichalopoulos et autres Vs. Grèce », Requête n° 14556/89, 31 octobre 1995.
COUR EDH, « Affaire Paposhvili Vs. Belgique », Requête no 41738/10, 13 décembre 2016.
COUR EDH, « Affaire Parti communiste unifié de Turquie et autres Vs. Turquie », Requête n° 19392/92, 30 janvier 1998.
COUR EDH, « Affaire Parti communiste unifié de Turquie Vs. Turquie », Requête n° 19392/92, 30 janvier 1998.
COUR EDH, « Affaire Perote Pellon Vs. Espagne », Requête n° 45238/99, 25 octobre 2002.
COUR EDH, « Affaire Reshetnyak Vs. Russia », Requête n° 56027/10, 8 janvier 2013.
COUR EDH, « Affaire Ruiz-Mateos Vs. Espagne », Requête no12952/87, 26 juin 1993.
COUR EDH, « Affaire Rumpf Vs. Allemagne », Requête n° 46344/06, 2 décembre 2010.
COUR EDH, « Affaire Rutkowski et autres Vs. Pologne », Requêtes nos 72287/10, 13927/11 et 46187/11, 7 octobre 2015.
COUR EDH, « Affaire S.J. Vs. Belgique », Requête no 70055/10, 19 mars 2015.
COUR EDH, « Affaire Scordino Vs. Italie (No. 1) », Requête no 36813/97, 29 mars 2006.

COUR EDH, « Affaire Scozzari et autres Vs. Italie », Requêtes n°s 39221/98 et 41963/98, 13 juillet 2000.
COUR EDH, « Affaire Scozzari Vs. Italie », Requêtes n°s 39221/98 et 41963/98, 13 juillet 2000.
COUR EDH, « Affaire Sejdić et Finci Vs. Bosnie-Herzégovine », Requêtes n°s 27996/06 et 34836/06, 22 décembre 2009.
COUR EDH, « Affaire Sejdovic Vs. Italie », Requête no 56581/00, 10 novembre 2004.
COUR EDH, « Affaire Sfountouris et autres Vs. Allemagne », Requête n° 24120/06, 31 mai 2011.
COUR EDH, « Affaire Somogyi Vs. Italie », Requête n° 67972/01, 18 mai 2004.
COUR EDH, « Affaire Stella et autres Vs. Italie », Requête n° 49169/09, 16 septembre 2014.
COUR EDH, « Affaire Suijagic Vs. Bonie-Herzégovine », Requête n° 27912/02, 3 novembre 2009.
COUR EDH, « Affaire Suso Musa Vs. Malte », Requête n° 42337/12, 23 juillet 2013.
COUR EDH, « Affaire Tahir Duran Vs. Turquie », Requête n° 40997/98, 29 janvier 2004.
COUR EDH, « Affaire Thlimmenos Vs. Grèce », Requête no 34369/67, 6 avril 2000.
COUR EDH, « Affaire Torreggiani et autres Vs. Italie », Requêtes n°s 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/09 et 37818/10, 27 mai 2013.
COUR EDH, « Affaire Ümmühan Kaplan Vs. Turquie », Requête n° 24240/07, 20 juin 2012.
COUR EDH, « Affaire Ümmühan Kaplan Vs. Turquie », Requête no 24240/07, 20 juin 2012.
COUR EDH, « Affaire Varga et autres Vs. Hongrie », Requêtes nos 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 et 64586/13, 10 juin 2015.
COUR EDH, « Affaire Varnava et autre Vs. Turquie », Requêtes n°s 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90, 16073/90, 18 septembre 2009.
COUR EDH, « Affaire Voytenko Vs. Ukraine », Requête n° 18966/02, 29 septembre 2004.
COUR EDH, « Affaire W.D. Vs. Belgique », Requête no 73548/13, 6 décembre 2016.
COUR EDH, « Affaire Wells Vs. Royaume-Uni », Requête n° 37794/05, 16 janvier 2007.
COUR EDH, « Affaire Winterstein et autres Vs. France », Requête n° 27013/07, 17 octobre 2013.
COUR EDH, « Affaire Wolkenberg et autres Vs. Pologne », Requête n° 50003/99, 4 décembre 2007.
COUR EDH, « Affaire Yefimenko Vs. Russie », Requête n° 152/04, 12 février 2013.
COUR EDH, « Affaire Yuriy Nikolayevich Ivanov Vs. Ukraine », Requête n° 40450/04, 15 janvier 2010.
COUR EDH, « Affaire Yuriy Nikolayevich Ivanov Vs. Ukraine », Requête no 40450/04, 15 janvier 2010.
COUR EDH, « Affaire Z et autres Vs. Royaume-Uni », Requête n° 29392, 10 mai 2001.
COUR EDH, « Affaire Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres Vs. France », Requête n°s 24846/94, 34165/96 à 34173/96, 28 octobre 1999.
COUR EDH, « Affaire Zornić Vs. Bosnie-Herzégovine », Requêtes n° 3681/06, 15 décembre 2014.
COUR EDH, « Affaire Zuyev Vs. Russie », Requête n° 16262/05, 19 mai 2013.
COUR EDH, « Affaire, Banković et autres Vs. Bélgique et autres », Requête no 52207/99, 12 décembre 2001.
COUR EDH, « Ananyev et autres Vs. Russie », Requêtes n°s 42525/07 et 60800/08, 10 avril 2012.

COUR EDH, « La coexistence de la Convention des droits de l'homme de la Communauté et des libertés fondamentales des États indépendants et de la CEDH », Avis consultatif No. 1, 2 juin 2004.
COUR EDH, « Questions relatives aux listes de candidats présentés en vue de l'élection des juges de la Cour EDH », Avis consultatif No. 2, 12 février 2008.
COUR EDH, « Questions relatives aux listes de candidats présentés en vue de l'élection des juges de la Cour EDH », Avis consultatif No. 3, 22 janvier 2010.

BONELLO Giovanni, « Opinion concordante de l'arrêt de fond », COUR EDH, Affaire Al-Skeini et autres Vs. Royaume-Uni, Requête no 55721/07, 7 juillet 2011, §§ 31 – 33.
CASADEVALL Josep et LÓPEZ GUERRA Luís, « Opinions concordantes de l'arrêt du fond », COUR EDH, Affaire El-Masri Vs. Macédoine, Requête n° 39630/09, 13 décembre 2012.
PINTO DE ALBUQUERQUE Paulo, « Opinion en partie concordante, en partie séparée de l'arrêt du fond », COUR EDH, Affaire G.I.E.M. S.R.L. et autres Vs. Italie, Requêtes nos 1828/06, 34163/07 et 19029/11, 28 juin 2018.
PINTO DE ALBUQUERQUE Paulo, « Opinion séparée de l'arrêt du fond », COUR EDH, Affaire Sargsyan Vs. Azerbaïdjan, Requête n° 40167/06, 16 juin 2015.
PINTO DE ALBUQUERQUE Paulo, « Opinion séparée de l'arrêt du fond », COUR EDH, Affaire Mocanu et autres Vs. Roumanie, Requêtes n°s 10865/09, 45886/07 et 32431/08, 17 septembre 2014.
TULKENS Françoise, SPIELMANN Dean, SICILIANOS Linos-Alexandre et KELLER Helen, « Opinions concordantes de l'arrêt du fond », COUR EDH, Affaire El-Masri Vs. Macédoine, Requête n° 39630/09, 13 décembre 2012.
ZIEMELE Ineta, DE GAETANO Vincent, LAFFRANQUE Julia et KELLER Helen, « Opinions séparées de l'arrêt du fond », COUR EDH, Affaire Janowiec et autres Vs. Russie, Requêtes n°s 55508/07 et 29520/09, 21 octobre 2013.

d) Système ADHP

COMMISSION ADHP, « Communication 103/93 », Alhassan Abubakar Vs. Ghana, 31 octobre 1996.
COMMISSION ADHP, « Communication 105/93 », Media Rights Agenda, Constitutional Rights Project, Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project Vs. Nigeria, 31 octobre 1998.
COMMISSION ADHP, « Communication 155/96 », Social and Economic Rights Action Center, Center for the Economic and Social Rights (SERAC) Vs. Nigeria, 27 octobre 2001.
COMMISSION ADHP, « Communication 228/99 », Law offices of Ghazi Suleiman Vs. Soudan, 29 mai 2003.
COMMISSION ADHP, « Communication 266/2003 », 26e rapport annuel d'activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 45e session ordinaire, 13 – 27 mai 2009, EX.CL/529 (XV).
COMMISSION ADHP, « Communication 276/03 », Centre for Minority Rights development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) Vs. Kenya, 25 novembre 2009.
COMMISSION ADHP, « Communication 328/06 », Front de libération de l'État du Cabinda Vs. République d'Angola, 5 novembre 2013.

COMMISSION ADHP, « Communication 74/92 », Commission nationale des droits de l'homme et des libertés Vs. Tchad, 11 octobre 1995.
COUR ADHP, « Affaire Action pour la protection des droits de l'homme (APDH) Vs. Côte d'Ivoire », Requête n° 001/2014, 18 novembre 2016.
COUR ADHP, « Affaire African Commission on Human and Peoples' Rights Vs. Great Socialist People's Libyan Arab », Requête n° 004/2011, 15 mars 2013.
COUR ADHP, « Affaire African Commission on Human and Peoples' Rights Vs. Kenya », Requête n° 006/2012, 26 mai 2017.
COUR ADHP, « Affaire Alex Thomas Vs. Tanzanie », Requête n° 005/2013, 20 novembre 2015.
COUR ADHP, « Affaire Alexandre Ekollo Vs. Cameroun et Nigeria », Requête n° 008/2011, 23 septembre 2011.
COUR ADHP, « Affaire Amir Adam Timan Vs. Soudan », Requête n° 005/2012, 30 mars 2012.
COUR ADHP, « Affaire Anudo Ocheing Anudo Vs. Tanzanie », Requête n° 012/2015, 22 mars 2018.
COUR ADHP, « Affaire Association de juristes d'Afrique pour la bonne gouvernance Vs. Côte d'Ivoire », Requête n° 006/2011, 16 juin 2011.
COUR ADHP, « Affaire Association pour le progrès et la défense des droits des femmes maliennes (APDF) et Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) Vs. Mali », Requête n° 046/2016, 11 mai 2018.
COUR ADHP, « Affaire Baghdadi Ali Mahmoudi Vs. Tunisie », Requête n° 007/2012, 26 juin 2012.
COUR ADHP, « Affaire Christopher Jonas Vs. Tanzanie », Requête n° 011/2015, 28 septembre 2017.
COUR ADHP, « Affaire Commission africaine des droits de l'homme et des peuples Vs. Libye », Requête n° 002/2013, 3 juin 2016.
COUR ADHP, « Affaire Convention nationale des syndicats du secteur education (CONASYSED) Vs. Gabon », Requête n° 012/2011, 15 décembre 2011.
COUR ADHP, « Affaire Daniel Amare et Mulugeta Amare Vs. Mozambique et Mozambique Airlines », Requête n° 005/2011, 16 juin 2011.
COUR ADHP, « Affaire Delta International Investments S.A., M. et Mme A.G.L De Lange Vs. Afrique du Sud », Requête n° 002/2012, 30 mars 2012.
COUR ADHP, « Affaire Denis Atabong Atemnkeng Vs. African Union », Requête n° 014/2011, 15 mars 2013.
COUR ADHP, « Affaire Efoua Mbozo'o Samuel Vs. Parlement Panafricain », Requête n° 010/2011, 30 septembre 2011.
COUR ADHP, « Affaire Emmanuel Joseph Uko et autres Vs. Afrique du Sud », Requête n° 004/2012, 30 mars 2012.
COUR ADHP, « Affaire Ernest Francis Mtingwi Vs. Malawi », Requête n° 001/2013, 15 mars 2013.
COUR ADHP, « Affaire Femi Falana Vs. Africain Union », Requête n° 001/2011, 26 juin 2012.
COUR ADHP, « Affaire Ingabire Victoire Umuhoza Vs. Rwanda », Requête n° 003/2014, 24 novembre 2017.
COUR ADHP, « Affaire Kennedy Owinio Onyachi et Charles Jhon Njoka Mwanini Vs. Tanzanie », Requête n° 003/2015, 28 septembre 2017.
COUR ADHP, « Affaire Lohé Issa Konaté Vs. Burkina Faso », Arrêt sur les réparations, Requête n° 004/2013, 13 juin 2016.

COUR ADHP, « Affaire Lohé Issa Konaté Vs. Burkina Faso », Requête n° 004/2013, 5 décembre 2014.
COUR ADHP, « Affaire Michelot Yogogombaye Vs. Sénégal », Requête n° 001/2008, 15 décembre 2009, § 1.
COUR ADHP, « Affaire Mohamed Abubakari Vs. Tanzanie », Requête n° 007/2013, 3 juin 2016.
COUR ADHP, « Affaire Norberto Zongo Abdoulaye Nikiema, Ernest Zongo, Blaise Ilboudo et Mouvement burkinabé des droits de l'homme et des peuples Vs. Burkina Faso », Requête n° 013/2011, 28 mars 2014.
COUR ADHP, « Affaire Révérend Christopher R. Mtikila Vs. Tanzanie », Arrêt sur les réparations, Requête n° 011/2011, 13 juin 2014.
COUR ADHP, « Affaire Soufiane Ababou People Vs. Algérie », Requête n° 002/2011, 16 juin 2011.
COUR ADHP, « Affaire Wilfred Onyango Nganyi et autres Vs. Tanzanie », Requête n° 006/2013, 18 mars 2016.
COUR ADHP, « Affaire Youssef Ababou Vs. Maroc », Requête n° 007/2011, 2 septembre 2011.
COUR ADHP, « Affaires Tanganyika Law Society & The Legal and Human Rights Centre et Révérend Christopher R. Mtikila Vs. Tanzanie », Requêtes nos 009/2011 et 011/2011, 14 juin 2013.

VI. Documents et Rapports

ASEAN, « Intergovernmental Commission on Human Rights. Terms of Reference », Jakarta, 2009.
ASEAN, « Joint communique the 38th ASEAN ministerial meeting », Vietnam, 26 juillet 2005.
ASEAN, « Joint communique the 40th ASEAN ministerial meeting », Manila, 20 – 30 juillet 2007.
ASEAN, « Joint communique the thirty-first ASEAN ministerial meeting », Manila – Philipines, 24 – 25 juillet 1998.
ASEAN, « Joint communique the thirty-third ASEAN ministerial meeting », Bangkok – Thaïlande, 24 - 25 juillet 2005.
ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, « Mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », Résolution 1516(2006), 2 octobre 2006.
ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, « Non-ratification par la Fédération de Russie du Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme, Mémorandum, 5 septembre 2008, AS/Jur (2008) 45.
CDI, « Annuaire de la Commission du droit international », New York, United Nations, 1976, Vol. I.
CEPAL, « Guaranteeing Indigenous People's Rights in Latin America : Progress in the Past Decade and Remaining Challenges », Santiago, CEPAL, 2014.
CEPAL, « Informe de la reunión regional preparatoria para América Latina y el Caribe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el desarrollo sostenible », Santiago du Chili, 7 – 9 septembre 2011, Disponible [En ligne] : http://www.cepal.org/rio20/noticias/paginas/5/43755/2011-949-Rio+20-Informe.pdf (29 septembre 2018).

COMITÉ DES MINISTRES, « Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme : mise en œuvre du plan d'action d'Interlaken – modalités d'un système de surveillance à deux axes », Documents d'information », CM/Inf/DH(2010)37, 6 septembre 2010.

COMITÉ DES MINISTRES, « Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme : mise en œuvre du plan d'action d'Interlaken – modalités d'un système de surveillance à deux axes », Documents d'information », CM/Inf/DH(2010)45, 7 décembre 2010.

COMITÉ DES MINISTRES, « Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », 11e Rapport annuel du Comité des Ministres 2017, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2018.

COMITÉ DES MINISTRES, « Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », 10e Rapport annuel du Comité des Ministres 2016, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2017.

COMITÉ DES MINISTRES, « Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », 9e Rapport annuel du Comité des Ministres 2015, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2016.

COMITÉ DES MINISTRES, « Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », 8e Rapport annuel du Comité des Ministres 2014, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2015.

COMITÉ DES MINISTRES, « Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », 7e Rapport annuel du Comité des Ministres 2013, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2014.

COMITÉ DES MINISTRES, « Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », 1er Rapport annuel du Comité des Ministres 2007, Strasbourg, 2008.

COMITÉ DES MINISTRES, « Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », 4e Rapport annuel du Comité des Ministres 2010, Strasbourg, 2011.

COMITÉ DES MINISTRES, « Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », 5e Rapport annuel du Comité des Ministres 2011, Strasbourg, 2012.

COMITÉ DES MINISTRES, « Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme », 6e Rapport annuel du Comité des Ministres 2012, Strasbourg, 2013.

COMMISSION ADHP, « Report of the African Commission's working group on indigenous populations/communities », Adopted by the African Commission on human and people's rights at its 28th ordinary session, Benin, 2000, Disponible [En ligne] : http://www.achpr.org/files/special-mechanisms/indigenous-populations/expert_report_on_indigenous_communities.pdf (29 septembre 2018).

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, « Rapport présenté par le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme en Irak, M. Andreas Mavromatis », 2001, E/CN.4/2001/42.

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, « Résolution 2005/66 », 20 avril 2005.

COMMISSION IDH, « Communiqué de Presse 117/12 », 17 septembre 2012, Disponible [En ligne] : http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp (29 septembre 2018).

COMMISSION IDH, « Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México », Washington, CIDH, OEA/Ser.L/V/II, 2013.
COMMISSION IDH, « Informe anual de derechos humanos 1994 », OEA/Ser.L/V/II.88, 17 février 1995.
COMMISSION IDH, « Informe anual de derechos humanos 1999 », OEA/Ser.L/V/II.106, 13 avril 2000.
COMMISSION IDH, « Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010 », OEA/Ser.L/V/II, 7 mars 2011.
COMMISSION IDH, « Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003 », 23 avril 2004.
COMMISSION IDH, « Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2017 », 2018, Disponible [En ligne] : http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/IA2017cap.2-es.pdf (29 septembre 2018).
COMMISSION IDH, « Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas », Washington, CIDH, OEA/Ser.L/V/II., 2013.
COMMISSION IDH, « Informe sobre pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales : protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo », Washington, CIDH, OEA/Ser.L/V/II., 2015.
COMMISSION IDH, « The Right to Truth in the Americas », Washington, CIDH, OEA/Ser.L/V/II.152, 2014.
COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, « Les droits de l'homme en France : regards portés par les instances internationales (Rapport 2009 – 2011) », Paris, La Documentation française, 2011.
COMMISSION ON HUMAN SECURITY, « Human Security Now », New York, Commission on Human Security, 2003.
COMMISSION TO THE COUNCIL AND THE EUROPEAN PARLIEMENT, « Communication of programme for the promotion of democracy and human rights worldwide under the future financial perspectives (2007 – 2013) », COM(2006) 23 final, 25 January 2006.
CONGRÈS DE LA RÉPUBLIQUE DE L'ÉQUATEUR, « Código Penal de 1971 », 1971, Disponible [En ligne] : https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cp.pdf (29 septembre 2018).
CONGRÈS DE LA RÉPUBLIQUE DOMINICAINE, « Ley No. 169-14, 2014 », Disponible [En ligne] : https://presidencia.gob.do/themes/custom/presidency/docs/gobplan/gobplan-15/Ley-No-169-14.pdf (29 septembre 2018).
CONGRÈS DE LA RÉPUBLIQUE DU PÉROU, « Ley No. 26479/95 », Disponible [En ligne] : http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/26479.pdf (29 septembre 2018).
CONSEIL DE L'EUROPE, « Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Strasbourg, Conseil de l'Europe, 10 juin 2013.
CONSEIL DE L'EUROPE, « Rapport explicatif au protocole n° 14 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », 2004, Disponible [En ligne] : https://rm.coe.int/16800d388a (29 septembre 2018).

CONSEIL DE L'EUROPE, « Rapport explicatif au protocole n° 14 Bis à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », 2009, Disponible [En ligne] : https://rm.coe.int/16800d38c4 (29 septembre 2018).

CONSEIL DE L'EUROPE, « Rapport explicatif au protocole n° 16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », 2013, Disponible [En ligne] : https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_FRA.pdf (29 septembre 2018).

CONSEIL DE L'EUROPE, « Rapport explicatif du protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Strasbourg, 1994, Disponible [En ligne] : https://rm.coe.int/16800cb623 (29 septembre 2018).

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, « Rapport sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967 », Disponible [En ligne] : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/HRC/4/17 (29 septembre 2018).

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, « Résolution 12/12 », 1 octobre 2009.

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, « Résolution 9/11 », 4 juin 2009.

COUNCIL EU, « EU-Turkey Statement », 18 March 2016, 2016, Diponible [En ligne] : http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/ (29 septembre 2018).

COUR EDH, « Analyse statistique 2017 », Strasbourg, Cour EDH, 2018, Disponible [En ligne] : https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2017_FRA.pdf (29 septembre 2018).

COUR EDH, « Aperçu 1959 – 2014 », Strasbourg, Cour EDH, 2015, Disponible [En ligne] : http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592014_FRA.pdf (12 mars 2015).

COUR EDH, « Aperçu 1959 – 2015 », Strasbourg, Cour EDH, 2016, Disponible [En ligne] : http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592015_FRA.pdf (15 décembre 2016)

COUR EDH, « Aperçu 1959 – 2016 », Strasbourg, Cour EDH, 2017, Disponible [En ligne] : http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592016_FRA.pdf (29 septembre 2018).

COUR EDH, « Aperçu 1959 – 2017 », Strasbourg, Cour EDH, 2018, Disponible [En ligne] : https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592017_FRA.pdf (9 avril 2018).

COUR EDH, « Fiches par pays 1959 – 2010 », Strasbourg, Cour EDH, 2011, Disponible [En ligne] : https://www.echr.coe.int/Documents/Country_Factsheets_1959_2010_FRA.pdf (29 septembre 2018).

COUR EDH, « La Cour européenne des droits de l'homme en faits & chiffres 2014 », Strasbourg, Cour EDH, 2015, Disponible [En ligne] : http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2014_FRA.pdf (29 septembre 2018).

COUR EDH, « La Cour européenne des droits de l'homme en faits & chiffres 2015 », Strasbourg, Cour EDH, 2016, Disponible [En ligne] : http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2015_FRA.pdf (15 décembre 2016).

COUR EDH, « La Cour européenne des droits de l'homme en faits & chiffres 2016 », Strasbourg, Cour EDH, 2017, Disponible [En ligne] :

http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2016_FRA.pdf (16 août 2017).
COUR EDH, « La Cour européenne des droits de l'homme en faits & chiffres 2017 », Strasbourg, Cour EDH, 2018, Disponible [En ligne] : https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2017_FRA.pdf (29 septembre 2018).
COUR EDH, « Rapport annuel 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme », Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2015.
COUR EDH, « Rapport annuel 2015 de la Cour européenne des droits de l'homme », Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2016.
COUR EDH, « Rapport annuel 2016 de la Cour européenne des droits de l'homme », Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2017.
COUR EDH, « Tableau des requêtes interétatiques », 2018, Disponible [En ligne] : https://www.echr.coe.int/Documents/InterStates_applications_FRA.pdf (29 septembre 2018).
COUR IDH, « Informe anual 2009 », Corte IDH, 2010, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2009.pdf (29 septembre 2018).
COUR IDH, « Informe anual 2010 », Corte IDH, 2011, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2010.pdf (29 septembre 2018).
COUR IDH, « Informe anual 2011 », Corte IDH, 2012, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2011.pdf (29 septembre 2018).
COUR IDH, « Informe anual 2012 », Corte IDH, 2013, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2012.pdf (29 septembre 2018).
COUR IDH, « Informe anual 2013 », Corte IDH, 2014, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2013.pdf (29 septembre 2018).
COUR IDH, « Informe anual 2014 », Corte IDH, 2015, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2014.pdf (29 septembre 2018).
COUR IDH, « Informe anual 2015 », Corte IDH, 2016, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2015.pdf (29 septembre 2018).
COUR IDH, « Informe anual 2016 », Corte IDH, 2017, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2016.pdf (29 septembre 2018).
COUR IDH, « Informe anual 2017 », Corte IDH, 2018, Disponible [En ligne] : http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2017/espanol.pdf (29 septembre 2018).
COUR, IDH, « Basse de données d'affaires », Cour IDH, 2018, Disponible [En ligne], http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es (29 septembre 2018).
CPI, « Statut de Rome de la Cour pénale internationale », Disponible [En ligne] : https://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/07/19980717%2006-33%20PM/French.pdf (29 septembre 2018).

EUROPEAN COMMISSION, « Communication on community accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and some of its Protocols », SEC (90) 2087 final, Brussels, 19 November 1990.

EUROPEAN COMMISSION, « Memorandum on the Accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms », Supplement 2/79, 2 May 1979.

HUMAN RIGHTS COMMITEE, « Consideration of reports submitted by States Parties under article 40 of the convening – Peru », CCPR/C/79/Add,67, 25 July 1996.

INTERNATIONAL CONFERENCE OF AMERICAN STATE, Charter of the Organisation of American State, 1948, 9 º.

LEPAGE Corine et Équipe de rédaction, « Déclaration universelle des droits de l'humanité, rapport à l'attention de Monsieur le Président de la République », 25 septembre 2015, Disponible [En ligne] : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000687.pdf (29 septembre 2018).

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE COLOMBIA, « Historia de los objetivos de desarrollo sostenible », 2014, Disponible [En ligne] : http://es.calameo.com/read/001623518276b1a644381 (29 septembre 2018).

OAS, « Cartagena Declaration on refugees », Cartagena - Colombia, 19 – 22 November 1984, Disponible [En ligne] : http://www.oas.org/dil/1984_cartagena_declaration_on_refugees.pdf (29 septembre 2018).

OEA, « Convention interaméricaine pour l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les personnes handicapées », Disponible [En ligne] : https://www.cidh.oas.org/Basicos/French/o.handicapees.htm (29 septembre 2018).

OEA, « Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme, « Convention de Belém Do Pará » », Disponible [En ligne] : https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-FRANCAIS.pdf (7 août 2015).

OEA, « Convention interaméricaine pour prévenir et sanctionner la torture », Disponible [En ligne] : https://www.cidh.oas.org/basicos/french/i.torture.htm (29 septembre 2018).

OEA, « Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes », Disponible [En ligne] : https://www.cidh.oas.org/basicos/french/k.disparition.htm (29 septembre 2018).

OEA, « Declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas », Disponible [En ligne] : http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2029_XXXIV-O-04_spa.pdf (29 septembre 2018).

OEA, « Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme », Disponible [En ligne] : https://www.cidh.oas.org/basicos/french/b.declaration.htm (29 septembre 2018).

OEA, « Presentación del Presidente de la Corte interamericana de derechos humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA) : « El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos » », (16 octobre 2002), document OEA/Ser.G/CP/doc,3654/02, 17 octobre 2002.

OEA, « Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels, « Protocole de San Salvador » », Disponible [En ligne] : https://www.cidh.oas.org/basicos/french/e.sansalvador.htm (29 septembre 2018).

OHCHR, « Jurisprudence Database », 2018, Disponible [En ligne] : http://juris.ohchr.org/search/results (29 septembre 2018).

OUA, « [Mbaye] Draft African Charter on Human and Peoples' Rights », Doc. CAB/LEG/67/1, 1979.

OUA, « African Charter on Human and Peoples' Rights », Doc. CAB/LEG/67/3/Rev.1, 1979.

PNUD, « Rapport mondial sur le développement humain 1994 », Paris, Economica, 1994.

PNUD, « Rapport mondial sur le développement humain 2001 », Bruxelles, De Boeck Université, 2001.

PNUD, « Rapport mondial sur le développement humain 2009 », New York, PNUD, 2010.

PNUD, « Rapport mondial sur le développement humain 2013 », New York, PNUD, 2014.

PNUD, « Rapport mondial sur le développement humain 2014 », New York, PNUD, 2015.

POUVOIR EXÉCUTIF DU MEXIQUE, « Código de justicia militar », 1933, Disponible [En ligne] : http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cjm/CJM_orig_31ago33_ima.pdf (29 septembre 2018).

PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PÉROU, « Decreto-ley 25.640 », 1992, Disponible [En ligne] : http://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/25640-jul-21-1992.pdf (29 septembre 2018).

RÉPUBLIQUE D'ARGENTINE, « Constitución de la Nación argentina : publicación del bicentenario », Corte Suprema de Justicia de la Nación, Biblioteca del Congreso de la Nación, Biblioteca Nacional, 2010, Disponible [En ligne] : http://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf (29 septembre 2018).

RÉPUBLIQUE DE L'ÉQUATEUR, « Constitución Política de 1998 », Political Datebase of the Americas, 2009, Disponible [En ligne] : http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html (29 septembre 2018).

RÉPUBLIQUE DE L'ÉQUATEUR, « Constitución Política de 2008 », Political Datebase of the Americas, 2011, Disponible [En ligne] : http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html (29 septembre 2018).

RÉPUBLIQUE DE LA BOLIVIE, « Constitución política del Estado plurinacional de Bolivia », Disponible [En ligne] : http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Constitucion.pdf (29 septembre 2018).

RÉPUBLIQUE DU VENEZUELA, « Constitución de la República de Venezuela 1961 », Disponible [En ligne] : http://www.acnur.org/Pdf/0251.pdf?view=1 (29 septembre 2018).

STAVENHAGEN Rodolfo, « El derecho de sobrevivencia : la lucha de los pueblos indígenas en América Latina contra el racismo y la discriminación », Santiago de Chile, CEPAL, 2001.

TRC, « Honouring the Truth, Reconciling for the Future : Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada », 2015, Disponible [En ligne] :

http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Honouring_the_Truth_Reconciling_for_the_Future_July_23_2015.pdf (29 septembre 2018).
UE. ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE, « Résolution 2000 (2014) », 2014.
UE. ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE, « Résolution 2109 (2016) », 2016.
UE. ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE, « Résolution 2147 (2017) », 2017.
UE. ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE, « Résolution 2215 (2018) », 2018.
UE. ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE, « Résolution 2228 (2018) », 2018.
UN, « Déclaration et programme d'action de Vienne », Vienne, 14-25 juin 1993, Disponible [En ligne] : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/CONF.157/23 (13 octobre 2015).
UN, « Human Security in Theory and Practice : An Overview of the Human Security Concept and the United Nations Trust Fund for Human Security », New York, Human Security Unit, 2009.
UN, « International Covenant on Civil and Political Rights : Status of ratification, reservation and declarations », Disponible [En ligne] : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en&clang=_en (29 septembre 2018).
UN, « International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : Status of ratification, reservation and declarations », Disponible [En ligne] : https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en&clang=_en (29 septembre 2018).
UN, « Rapport de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée », Déclaration de Durban, Durban, 31 août – 8 septembre 2001, Disponible [En ligne] : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/CONF.189/12 (29 septembre 2018).
UN. GENERAL ASSEMBLY, « 2005 World Summit Outcome », A/RES/60/1, 2005.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Annex I of New York Declaration for Refugees and Migrants (Comprehensive Refugee Response Framework) », A/RES/71/1, 19 september 2016.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Annex II of New York Declaration for Refugees and Migrants (Towards a Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration) », A/RES/71/1, 19 september 2016.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Declaration of Bangkok », 1993, Article 8, Disponible [En ligne] : https://digitallibrary.un.org/record/170675/files/A_CONF.157_PC_83-EN.pdf (29 septembre 2018).
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Early warning, assessment and the responsibility to protect », A/64/864, 2010.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Fulfilling our collective responsibility : international assistance and the responsibility to protect », A/68/947-S/2014/449, 2014.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Implementing the responsibility to protect », A/63/677, 2009.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « New York Declaration for Refugees and Migrants », A/RES/71/1, 19 september 2016.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Rapport du millénaire du Secrétaire des Nations Unies : Nous, les peuples : le rôle des Nations Unies au XXIe siècle », A/54/2000, 27 mars 2000.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Report of the Open-ended working group on the question of equitable representation on and increase in the membership of the Security

Council and others matters related to the Security Council », New York, 2004, A/58/47.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Resolution 51/197, The situation in Central America », 14 February 1997.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Resolution 60/147 (2005) », A/RES/60/147, 16 December 2005.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Resolution 60/251 (2006) », A/RES/60/251, 3 March 2006.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Resolution 65/281 (2011) », A/RES/65/281, 17 June 2011.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Résolution 65/308, Admission de la République du Soudan du Sud à l'Organisation des Nations Unies », 14 juillet 2011.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Résolution 67/19, Le statut d'État non membre observateur du Palestine auprès de l'Organisation des Nations Unies », 29 novembre 2012.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Responsibility to protect : state responsibility and prevention », A/67/929-S/2013/399, 2013.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Responsibility to protect : timely and decisive response », A/66/874-S/2012/578, 2012.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « The future we want », A/66/L.56, 11 Septembre 2012.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « The report of the Ad Hoc Committee on the Charter of the United Nations », Official Records of the General Assembly, Thirtieth Session, Supplement No. 33 (A/10033).
UN. GENERAL ASSEMBLY, « The role of regional and sub-regional arrangements in implementing the responsibility to protect », A/65/977-S/2011/393, 2011.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « The Sustainable Development Goals Report 2018, New York, 2018, Disponible [En ligne] : https://unstats.un.org/sdgs/files/report/2018/TheSustainableDevelopmentGoalsReport2018.pdf (29 septembre 2018).
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Transforming our World : the 2030 Agenda for Sustainable Development », A/70/L.I, 21 October 2015.
UN. GENERAL ASSEMBLY, « Vienne Declaration and Programme of Action », 1993, Disponible [En ligne] : https://undocs.org/en/A/CONF.157/23 (29 septembre 2018).
UN. GENERAL SECRETARIAT, « Security Council – Veto List », 2018, Disponible [En ligne] : https://research.un.org/en/docs/sc/quick (29 septembre 2018).
UN. HUMAN RIGHTS COUNCIL, « Resolution 12/12 (2009) », A/HCR/RES/12/12, 1 October 2009.
UN. HUMAN RIGHTS COUNCIL, « Resolution 9/11 (2008) », A/HCR/RES/9/11, 18 September 2008.
UN. SECURITY COUNCIL, « Meetings records 1995 », S/PV.3538, Press release, 17 May 1995, CS/6043.
UN. SECURITY COUNCIL, « Meetings records 2014 », S/PV.7220, Press release, 18 July 2014, CS/11482.
UN. SECURITY COUNCIL, « Meetings records 2015 », S/PV.7360, Press release, 15 January 2015, CS/11737.
UN. SECURITY COUNCIL, « Meetings records 2018 », S/PV.8256, Press release, 15 May 2018, CS/13338.
UN. SECURITY COUNCIL, « Report of the Secretary-General on the protection of Somali natural resources and waters », New York, 2011, S/2011/661.
UN. SECURITY COUNCIL, « Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 5 of resolution 1302 (2000) », 29 November 2000.

UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 1483 (2003) », S/RES/1483(2003), 22 May 2003.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 1630 (2005) », S/RES/1630(2005), 14 October 2005.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 1772 (2007) », S/RES/1772(2007), 20 August 2007.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 1853 (2008) », S/RES/1853(2008), 19 December 2008.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 1897 (2009) », S/RES/1897(2009), 30 November 2009.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 1964 (2010) », S/RES/1964(2010), 22 December 2010.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 1973 (2011) », S/RES/1973 (2011), 17 Mars 2011.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 2020 (2011) », S/RES/2020(2011), 22 November 2011.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 2036 (2012) », S/RES/2036(2012), 22 February 2012.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 2093 (2013) », S/RES/2093(2013), 6 March 2013.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 2142 (2014) », S/RES/2142(2014), 5 March 2014.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 242 (1967) », S/RES/242 (1967), 22 November 1967.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 446 (1979) », S/RES/446 (1979), 22 March 1979.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 465 (1980) », S/RES/465 (1980), 1 March 1980.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 478 (1980) », S/RES/478 (1980), 20 August 1980.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 661 (1990) », S/RES/661 (1990), 6 August 1990.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 678 (1990) », S/RES/678 (1990), 29 November 1990.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 687 (1991) », S/RES/687 (1991), 3 April 1991.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolution 986 (1995) », S/RES/986 (1995), 14 April 1995.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolutions 1724 (2006) », S/RES/1724(2006), 29 November 2006.
UN. SECURITY COUNCIL, « Resolutions 1725 (2006) », S/RES/1725(2006), 6 December 2006.
UNDP, « Human Development Report 2015 », New York, UNDP, 2016.
UNDP, « Human Development Report 2016 », New York, UNDP, 2017.
UNESCO, « Human Security : Approaches and Challenges », Paris, UNESCO, 2008.
UNESCO, « Universal Declaration on Cultural Diversity : a vision, a conceptual platform, a pool of ideas for implementation, a new paradigm», Paris, UNESCO, 2002.
UNHCR EXCOM, « Conclusion n° 25 (XXXIII) », 20 October 1982.
UNHCR EXCOM, « Conclusion n° 6 (XXVIII) », 12 October 1977.
UNHCR EXCOM, « Conclusion n° 79 (XLVII) », 11 October 1996.
UNHCR EXCOM, « Conclusion n° 81 (XLVIII) », 21 October 1981.
UNHCR, « A thematic compilation of Executive Committee conclusions », 2014, Disponible [En ligne] : http://www.unhcr.org/53b26db69.html (29 septembre 2018).
WORLD BANK, « The World Bank Participation Sourcebook », Washington, World Bank, 1996.

TABLE DE MATIÈRES

Remerciements - 7 -
Listes des principales abréviations et acronymes - 11 -
SOMMAIRE - 13 -

INTRODUCTION - 15 -

I. LES ENJEUX DU DROIT INTERNATIONAL À L'ÉGARD DE LA GLOBALISATION - 17 -
A. Le développement d'une société civile globale - 18 -
1. La citoyenneté cosmopolite - 18 -
2. Le déplacement de l'État-nation par la société civile globale - 20 -
B. Les dynamiques entre le droit international et le droit global - 22 -
1. Le droit au service des problèmes globaux - 22 -
2. L'assujettissement du droit international au droit global de l'humanité - 23 -

II. LE BESOIN D'HUMANISER LE DROIT INTERNATIONAL - 25 -
A. La revendication des intérêts de l'humanité - 26 -
1. L'incapacité de l'État-nation pour protéger tout seul l'humanité - 26 -
2. La transformation nécessaire de l'État-nation - 28 -
B. L'humanité comme point de départ du droit international humaniste - 29 -
1. Le droit international déterminé par les besoins de l'humanité - 30 -
2. L'humanisation requise du droit international - 33 -
C. Problématisation, méthode et présentation du plan de la thèse - 34 -
1. Problématisation - 34 -
2. Méthode - 35 -
3. Présentation du plan de la thèse - 36 -

PREMIÈRE PARTIE. - 39 -

LE DROIT INTERNATIONAL HUMANISTE, ALTERNATIVE À LA CRISE DU DROIT INTERNATIONAL FACE AUX PROPOS DU DROIT GLOBAL - 39 -

TITRE I : La mobilisation d'un droit international humaniste comme rempart au droit global - 42 -
Chapitre 1 : Le droit global, critique existentielle au système juridique international - 43 -
Section 1 : La genèse du droit global - 43 -
§ 1 : Une genèse germée de la politisation du droit international - 43 -
A. La politisation et l'Organisation des Nations Unies - 44 -
I. La politisation du droit international - 44 -
II. La politisation des Nations Unies - 46 -
1. L'exception au « domaine réservé » de l'article 2§7 de la Charte des Nations Unies - 47 -
a. L'occupation Irak-Koweït - 48 -
b. L'occupation Israël-Palestine - 50 -
2. Les abus du droit de veto - 52 -
B. La politisation des organisations régionales - 55 -
I. L'Organisation des États américains et la dénonciation de la CADH - 55 -
1. La dénonciation par la Trinité-et-Tobago - 55 -
2. La dénonciation par le Venezuela. - 58 -
II. L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH, une question très politisée. - 60 -
1. L'avis 2/94 de la CJCE - 61 -
2. L'avis 2/13 de la CJUE - 65 -
III. La nouvelle Cour africaine de justice et des droits de l'homme, le fruit d'une fusion politique - 69 -
§ 2 : Une genèse confirmée par la normativité excessive mais ineffective du droit international - 72 -
A. Le problème du droit international fondé sur la pyramide normative - 73 -
I. Le contexte culturel et historique - 73 -
II. Les effets de la pyramide normative dans le droit international - 74 -
B. La pyramide sociale proposée par le droit global - 77 -
I. Les principes informateurs du droit global - 77 -

1. Principes communs aux ordres juridiques international et global - 77 -
2. Principes spécifiques de l'ordre global - 78 -
II. La structure interne de la pyramide sociale - 81 -
Section 2 : Les implications du droit global - 83 -
§ 1 : La suppression de l'État - 83 -
A. La crise de l'État-nation - 83 -
I. Le développement historique de l'État-nation - 84 -
II. L'arrivée concrète de la crise étatique - 86 -
B. La suppression conséquente de l'État - 89 -
§ 2 : La mise en cause du droit international - 92 -
A. La crise du droit international interétatique - 92 -
B. L'évolution du droit international vers le droit global - 95 -
Conclusion Chapitre 1 - 98 -
Chapitre 2 : Le droit international humaniste, regard alternatif à la disparition du droit international - 99 -
Section 1 : Le choix irréductible du monisme comme point d'ancrage du droit international humaniste- 99 -
§ 1 : Les apports du monisme au développement du droit international humaniste - 100 -
A. L'unification du *corpus juris* humaniste à travers le monisme - 100 -
I. La nature universelle du *corpus juris humaniste* via le monisme - 101 -
II. La primauté du *corpus juris humaniste* sur le droit étatique - 105 -
B. Les obligations *erga omnes* de protection dans le droit international humaniste - 107 -
I. L'harmonisation du droit étatique au droit international humaniste - 107 -
II. Le respect de l'effet utile des conventions visant la protection des êtres humains - 110 -
§ 2 : La consécration de l'être humain dans le droit international humaniste comme sujet de ses règles - 112 -
A. La primauté de l'être humain dans le droit international humaniste : le regard moniste de la protection de l'individu - 113 -
I. La protection de l'individu et l'universalité des droits de l'homme - 114 -
II. Le principe *pro homine* comme preuve de la primauté de l'être humain - 117 -
B. Le retour de l'être humain : le centre de gravité du système juridique international - 122 -
I. Un regard rétrospectif sur la régulation par le *jus cogens* - 122 -
II. Les proximités du droit international humaniste au *jus cogens* - 127 -
1. Proximité axiologique - 127 -
2. Proximité téléologique - 129 -
Section 2 : La refonte du système juridique international restructuré par le droit international humaniste - 130 -
§ 1 : La pyramide humaniste : solution au problème de la normativité excessive mais ineffective du droit international - 130 -
A. La pyramide humaniste proposée pour le droit international humaniste - 131 -
I. L'humanité comme la base pyramidale inspirée du droit global - 131 -
II. L'État et sa capacité normative, au milieu - 132 -
III. L'être humain comme le sommet - 133 -
B. Les apports de la pyramide humaniste au système juridique international - 135 -
I. La suppression de la politisation - 135 -
II. L'établissement d'un nouveau *jus gentium* - 137 -
§ 2 : L'État-outil : solution à la crise de l'État - 140 -
A. Le développement du concept d'*État-outil* - 141 -
I. Le devoir d'implémentation du nouveau *jus gentium* - 142 -
II. Le devoir d'enrichissement du *corpus juris humaniste* - 144 -
B. La limitation à la capacité normative étatique - 145 -
Conclusion Chapitre 2 - 148 -
CONCLUSION TITRE I - 149 -

TITRE II : L'État et la souveraineté face aux défis menés par le droit international humaniste - 151 -

Chapitre 1 : Les fonctions de l'État dans le droit international humaniste - 152 -
Section 1 : Les fonctions régaliennes de l'État dans le droit international humaniste - 153 -
§ 1 : La protection du territoire - 153 -

A. La protection effective du territoire comme l'espace du développement de l'être humain - 154 -
I. Une protection depuis la « cosmovision humaniste » _____ - 155 -
II. Une protection pour l'épanouissement des êtres humains _____ - 158 -
B. La protection universelle et inconditionnelle de l'être humain dans tous les espaces étatiques _____ - 161 -
§ 2 : Le maintien du pouvoir public _____ - 164 -
A. Le pouvoir public conçu par et pour le service de l'être humain comme sujet de droit international _____ - 165 -
I. Dans le continent américain _____ - 165 -
II. Dans le continent africain _____ - 166 -
III. Dans le continent asiatique _____ - 167 -
IV. Dans le continent européen _____ - 168 -
B. La mise en œuvre du pouvoir public de l'*État-outil* au service de la protection réelle de l'être humain _____ - 169 -
I. Le pouvoir public d'inversion sociale _____ - 170 -
II. Le pouvoir public orienté vers l'intégration humaine _____ - 172 -
Section 2 : Les fonctions sociales de l'État dans le droit international humaniste _____ - 174 -
§ 1 : La protection de la population _____ - 174 -
A. La population entendue à partir d'une notion large de l'individu et non pas de l'idée restreinte de ressortissant _____ - 175 -
B. La fonction générale renforçant le rôle de promotion et de protection *erga omnes* de la population par l'État _____ - 179 -
§ 2 : La garantie du bien-être général _____ - 181 -
A. Le bien-être général à travers la jouissance de tous les droits de l'homme _____ - 182 -
B. L'indivisibilité et l'interdépendance des droits de l'homme pour garantir le bien-être de l'être humain _____ - 185 -
Conclusion Chapitre 1 _____ - 187 -
Chapitre 2 : Le concept proposé de souveraineté et son rôle dans la garantie des droits de l'homme - 188 -
Section 1 : La souveraineté *potestas* dépassée _____ - 189 -
§ 1 : La critique du concept classique de souveraineté _____ - 189 -
A. L'erreur de la primauté du volontarisme étatique dans le concept classique de souveraineté _____ - 190 -
B. Le manquement des États aux obligations internationales justifié par le concept classique de souveraineté _____ - 197 -
I. À travers la suprématie de l'ordre juridique interne _____ - 199 -
II. Par le biais de l'immunité souveraine des États _____ - 203 -
§ 2 : Les implications néfastes du concept classique de souveraineté sur les êtres humains __ - 208 -
A. La souveraineté comme obstacle à la promotion et à la protection des droits de l'homme - 208 -
I. L'exercice abusif de la souveraineté, exemple européen _____ - 208 -
II. La souveraineté et l'inactivité étatique, exemple de l'Asie _____ - 211 -
B. La souveraineté comme appui au maintien des incompatibilités des droits internes et des violations graves des droits de l'homme _____ - 214 -
I. Les limites à la souveraineté méconnues _____ - 215 -
II. L'incompatibilité des droits internes : source des violations graves et continues des droits de l'homme _____ - 216 -
Section 2 : La souveraineté-obligation proposée _____ - 220 -
§ 1 : Un nouveau concept de souveraineté construit à partir des obligations étatiques _____ - 221 -
A. Un concept bâti sur des obligations étatiques de promotion et protection des droits de l'homme _____ - 221 -
I. Le contrat social : de l'aliénation des pouvoirs à la promotion et protection des droits _- 222 -
II. La promotion et protection des droits : la raison d'être du souverain _____ - 223 -
B. L'être humain créancier des obligations de l'État souverain _____ - 224 -
§ 2 : Les avantages de la souveraineté-obligation pour les êtres humains et leur protection __ - 228 -
A. La solution au manquement systématique des obligations de promotion et protection des droits de l'homme _____ - 229 -
B. Le renforcement de la notion d'*État-outil* dans le droit international humaniste ____ - 231 -

Conclusion Chapitre 2 _____ - 234 -
CONCLUSION TITRE II _____ - 235 -

DEUXIÈME PARTIE : _____ - 237 -

LE DROIT INTERNATIONAL HUMANISTE, UNIVERSALISATION RÉELLE DES DROITS DE L'HOMME _____ - 237 -

TITRE I : L'universalisation des droits de l'homme : le résultat du droit international humaniste - 239 -

Chapitre 1 : Le processus d'universalisation matricielle des droits de l'homme _____ - 240 -
Section 1 : De la reconnaissance universelle des droits de l'homme non soumise à la volonté étatique - 240 -
§ 1 : La conception anthropocentriste du droit_____ - 240 -
A. L'être humain comme créateur de l'État et du Droit _____ - 240 -
I. La motivation de vivre ensemble, origine de l'État _____ - 241 -
II. L'acte de fondation guidé par des normes et valeurs communes_____ - 242 -
B. La soumission étatique à l'être humain, malgré tout _____ - 245 -
§ 2 : L'être humain reconnu comme être universel et sujet de protection aussi universelle __ - 247 -
A. Le développement progressivement universel des droits de l'homme _____ - 247 -
I. Par l'établissement d'une « Charte internationale des droits de l'homme » _____ - 247 -
II. Par l'enrichissement permanent de la protection normative universelle à travers la formation du « code international des droits de l'homme » _____ - 250 -
1. Les composants à l'échelle universelle _____ - 251 -
2. Les composants à l'échelle régionale _____ - 253 -
a. Le continent américain _____ - 253 -
b. Le continent européen _____ - 254 -
c. Le continent africain _____ - 255 -
B. La juridictionnalisation universelle des droits de l'homme _____ - 256 -
I. Dans l'ordre universel_____ - 257 -
1. Par le biais des mécanismes conventionnels _____ - 257 -
a. Mécanismes non contentieux_____ - 258 -
b. Mécanismes quasi-contentieux _____ - 259 -
c. Mécanismes contentieux _____ - 261 -
2. Grâce à la mise en place des mécanismes non conventionnels _____ - 262 -
a. L'examen périodique universel (EPU)_____ - 263 -
b. Les procédures spéciales _____ - 264 -
c. La procédure consultative_____ - 266 -
d. La procédure de requête individuelle _____ - 266 -
II. Dans l'ordre régional _____ - 268 -
1. La voie contentieuse _____ - 268 -
a. Les requêtes individuelles et l'issue judiciaire possible _____ - 269 -
b. Les requêtes interétatiques _____ - 271 -
2. La voie consultative _____ - 272 -
a. À la demande des États_____ - 273 -
b. À la propre initiative des organes internationaux _____ - 275 -
Section 2 : Des lacunes de la protection étatique à la protection universelle réelle des droits de l'homme _____ - 277 -
§ 1 : L'incapacité étatique pour protéger et garantir efficacement les droits de l'homme ____ - 278 -
A. Le risque du manque de recours effectifs dans l'ordre interne _____ - 278 -
I. La récurrence des condamnations internationales de l'État : une preuve de la carence de protection étatique _____ - 278 -
II. Le non-épuisement des voies de recours internes : l'exception devenue presque la règle - 281 -
B. Les difficultés structurelles des États pour accomplir leurs obligations de protection - 284 -
I. Le dysfonctionnement de l'ordre juridique interne_____ - 284 -
II. Les violations répétitives des droits de l'homme_____ - 287 -
III. Les conséquences indirectes sur la réforme procédurale et organique du contrôle des juridictions régionales _____ - 289 -
§ 2 : L'universalisation de la protection et de la garantie des droits de l'homme _____ - 291 -

A. La responsabilité de protéger de la communauté internationale _____ - 291 -
I. De l'État vers la communauté internationale _____ - 291 -
II. De la communauté internationale vers la communauté humaine globale _____ - 296 -
B. L'exemple des droits des migrants et les efforts de leur protection universelle _____ - 297 -
I. La prééminence des droits de l'homme à travers le principe d'égalité et la non-discrimination _____ - 297 -
II. La portée universelle du principe de non-refoulement _____ - 304 -
Conclusion Chapitre 1 _____ - 307 -
Chapitre 2 : L'intégration des règles et des principes des droits de l'homme aux droits internes ___ - 309 -
Section 1 : Les techniques d'intégration des droits de l'homme dans les droits internes _____ - 309 -
§ 1 : Par le biais de la constitutionnalisation du droit interne _____ - 309 -
A. Par la voie du phénomène du bloc de constitutionnalité _____ - 310 -
I. Le bloc de normes de rang supérieur stricto sensu _____ - 310 -
II. Le bloc de constitutionnalité lato sensu _____ - 313 -
B. Par la découverte jurisprudentielle des droits innomés _____ - 315 -
I. Provenant des juges nationaux _____ - 315 -
II. En provenance des juges internationaux des droits de l'homme _____ - 319 -
§ 2 : À travers la conventionnalisation du droit étatique _____ - 327 -
A. Le développement du bloc de conventionnalité des droits de l'homme _____ - 327 -
I. Par le biais du dialogue croisé des juges internes et internationaux des droits de l'homme _____ - 327 -
II. Grâce à l'application interne des *corpus juris* régionaux des droits de l'homme __ - 332 -
B. L'encadrement de l'activité normative du droit interne _____ - 340 -
I. Par la voie de réformes législatives _____ - 341 -
1. Les recommandations données par la Cour EDH _____ - 341 -
2. Les injonctions faites par la Cour IDH et la Cour ADHP _____ - 345 -
II. Par le biais d'amendements constitutionnels _____ - 350 -
1. Une pratique de longue date dans la jurisprudence de la Cour IDH _____ - 350 -
2. Une entreprise récente dans les décisions de la Cour EDH _____ - 354 -
Section 2 : L'impact sur les droits internes de l'intégration continue des droits de l'homme ____ - 356 -
§ 1 : Le risque de l'uniformisation des droits de l'homme _____ - 356 -
A. L'implantation d'un concept unique des droits de l'homme _____ - 357 -
I. La standardisation des droits de l'homme autour de l'individualisme occidental _ - 357 -
II. L'homogénéisation derrière l'universalité des droits de l'homme _____ - 361 -
B. La violation des droits culturels et collectifs _____ - 364 -
I. La méconnaissance de l'interculturel des sociétés _____ - 364 -
II. Le commun des « minorités » vis-à-vis de l'universalité des sociétés _____ - 367 -
§ 2 : La construction du patrimoine commun des droits de l'homme dès la diversité culturelle - 369 -
A. La prise au sérieux du principe de l'autodétermination des peuples _____ - 370 -
I. L'Autre, comme acteur et sujet des droits _____ - 370 -
II. L'abandon de l'égalité devant la loi par l'égalité réelle _____ - 372 -
B. La prise en compte des groupes en état de vulnérabilité _____ - 376 -
I. Les premiers récepteurs des droits de l'homme _____ - 376 -
II. Les droits de l'homme dirigés vers la justice sociale _____ - 379 -
Conclusion Chapitre 2 _____ - 382 -
CONCLUSION TITRE I _____ - 384 -

TITRE II : Le contrôle de conventionnalité : le mécanisme pour l'universalisation des droits de l'homme _____ - 385 -
Chapitre 1 : Le contrôle de conventionnalité comme mécanisme de protection des droits de l'homme __- 386 -
Section 1 : Le concept et les caractéristiques du contrôle de conventionnalité en matière des droits de l'homme _____ - 386 -
§ 1 : Son évolution historique _____ - 386 -
A. Première étape : l'obligation de prendre des mesures générales en droit interne ___ - 387 -
I. Une obligation qui brillait longtemps par son absence d'application _____ - 387 -
II. Une obligation devenue plus que courante (obligatoire) _____ - 391 -
B. Deuxième étape : l'obligation d'harmoniser le droit interne avec le droit conventionnel __- 394 -

I. La version répressive du contrôle de conventionnalité - 394 -
II. La variante constructive du contrôle de conventionnalité - 396 -
§ 2 : Ses caractéristiques fondamentales - 398 -
A. Un contrôle obligatoire et général - 398 -
I. L'obligatoriété du contrôle, une question de résultat - 398 -
II. La généralité du contrôle, une question d'effectivité - 402 -
B. Un contrôle concentré et diffus - 405 -
I. La verticalité du contrôle de conventionnalité - 406 -
II. L'application horizontale de la conventionnalité - 409 -
Section 2 : Les effets juridiques concrets du contrôle de conventionnalité en matière des droits de l'homme - 413 -
§ 1 : Au niveau international avec l'application du contrôle concentré de conventionnalité - 414 -
A. La correction des problèmes structurels des violations des droits de l'homme - 414 -
I. L'incorporation aux droits étatiques des nouvelles pratiques législatives, administratives et judiciaires - 414 -
II. La conséquente mise à jour des ordres juridiques internes - 421 -
B. L'extension du patrimoine commun des droits de l'homme - 423 -
I. Par l'intégration du patrimoine commun des droits de l'homme aux systèmes régionaux - 424 -
II. Par l'enrichissement permanent du patrimoine commun des droits de l'homme par les systèmes régionaux - 428 -
§ 2 : Au niveau étatique avec l'application du contrôle diffus de conventionnalité - 433 -
A. L'humanisation du droit interne - 433 -
I. Contrôlant la compatibilité normative - 434 -
II. Appliquant le principe *pro homine* - 437 -
B. L'application interne du patrimoine commun des droits de l'homme - 441 -
I. Le respect de l'autodétermination des peuples - 442 -
II. La prise en compte prioritaire des groupes en état de vulnérabilité - 447 -
Conclusion Chapitre 1 - 452 -
Chapitre 2 : La vérification de la rigueur des systèmes de contrôle de conventionnalité au niveau universel et régional - 454 -
Section 1 : Le rôle pionnier des instances du système interaméricain - 454 -
§ 1 : Le rôle instigateur du contrôle de conventionnalité : la Commission IDH - 454 -
A. L'article 2 de la CADH : la muse d'inspiration de la Commission IDH - 454 -
I. Reconnaissance de l'existence d'une obligation de caractère générale - 455 -
II. Recommandation aux États de l'adoption des mesures nécessaires pour rendre compatible le droit interne - 456 -
III. Détermination de l'incompatibilité des normes étatiques - 458 -
B. La demande d'adoption des mesures de droit interne : la naissance du contrôle de conventionnalité - 459 -
§ 2 : Le rôle consécrateur du contrôle de conventionnalité : la Cour IDH - 460 -
A. De la résistance initiale à la consécration du contrôle de conventionnalité - 461 -
I. La résistance à contrôler le droit interne - 461 -
II. La consécration d'un contrôle aîné de conventionnalité - 464 -
B. De la consolidation à l'expansion du contrôle de conventionnalité - 467 -
I. La consolidation du concept de contrôle de conventionnalité - 467 -
II. L'expansion progressive du contrôle de conventionnalité - 472 -
Section 2 : Le contrôle de conventionnalité à l'intérieur de l'Europe - 476 -
§ 1 : La naissance tardive du contrôle de conventionnalité dans le système européen de protection - 476 -
A. L'inexistence initiale du contrôle de conventionnalité au sein du SEDH - 476 -
I. Une explication à partir de la nature juridique compensatoire du SEDH - 476 -
II. Un changement impulsé par les violations structurelles et graves des droits - 478 -
B. L'émergence du contrôle de conventionnalité dans la Cour EDH avec les arrêts pilotes - 483 -
I. Le début du contrôle de conventionnalité avec l'affaire Broniowski - 483 -
II. La consolidation du contrôle de conventionnalité avec la technique des arrêts pilotes et quasi pilotes - 486 -

§ 2 : L'application liminaire du contrôle de conventionnalité dans le droit communautaire européen _____ - 491 -
A. La question préjudicielle en tant qu'exercice du contrôle de conventionnalité _____ - 491 -
B. Les illustrations concrètes du contrôle communautaire de conventionnalité_____ - 494 -
Section 3 : Les interrogations et les évolutions du contrôle de conventionnalité dans les systèmes onusien et africain des droits de l'homme_____ - 499 -
§ 1 : L'ambivalence dans le système onusien _____ - 499 -
A. L'ambiguïté quasi contentieuse des Comités de surveillance vis-à-vis de l'adéquation de l'ordre juridique interne _____ - 500 -
I. Les faiblesses du contrôle de conventionnalité exercé par le CCPR _____ - 500 -
II. Les forteresses de l'exercice du contrôle de compatibilité par d'autres Comités__ - 507 -
B. La certitude du contrôle de conventionnalité dans la fonction interprétative des Comités de surveillance _____ - 510 -
I. Le contrôle de conventionnalité contraignant par le biais des observations générales __- 510 -
II. Le contrôle de conventionnalité constructif à travers les recommandations générales _- 515 -
1. Le contrôle de conventionnalité constructif du CEDAW à l'égard des droits des femmes _____ - 516 -
2. Le volet constructif du contrôle de compatibilité du CERD dans la lutte contre la discrimination raciale _____ - 519 -
§ 2 : L'amorce contradictoire dans le système africain_____ - 522 -
A. L'issue par l'attente légitime du contrôle de conventionnalité par la Cour ADHP____ - 522 -
I. L'ouverture du contrôle de la compatibilité normative en Afrique par le contrôle des normes électorales_____ - 523 -
II. L'apparente fixation de la compatibilité normative à travers le contrôle de la législation nationale sur la diffamation_____ - 526 -
B. Les allers-retours vis-à-vis de la compatibilité des normes étatiques par la Cour d'Arusha _- 528 -
I. Le refus du contrôle des ordres juridiques internes et le risque d'obstruction de l'avenir du système ADHP_____ - 528 -
II. Le retour de l'espoir pour l'Afrique en matière de contrôle de compatibilité normative - 532 -
Conclusion Chapitre 2 _____ - 535 -
CONCLUSION TITRE II _____ - 538 -
CONCLUSION GÉNÉRALE _____ - 539 -
BIBLIOGRAPHIE _____ - 545 -
TABLE DE MATIÈRES _____ - 623 -