

Ouvrage édité par Fatimata Niang et Frédéric Bernard




Colloque sur les droits humains Mécanismes régionaux et mise en œuvre universelle

Colloque sur les droits humains Mécanismes régionaux et mise en œuvre universelle

Colloquium on Human Rights Regional Mechanisms and Global Implementation

Dans le cadre de la semaine des droits humains de l'Université de Genève a eu lieu les 9 et 10 octobre 2013 un colloque intitulé «Mécanismes régionaux et mise en œuvre universelle». Cet événement exceptionnel a réuni des experts académiques et des décideurs politiques venus du monde entier afin d'analyser l'apport des systèmes régionaux de protection des droits humains à la garantie offerte par le système universel, notamment à la lumière des récents événements survenus en Syrie et en Égypte.

Ce présent ouvrage regroupe ainsi les contributions des différents experts et académiques qui ont pris part au colloque, avec le généreux soutien de l'Université de Genève, du Département fédéral des Affaires étrangères, du Canton de Genève, de la Ville de Genève et du Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme.

 Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral des affaires étrangères DFAE



POB TENDRES LUX



VILLE DE
GENÈVE

GLOBAL STUDIES
INSTITUTE



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

Sommaire

Sommaire	I
Remerciements	III
Table des matières	V
Avant- propos	IX
 Micheline Calmy-Rey et Nicolas Levrat	
<i>Do regional mechanisms strengthen the universal implementation of Human Rights?</i>	1
 Frédéric Bernard	
<i>Protections universelle et régionales des droits de l'homme : vertu de la collaboration</i>	3
 Valentin Zellweger	
<i>L'importance des mécanismes régionaux des droits de l'Homme pour la protection de l'individu à la lumière des expériences acquises dans le contexte européen</i>	37
 Giorgio Malinverni	
<i>Nouvelles procédures européennes en matière d'asile: progrès ou recul?</i>	43
 Maria Virginia Bras Gomes	
<i>New European Asylum Procedures: One Step Forward, Two Steps Back?</i>	49

Christina Cerna

Enforced Disappearances: Lessons from Latin America 63

Hatem Kotrane

Les mécanismes de protection des droits de l'Homme dans les Etats arabes 83

Ibrahima Salama

Towards a socio-legal appraisal of Religious Intolerance: the Challenge of the Prohibition of Incitement to Hatred 105

Abdoulaye Soma

Vers une juridiction pénale régionale pour l'Afrique ? 121

Remerciements

Le présent ouvrage n'aurait pas pu voir le jour sans le généreux soutien de l'Université de Genève, du Département fédéral des Affaires étrangères, du Canton de Genève, de la Ville de Genève et du Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme.

Table des matières

Sommaire	I	
Remerciements	III	
Table des matières	V	
Avant propos	IX	
Do regional mechanisms strengthen the universal implementation of Human Rights?	1	
Protections universelle et régionales des droits de l'homme : vertus de la collaboration	3	
Introduction		3
I. Collaboration entre les systèmes		5
A. Collaborer vers un but commun		6
B. Source d'affaiblissements ?		9
C. Origine de redondances ?		14
II. Influences textuelles		17
A. Adoption d'un texte novateur		18
B. Influence sur les textes		19
C. Influence sur la jurisprudence		21
III. Influences jurisprudentielles		23
A. Obligation d'enquête		26
B. Mesures provisoires		28
C. Disparitions forcées		31
Conclusion		35
L'importance des mécanismes régionaux des droits de l'homme pour la protection de l'individu à la lumière des expériences acquises dans le contexte européen	37	
Introduction		37
I. La place de l'individu dans le droit international		38
II. Souveraineté vs droits de l'homme		38
III. Affirmation de l'individu dans un contexte national au travers du		

système supranational de protection des droits de l'homme	40
Conclusion	41
Nouvelles procédures européennes en matière d'asile: progrès ou recul?	43
I. L'affaire MSS c. Belgique et Grèce, du 21 janvier 2011	43
A. Faits	43
B. Arguments des parties	44
C. Arrêt de la Cour	45
II. L'affaire Hirsi c. Italie, du 23 février 2012	45
A. Faits	46
B. Arguments des parties	46
C. Arrêt de la Cour	46
New procedures in Europe: One Step Forward, Two Steps Back?	49
I. The International Background	49
II. The European Framework	50
III. New Procedures in Europe: one step forward, two steps back?	54
Conclusion	58
Enforced Disappearances: Lessons from Latin America	63
I. The Organization of American States and Forced Disappearances	64
II. History of Enforced Disappearances in Latin America	66
III. The Inter-American Court of Human Rights and Forced Disappearances	67
A. Jurisdiction <i>ratione temporis</i>	70
B. The Case of <i>Blake v. Guatemala</i>	71
C. The Case of the <i>Serrano Cruz Sisters v. El Salvador</i>	74
D. State Responsibility for acts that occurred prior to the recognition of the Court's jurisdiction	75
E. Amnesty laws	77
Conclusion	80
Les mécanismes de protection des droits de l'homme dans les Etats arabes	83
Introduction	83
I. Difficultés d'intégration des principes et valeurs universels des droits de l'Homme dans l'ordre juridique interne des Etats arabes	85
A. Le nombre élevé de réserves et de déclarations	85

B.	Hésitation quant au statut juridique des traités internationaux	89
C.	Manque de mécanismes indépendants de contrôle et de suivi	92
II.	Faiblesse des mécanismes de contrôle aménagés par la Charte arabe des droits de l'homme	96
A.	La Charte arabe des droits de l'homme de 2004, un texte substantiellement harmonisé avec les principes et tendances majeurs du droit international	98
B.	La Charte arabe des droits de l'homme de 2004, un texte essentiellement ambivalent et lacunaire	100
C.	Faiblesse des mécanismes de contrôle	103
Towards a socio-legal appraisal of religious intolerance: the challenge of the prohibition of incitement to hatred		105
I.	Introduction	105
II.	Religious Intolerance	106
A.	History and Concept	106
B.	Religious Intolerance and Human Rights Law	108
III.	The Prohibition of Incitement to Hatred	110
A.	The International Covenant on Civil and Political Rights	110
B.	The International Convention on the Elimination of Racial Discrimination	112
C.	Some Challenges to Addressing Incitement to Hatred	113
IV.	The Rabat Plan of Action	115
V.	Concluding Remarks: The Way Forward	118
Vers une juridiction pénale régionale pour l'Afrique ?		121
	Introduction	121
I.	L'émergence	125
A.	Les raisons	125
A.	La structuration	129
II.	La compétence	132
A.	Le champ de compétence	132
B.	La concurrence de compétence	136

Avant propos

Historiquement, la protection des droits humains a d'abord été nationale, comme l'illustrent par exemple la Déclaration des droits (*Bill of Rights*) anglaise de 1689 et la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Toutefois, depuis la fin de la seconde guerre mondiale et l'élan donné par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les droits humains ont progressivement été garantis dans des traités interétatiques. Cette attention internationale s'est singulièrement accrue au cours des deux dernières décennies, ce qui s'est traduit par l'adoption d'un nombre croissant d'instruments et par la création de multiples organes chargés d'en assurer le respect.

Cependant, cet accroissement sans précédent des textes garantissant les droits humains n'a pas permis d'éviter des violations toujours trop nombreuses des droits individuels, ni la survenance de situations tragiques telles que la guerre civile syrienne. Par ailleurs, ce développement a eu lieu par à-coups, de manière pragmatique, et n'a jamais fait l'objet d'une réflexion théorique globale sur les rapports et les liens entre les différents outils de protection des droits humains. En conséquence, à mesure qu'elle grandissait, la garantie internationale des droits humains a perdu en cohérence et en lisibilité.

Cette opacité est renforcée par le fait que coexistent, en matière de droits humains, plusieurs degrés de protection : une strate dite universelle - regroupant les textes émanant de l'enceinte des Nations Unies, en particulier les deux Pactes adoptés en 1966 - et un niveau de protection régional - à quoi viennent encore s'ajouter les protections offertes aujourd'hui par la quasi-totalité des Constitutions nationales.

Cette superposition de différents systèmes place l'individu victime d'une violation de ses droits devant un choix cornélien : celui de l'instrument et de l'instance auxquels il souhaite soumettre son cas. Ainsi, en Europe, un individu victime de mauvais traitements entre les mains d'agents de l'État a, entre autres, la possibilité de déposer une requête individuelle auprès de la Cour européenne des droits de l'homme - en se plaignant d'une violation de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 -, auprès du Comité des droits de l'homme - en se plaignant d'une violation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 - ou encore auprès du Comité contre la torture - en se plaignant d'une violation de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains

ou dégradants du 10 décembre 1984. La complexité de ce choix est renforcée par le fait que le même terme - en l'occurrence, « mauvais traitements » - n'aura pas nécessairement la même signification dans tous les systèmes.

Au surplus, le domaine des droits humains au sens strict se confond sans cesse davantage avec d'autres domaines parents du droit, tels que le droit international pénal ou les normes dégagées par l'Organisation internationale du travail, qui, à leur manière, participent également au mouvement tendant à assurer une garantie sans cesse accrue des droits individuels.

Il est vrai qu'au niveau onusien, la multiplicité des textes protégeant les droits humains a donné lieu à d'importants travaux sur la manière d'apporter une plus grande cohérence et uniformité à l'activité des différents organes chargés d'en contrôler le respect.

Cependant, une réflexion parallèle, portant sur la cohabitation des systèmes universel et régional de garantie des droits humains, n'a jamais véritablement été menée. Il nous a semblé donc nécessaire de consacrer le premier colloque organisé dans le cadre de la première semaine des droits humains à la complémentarité entre dimensions régionale et universelle de protection des droits humains.

Le présent ouvrage réunit ainsi les contributions issues du colloque qui s'est tenu les 9 et 10 octobre 2013 à l'Université de Genève. Il est le fruit d'une étroite collaboration entre le Global Studies Institute de l'Université de Genève (Prof. Nicolas Levrat, Dr Frédéric Bernard, Dr Frédéric Esposito, Dr Fatimata Niang), l'Académie de droit international (Prof. Andrew Clapham, Ilia Maria Siatsia) et le Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme (Dr Ibrahima Salama).

Nous tenons à remercier l'ensemble des experts qui ont participé au colloque et sans lesquels cet ouvrage n'aurait pu exister. Il s'agit du Dr. Michael Addo (Université d'Exeter), de Dr Agnes Akosua Aidoo (CDE), de Mme Maria Virginia Bras Gomes (Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels), de la Professeure Christina Cerna (Université Georgetown), du Professeur François Crépeau (Université Mc Gill), de M. Abdelhamid El Jamri (Comité sur les travailleurs migrants), de Mme Felice Gaer (Institut Jacob Blaustein & Comité contre la torture), de Mme Nahla Haidar (Comité pour l'élimination des discriminations contre les femmes), du Professeur Zdzislaw Kedzia (Université Adam-Mickiewicz & Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels) du Professeur Hatem Kotrane (Université de Tunis & Comité des droits de l'enfant), de la Professeure Lynn Hunt (Université de Californie Los Angeles), du Professeur Giorgio Malinverni (Université de Genève), de la Professeure Aoife Nolan (Université de Nottingham), du Professeur Michael O'Flaherty

(Université de Nottingham), du Professeur Tariq Ramadan (Université d'Oxford), du Professeur Marco Sassoli (Université de Genève), du Professeur Abdoulaye Soma (Université de Ouagadougou), Dr Hsien Li Tan (Université nationale de Singapour), du Professeur Frans Viljoen (Université de Pretoria), de M. l'ambassadeur Valentin Zellweger (Département Fédéral des Affaires étrangères)

Nous remercions également tous les chercheurs de l'Académie de droit international humanitaire qui ont participé aux séances et ont ainsi contribué à en conserver la mémoire.

Enfin, tous nos remerciements au Dr Marc Roissart de Bellet pour sa relecture attentive du manuscrit.

Frédéric Bernard et Fatimata Niang

Genève, le 12 septembre 2014

MICHELINE CALMY-REY & NICOLAS LEVRAT

Do regional mechanisms strengthen the universal implementation of Human Rights?

Since the Second World War, the universal protection of Human rights must be considered as a cornerstone of the international order. However, as we all know, the “Universal Declaration of Human Rights” of 1948 is only a declaratory text – a Resolution of the UN General Assembly – which, as such, doesn’t convey a compulsory legal value. It took almost 20 years to translate the universal principles into proper international Treaties (the 1966 Pacts, one on Social, Cultural and Economic Rights, the other on Civil and Political Rights). Even though, these international Treaties – which become legally binding only for the States that formally accept them – do not have a strong legal mechanism to ensure their compliance at the international level. The Pact on Civil and Political rights institutes in a Protocol a Human Rights Committee, which can examine complaints, but cannot issue binding decisions for States parties to this Pact. It must naturally be considered as an achievement that apart from the 1966 Pacts, within the UN structure, different monitoring procedures – such as reporting procedures in the Human Right Commission, to which the much improved Universal periodic Review within the Human Right Council succeeded – do exist; but once again, legal enforcement is left to the discretion of signatory States.

In parallel to this difficult push for the recognition of universal HR, and considering the difficulty to adopt compliance mechanisms at the universal level, regional Treaties, some including innovative compliance mechanisms have emerged. Rather soon in Europe, with a European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome in 1950 within the Council of Europe, which institutes a European Court of Human rights that can be directly accessed by individuals complaining of a HR violation. In America was also instituted a regional mechanism, with the Pact of San José (1969), instituting an inter-American Commission and Court for Human Rights. In 1981, African States adopted an African Charter on Human and People’s Rights, which also sets up institutions (Commission and Court) to guarantee its proper implementation. More recently, the League of Arab State adopted in 2004 an Arab Charter on Human Rights. Efforts to establish an Asian mechanism are ongoing.

Without surprise, some regional systems have, noticeably through a progressive case-law, developed the scope and reach of human rights in accordance to evolving societal values, whereas others only adhere to a basic core of Human Right, and do not consider as being part of universal human rights some of the most recent HR developments, such as those known in Europe through the ECHR case-law, for example. It even appeared that some fundamental Human Right concepts could be questioned on the basis of the affirmation of specific regional values, like the “Asian values” advanced in the 1990’s by some Asian leaders to challenge the universality of human rights, perceived as a mostly Western product.

Thus the following question: does the diversity of these regional legal standards and protection mechanisms risk questioning the principle of universality of Human Rights? Or is it a mere adaptation of universal principles to different regional contexts, strengthening the effective implementation of a high standard of respect for Human rights? This questioning was the initial reason for the University of Geneva, with the strong support of Swiss public authorities (the City of Geneva, the State of Geneva, and the Swiss Confederation through the Federal Department of Foreign Affairs) and in close cooperation with the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, to invite high level experts on human rights to exchange and debate on the articulation between regional mechanisms and universal implementation of Human Rights. Most of the invited scholars are involved in UN or regional HR institutions; the concept was to convene then in an academic setting, to discuss openly and outside arenas where political issues sooner than later appear at stake, this very fundamental issue. Originating from different parts of the World and representing the diversity of legal traditions and expertise on specific implementation mechanisms, these experts debated during two full days in Geneva, and a selection of their most relevant contribution is hereafter published.

Analyzing the diversity of mechanisms and advances in the regional schemes for the protection of human rights - including contentious issues such as the relationship between HR and religious values, gender equality or the effectiveness of respect of the HR of migrants – constitutes the core of the following contributions. And at the end of rich debates, the underlying question – whether these regional developments of HR protection mechanisms favors the universal protection of Human rights, or on the contrary lead to regional declinations of Human rights, challenging their universality – remains as open as before. We nevertheless believe that the exposition of academic analysis and arguments did allow the debate to move forward in a constructive manner, and will certainly fuel further contribution on this arduous and challenging, but central issue.

FREDERIC BERNARD*

Protections universelle et régionales des droits de l'homme : vertus de la collaboration

Introduction

Après quelques balbutiements au cours de la deuxième moitié du dix-neuvième siècle et au début du vingtième siècle¹, la protection internationale des droits de l'homme est véritablement née avec l'adoption à Paris, le 10 décembre 1948, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, par quarante-huit des cinquante-huit Etats membres qui constituaient alors l'Assemblée générale des Nations Unies².

Les auteurs ont abondamment commenté ce document, soulignant ses forces – en premier lieu, son caractère symbolique et son immense influence³, découlant notamment du fait qu'il contient à la fois des droits civils et politiques et des droits sociaux – autant que ses faiblesses – avant tout, son absence de caractère juridiquement contraignant.

Au sein des Nations Unies, la Déclaration a d'abord été concrétisée par l'adoption, le 16 décembre 1966, de deux Pactes juridiquement contraignants – le premier garantissant les droits économiques, sociaux et culturels, le second les droits civils et politiques –. Avec la Déclaration, ces deux

* Chargé de cours au Global Studies Institute de l'Université de Genève, Avocat.

¹ Pour un exposé des premiers efforts internationaux relatifs à la lutte contre l'esclavage, voir Jenny S. MARTINEZ, « Antislavery Courts and the Dawn of International Human Rights Law », *The Yale Law Journal*, 2008, p. 550-641. Concernant les débuts du droit international humanitaire, consulter, entre autres, Gary D. SOLIS, *The Law of Armed Conflicts*, Cambridge 2010, p. 38 et ss.

² Philip ALSTON / Ryan GOODMAN, *International Human Rights*, Oxford 2013, p. 139 et ss.

³ Andrew CLAPHAM, *Human Rights : A Very Short Introduction*, Oxford 2007, p. 42-43.

Pactes forment ce qui est communément appelé la « *Charte internationale des droits de l'homme* »⁴.

Le système onusien s'est par ailleurs enrichi, au fil du temps, de conventions destinées à protéger spécifiquement un droit particulier – par exemple, la Convention contre la torture du 10 décembre 1984 – ou un groupe spécifique – à l'image de la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

Sur le plan procédural, ces différents traités ont été dotés d'organes de contrôle spécialisés⁵, dont les fonctions se sont progressivement enrichies : d'abord compétents pour examiner des rapports périodiques soumis par les Etats, ils disposent tous aujourd'hui de la compétence facultative – c'est-à-dire devant être acceptée par les Etats parties – de se pencher sur des communications formées par des individus.

Toutefois, la concrétisation de la Déclaration ne s'est pas limitée à l'enceinte universelle des Nations Unies – dans laquelle elle était née –, mais s'est aussi étendue au plan régional.

Ainsi, dès le 4 novembre 1950, soit avant la concrétisation universelle de la Déclaration, le Conseil de l'Europe a adopté sa propre convention, intitulée Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou, selon son nom courant, Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

De même, le 22 novembre 1969, le continent américain a donné naissance à la Convention américaine relative aux droits de l'homme. L'Afrique, pour sa part, a adopté le 27 juin 1981 la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

A ce jour, une protection régionale des droits de l'homme existe donc sur trois continents, en sus de la protection offerte par les mécanismes universels.

⁴ Voir, de manière générale, HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Le dispositif conventionnel des Nations Unies relatif aux droits de l'homme*, fiche d'information n° 30, Genève 2012.

⁵ La seule exception est celle du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, chargé de contrôler l'application du Pacte ONU I, lequel n'a été créé qu'en 1985 par le Conseil économique et social, pour exercer les fonctions attribuées à ce dernier par le Pacte.

Ces instruments régionaux ont également été dotés d'organes de contrôle, lesquels se sont vu conférer, à leur tour, le pouvoir de se pencher sur des communications individuelles (ou étatiques)⁶.

La présente contribution a pour objectif d'examiner les relations existant entre les différents niveaux de protection offerts aujourd'hui par les droits de l'homme, en illustrant de quelle manière l'existence de plusieurs mécanismes de protection – tous niveaux confondus – permet d'enrichir la protection des droits de l'homme née de la Déclaration de 1948. Pour ce faire, elle se limite à l'examen des droits civils et politiques et s'appuie de manière prépondérante sur la jurisprudence rendue par la Cour européenne des droits de l'homme.

Tout d'abord, cette contribution décrira les rapports entre les différents systèmes de protection des droits de l'homme (cf. *infra* I). Ensuite, elle tentera de montrer comment un texte adopté dans un système peut influencer d'autres mécanismes (cf. *infra* II). Enfin, elle examinera de quelle manière les solutions prétorienne adoptées dans le cadre d'un mécanisme peuvent, alternativement, s'inscrire dans un mouvement général commun ou servir d'inspiration aux solutions adoptées par d'autres systèmes (cf. *infra* III), avant de brièvement conclure.

I. Collaboration entre les systèmes

La coexistence de plusieurs systèmes, sur le plan onusien d'abord, au niveau régional ensuite, soulève la question de la finalité d'une telle superposition.

Notre hypothèse de travail sera la suivante : l'ensemble des systèmes de protection des droits de l'homme institués depuis 1948 a pour objectif de collaborer afin de concrétiser et mettre en œuvre les principes contenus dans la Déclaration universelle (ci-dessous *infra* A). Nous examinerons ensuite la question de savoir si cette coexistence pourrait, en réalité, s'avérer dangereuse et conduire à un affaiblissement des droits de l'homme (ci-dessous *infra* B). Nous nous interrogerons enfin sur la potentielle lourdeur induite par cette pluralité de mécanismes (cf. *infra* C).

⁶ Voir, par exemple, l'art. 25 a CEDH, devenu aujourd'hui l'art. 34 CEDH.

A. Collaborer vers un but commun

Pour présenter le concept de collaboration vers un but commun, un bon point de départ est fourni par le discours prononcé par LORD HOFFMANN devant le *Judicial Studies Board* en 2009 sur la question de l'universalité des droits de l'homme⁷.

Dans ce discours, LORD HOFFMANN distingue, en effet, entre les textes proclamant les droits de l'homme et leur mise en œuvre⁸. Selon lui, les premiers peuvent légitimement avoir vocation à l'universalité, à l'exemple de la CEDH, décrite comme une « *déclaration abstraite satisfaisante des droits dont devrait pouvoir jouir un individu dans une société civilisée* » (« *a perfectly serviceable abstract statement of the rights which individuals in a civilised society should enjoy* »)⁹. En revanche, selon LORD HOFFMANN, la mise en œuvre de ces textes abstraits, parmi lesquels la Convention, en d'autres termes leur mécanisme d'application et de contrôle, ne peut être que nationale¹⁰.

Dans son discours, LORD HOFFMANN s'appuie, certes, sur ce qui précède pour procéder à une attaque en règle contre la Cour européenne des droits de l'homme, accusée par l'auteur de détourner la Convention afin de créer un ordre public européen¹¹.

⁷ LORD HOFFMANN, « The Universality of human rights », *Judicial Studies Board*, 19 mars 2009.

⁸ LORD HOFFMANN, *supra* note 7, p. 8.

⁹ LORD HOFFMANN, *supra* note 7, p. 10.

¹⁰ LORD HOFFMANN, *supra* note 7, p. 8.

¹¹ Voir LORD HOFFMANN, *supra* note 7, p. 21-22. La conclusion du discours est particulièrement éclairante : « *What is to be done? We got into this position by lack of foresight. Can we get out of it? Let me clear about what the problem is. First, as I said earlier, I have no difficulty about the text of the European Convention or its adoption as part of United Kingdom law in the Human Rights Act 1998. (...) Secondly, I think it would be valuable for the Council of Europe to continue to perform the functions originally envisaged in 1950, that is, drawing attention to violations of human rights in Member States and providing a forum in which they can be discussed (...) Fourthly, I would accept, indeed applaud, the use of this instrument at the political level as a benchmark for compliance with human rights by members of the European Union. The problem is the Court; and the right of individual petition, which enables the Court to intervene in the details and nuances of the domestic laws of Member States.* » (ibid., p. 26-27). Pour une critique de ce discours, voir Ben EMMERSON (aujourd'hui Rapporteur spécial des Nations Unies pour la protection des droits de l'homme dans la lutte contre le terrorisme), « The European Court of Human Rights enhances our democracy. », *The Independent*, 8 février 2011.

Toutefois, la distinction opérée par LORD HOFFMANN est précieuse, dans la mesure où elle permet de différencier, dans notre contexte, la proclamation abstraite des droits de l'homme de sa mise en œuvre. Sous cet angle, la Déclaration de 1948 serait alors vue comme l'énoncé abstrait et universel des droits de l'homme¹², tandis que les instruments adoptés postérieurement pour la concrétiser et la rendre contraignante, accompagnés de leurs mécanismes de contrôle, apparaîtraient comme des moyens de mettre en œuvre le « programme » de la Déclaration¹³.

Ce faisant, la Déclaration de 1948 demeurerait une sorte d'idéal à atteindre, tout en possédant simultanément une teneur « politique » liée à son rôle dans l'orientation des Etats, rôle d'ailleurs préconisé par LORD HOFFMANN pour la Convention européenne¹⁴.

On relèvera que cette forme de sacralisation de la Déclaration de 1948 correspond assez bien à son rôle actuel, puisque la plupart des conventions de protection des droits de l'homme adoptées par la suite – en particulier, les deux Pactes et les trois conventions régionales susmentionnées – contiennent, dans leur préambule, une référence à la Déclaration et aux principes qu'elle contient, dont ils affirment s'inspirer.

Par ailleurs, la Déclaration de 1948 constitue la principale norme de référence pour l'Examen périodique universel mené par le Conseil des droits de l'homme¹⁵ et elle a été incluse dans les Objectifs du millénaire pour le développement des Nations Unies¹⁶.

¹² Ed BATES, *The Evolution of the European Convention on Human Rights : From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford 2010, p. 38. Voir également ALSTON / GOODMAN, *supra* note 2, p. 142 : « As a declaration voted in the General Assembly, the UDHR [Déclaration universelle] lacked the formal authority of a treaty that binds its parties under international law. Nonetheless, it remains in some sense the constitution of the entire regime, as well as the single most cited human rights instrument. »

¹³ Voir, dans ce sens, Hélène TIGROUDJA, « L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : en marge d'arrêts et avis consultatifs récents », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, p. 69-110, aux p. 81-82.

¹⁴ LORD HOFFMANN, *supra* note 7, p. 27.

¹⁵ Selon le premier article de la résolution du Conseil des droits de l'homme du 18 juin 2007, A/HRC/RES/5/1, consacrée à la mise en place des institutions, l'Examen périodique universel sera ainsi « fondé sur la Charte des Nations Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme, les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels l'Etat est partie et les obligations et engagements souscrits volontairement par les États, notamment quand ils présentent leur candidature à l'élection au Conseil des droits de l'homme. »

¹⁶ Voir ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, résolution A/55/L.2, 8 septembre 2000, § 25.

L'idée d'un système unique de protection des droits de l'homme, doté de plusieurs sous-entités, a, quant à elle, été exprimée de manière particulièrement stimulante par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans un avis consultatif portant sur l'étendue de sa compétence consultative :

« The nature of the subject matter itself, however, militates against a strict distinction between universalism and regionalism. Mankind's universality and the universality of the rights and freedoms which are entitled to protection form the core of all international protective systems. In this context, it would be improper to make distinctions based on the regional or non-regional character of the international obligations assumed by States, and thus deny the existence of the common core of basic human rights standards. The Preamble of the Convention gives clear expression to that fact when it recognizes that the essential rights of man "are based upon the attributes of the human personality and that they therefore justify international protection in the form of a convention."

A certain tendency to integrate the regional and universal systems for the protection of human rights can be perceived in the Convention. The Preamble recognizes that the principles on which the treaty is based are also proclaimed in the Universal Declaration of Human Rights and that "they have been reaffirmed and refined in other international instruments, worldwide as well as regional in scope." Several provisions of the Convention likewise refer to other international treaties or to international law, without speaking of any regional restrictions. »¹⁷

Selon cette hypothèse, la collaboration entre les différents organes chargés de protéger les droits de l'homme se conçoit comme faisant partie d'un tout, visant à mettre en application la Déclaration de 1948 en assurant une protection toujours renforcée des individus¹⁸.

¹⁷ COURIDH, *Other Treaties Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court*, Avis consultatif OC-1/82, 24 septembre 1982, §§ 40-41. Cité dans TIGROUDJA, *supra* note 15, p. 81-82. Dans le même sens, voir Dinah SHELTON, « The Promise of Regional Human Rights Systems », in Burns H. WESTON / Stephen P. MARKS, *The Future of International Human Rights*, New York 1999, p. 351-398.

¹⁸ Ainsi que le rapportent ALSTON / GOODMAN, *supra* note 2, p. 889-890, jusqu'au milieu des années 1960, les Nations Unies étaient réticentes au sujet de la protection régionale des droits de l'homme, en raison de craintes de dissension. Ce n'est que dix ans plus tard, en 1977, que l'Assemblée générale des Nations Unies a invité les États à conclure des arran-

B. Source d'affaiblissements ?

L'hypothèse proposée ci-dessus part du principe que la collaboration entre systèmes s'avère « positive », en ce qu'elle poursuit l'objectif d'une meilleure mise en œuvre des objectifs de la Déclaration universelle. Autrement dit, le principe implicitement admis est que la complémentarité a pour effet le *développement* des droits de l'homme.

Toutefois, est-ce que la coexistence de différents systèmes pourrait, au contraire, conduire au résultat opposé, l'*amoindrissement* des droits de l'homme ?

Pour répondre à cette question, nous commencerons par examiner le système actuel (cf. *infra* i), avant de nous pencher sur de possibles risques latents (cf. *infra* ii).

1. Système actuel

Le risque d'une concurrence entre systèmes, défavorable en termes de niveau de protection des droits de l'homme est, en pratique, largement limité par l'existence du principe de faveur, reproduit dans tous les traités protégeant les droits de l'homme (voir, par exemple, art. 5 § 2 Pacte ONU II, art. 16 § 2 CAT, art. 29 let. b CADH).

Comme l'illustre l'art. 53 CEDH, ce principe a pour but de garantir, dans chaque situation, qu'un texte de garantie des droits de l'homme ne pourra pas être utilisé pour diminuer la protection offerte par un autre texte, de telle sorte que le système le plus favorable s'appliquera :

« 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. »¹⁹

gements régionaux dans le domaine des droits de l'homme, dans sa résolution A/Res/32/127 du 16 décembre 1977.

¹⁹ Relevons que la jurisprudence rendue en la matière est peu fournie. Toutefois, dans l'arrêt CourEDH, *Affaire Leempeol et S.A. Ed. Ciné Revue c. Belgique*, requête n° 64772/01, 9 novembre 2006, les requérants avaient allégué une violation de l'art. 53 CEDH au motif que leur condamnation aurait méconnu l'art. 25 de la Constitution belge, supposément plus pro-

Un principe de faveur « renforcé » est, par ailleurs, à l'œuvre dans le cadre du mécanisme de dérogation. Ce dernier, connu par la plupart des conventions générales de protection des droits de l'homme – art. 4 Pacte ONU II, art. 15 CEDH et art. 27 CADH –, à l'exception notable de la CADHP²⁰, ce mécanisme permet à un Etat partie confronté à une guerre ou à un danger public menaçant la nation, de suspendre temporairement l'application de certains droits conventionnels²¹.

Les traités de protection des droits de l'homme soumettent, toutefois, la dérogation au respect d'un ensemble de conditions formelles et matérielles. Parmi ces dernières, outre le respect du principe de proportionnalité, l'Etat est tenu de n'adopter que les mesures qui ne sont pas incompatibles avec les autres obligations qui lui sont imposées par le droit international²².

Ainsi, dans l'arrêt *Brannigan et Mc Bride c. Royaume-Uni*²³, relatif à la durée de garde à vue sans contrôle judiciaire en Irlande du Nord, les requérants ont notamment fait valoir devant la Cour européenne la violation, par le Royaume-Uni, d'une condition de dérogation non mentionnée dans la CEDH, mais découlant du Pacte ONU II. En effet, les requérants ont allégué que la dérogation britannique n'avait pas fait l'objet d'une « proclamation officielle » telle que prescrite par l'art. 4 Pacte ONU II et qu'en conséquence, l'art. 15 CEDH avait été violé²⁴.

tecteur que l'art. 10 CEDH (*Leempoel*, § 86). Compte tenu de son raisonnement relatif à l'art. 10 CEDH, la Cour n'a toutefois pas jugé nécessaire d'examiner ce grief.

²⁰ Dans sa communication *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés contre Tchad* (1995), la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a confirmé l'indérogeabilité de la Charte (§ 36). Cette jurisprudence a été réitérée dans *Art. 19 contre État d'Erythrée* (2003), § 87.

²¹ Pour plus de détails sur ce point, consulter Rusen ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles – Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 1987.

²² Voir, par exemple, l'art. 27 § 1 CADH : « *En cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un Etat partie, celui-ci pourra, strictement en fonction des exigences du moment, prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en vertu de la présente Convention, pourvu que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations imposées par le Droit international et n'entraînent aucune discrimination fondée uniquement sur des considérations de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion ou d'origine sociale.* »

²³ CourEDH (SP), *Affaire Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, requête n° 14553/89, 26 mai 1993.

²⁴ CourEDH, *Affaire Brannigan*, *supra* note 24, §§ 67-68.

Quelque peu empruntée à l'idée de devoir trancher, sous l'angle de l'art. 15 CEDH, une question relative à l'interprétation de l'art. 4 Pacte ONU II²⁵, la Cour n'en a pas moins examiné la proclamation en cause – une déclaration du ministre devant la chambre basse du Parlement – pour conclure que cette annonce pouvait être considérée comme conforme aux exigences du Pacte²⁶.

L'intégration, dans un texte conventionnel, d'obligations contenues dans un autre texte, est d'autant plus importante qu'en matière de dérogation, le Pacte ONU II et la CADH contiennent une réglementation plus précise que la CEDH. Ainsi, ces deux textes prévoient expressément, à l'inverse de la CEDH, que les mesures adoptées par l'Etat ne doivent pas entraîner de discriminations.

De même, la liste des droits dits « indérogeables » - c'est-à-dire ne pouvant être suspendus même en cas de guerre ou de danger public – est plus développée dans le Pacte ONU II et dans la CADH²⁷.

Sur ce dernier point, on relèvera encore que le Comité des droits de l'homme, organe de contrôle du Pacte ONU II, a procédé, dans son Observation générale No 29, à une interprétation extrêmement extensive de ces droits indérogeables, allant largement au-delà de la lettre de l'art. 4 Pacte ONU II²⁸.

En bonne logique, la lecture du Pacte opérée par le Comité devrait à l'avenir s'imposer aux Cours européenne et interaméricaine et restreindre, par le

²⁵ CourEDH, *Affaire Brannigan*, supra note 24, § 72 : « Il n'entre pas dans les attributions de la Cour d'essayer de définir, par voie d'autorité, le sens des mots "proclamé par un acte officiel". Elle n'en doit pas moins rechercher si l'argumentation des requérants s'appuie sur une base plausible. »

²⁶ CourEDH, *Affaire Brannigan*, supra note 24, § 72 : « La Cour estime que la déclaration dont il s'agit, qui revêtait un caractère formel et divulguait les intentions du Gouvernement en matière de dérogation, cadrerait bien avec la notion de proclamation officielle. Elle juge donc dénuée de fondement l'opinion des requérants sur ce point. »

²⁷ Selon les calculs de Pierre LAMBERT, « La protection des droits intangibles dans des situations de conflit armé », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2000, p. 241-259, à la p. 248, ces droits sont au nombre de sept pour le Pacte et onze pour la Convention américaine, contre cinq pour la Convention européenne.

²⁸ Voir CDH, *Observation générale n° 29*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001, § 13 : « Dans les dispositions du Pacte qui ne figurent pas au paragraphe 2 de l'article 4, il y a des éléments qui, de l'avis du Comité, ne peuvent pas faire l'objet d'une dérogation licite en vertu de l'article 4. »

biais du respect des « autres obligations du droit international », les droits susceptibles de dérogation également dans ces systèmes.

A l'inverse, un Etat partie à la fois au Pacte ONU II et à la CADHP ne pourrait, en théorie, jamais déroger au premier de ces instruments. En effet, le renvoi de l'art. 4 Pacte ONU II à la Charte africaine, qui n'autorise pas de dérogations, devrait avoir pour effet d'interdire également sous l'angle du Pacte de procéder à une dérogation.

Dans le système actuel, les risques que la coexistence de protections des droits de l'homme conduise à un affaiblissement de ces derniers est donc faible, voire inexistant.

2. Risques

Un véritable risque d'amoindrissement de la protection découlant de la superposition d'instruments peut cependant provenir, tout d'abord, d'une modification radicale de l'énoncé des droits, pour autant que celle-ci s'accompagne de la non-ratification des instruments universels de protection ou de leur ratification assortie de réserves ou de déclarations d'interprétation (faute de quoi ceux-ci s'appliqueraient en plein).

La Déclaration islamique universelle des droits de l'homme, adoptée à Paris le 19 septembre 1981, présente de telles caractéristiques, puisqu'elle soumet, de manière générale, les droits de l'homme à la Charia, comme l'illustre son article 12a :

« Toute personne a le droit d'exprimer ses pensées et ses convictions dans la mesure où elle reste dans les limites prescrites par la Loi [c'est-à-dire, selon les notes d'explication de la Déclaration²⁹, « la totalité des ordonnances tirées du Coran et de la Sunna et toute autre loi déduite de ces deux sources par des méthodes jugées valables en jurisprudence islamique »]. »

Par ailleurs, cette conception « régionale » des droits de l'homme n'est pas sans effet sur le plan universel³⁰, puisque certains États issus de la région

²⁹ Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11^{ème} éd., Paris 2012, p. 179-180.

³⁰ Sans entrer dans l'épineux débat relatif au caractère universel ou non des droits de l'homme, il convient toutefois de mentionner la position du Prix Nobel d'économie Amartya SEN, « Elements of a Theory of Human Rights », *Philosophy and Public Affairs*, 2004, p. 315-356, à la p. 349 : « *Indeed, the connection between public reasoning and the formu-*

islamique n'ont pas ratifié les instruments universels – à l'exemple de l'Arabie saoudite³¹ – ou les ont ratifiés moyennant la formulation de réserves faisant expressément référence à la primauté de la Charia, à l'exemple du Pakistan.

De la même manière, l'affaiblissement du programme de 1948 peut résulter de la création d'un système régional ayant vocation à *remplacer* la protection universelle, par exemple en substituant les organes de contrôle, comme l'illustrent les tentatives menées au sein de l'Union africaine afin de créer une Cour pénale régionale³².

Globalement, toutefois, force est de constater que ces risques d'amoindrissement demeurent, à ce jour, limités.

lation and use of human rights is extremely important to understand. Any general plausibility that these ethical claims, or their denials, have is dependent, on this theory, on their survival and flourishing when they encounter unobstructed discussion and scrutiny, along with adequately wide informational availability. The force of a claim for a human right would be seriously undermined if it were possible to show that they are unlikely to survive open public scrutiny. But contrary to a commonly offered reason for skepticism and rejection, the case for human rights cannot be discarded simply by pointing to the fact (even when that is the case) that in politically and socially repressive regimes, which do not allow open public discussion, many of these human rights are not taken seriously at all. » Voir également l'opinion récemment exprimée par le philosophe américain John SEARLE in Tim CRANE, « An interview with John SEARLE » ; 9 juin 2014 (<http://www.crassh.cam.ac.uk/blog/post/an-interview-with-john-searle>) : « I'm not sceptical about the idea of universal human rights. I'm sceptical about what I call positive rights. You see, if you look at the logical structure of rights, every right implies an obligation on someone else's part. A right is always a right against somebody. If I have a right to park my car in your driveway, then you have an obligation not to interfere with my parking my car in your driveway. Now the idea of universal human rights is a remarkable idea because if there are such things, then all human beings are under an obligation to do – what? Well, I want to say that with things like the right to free speech it just means not to interfere. It's a negative right. My right to free speech means I have a right to exercise my free speech without being interfered with. And that means that other people are under an obligation not to interfere with me. »

³¹ Lors de la séance du Conseil des droits de l'homme du 19 mars 2014, l'Arabie saoudite s'est prononcée sur les recommandations reçues dans le cadre de l'Examen périodique universel. Comme elle l'avait fait en 2009, l'Arabie saoudite a accepté d'envisager de ratifier le Pacte ONU II, tout en rejetant les recommandations émises dans ce sens. Voir AMNESTY INTERNATIONAL, « L'Arabie saoudite doit transcrire en actes ses concessions en matière de droits humains », 19 mars 2014.

³² Sur ce point, voir la contribution du Professeur Abdoulaye SOMA dans les actes du présent colloque, p. 123.

C. Origine de redondances ?

Une autre conséquence possible de la multiplication des systèmes pourrait résider dans la lourdeur de la charge de travail en découlant.

Pour examiner cette question, il convient de traiter de manière distincte les deux modes de contrôle principaux prévus en matière de droits de l'homme, l'établissement de rapports périodiques (cf. *infra* i) et les communications individuelles (cf. *infra* ii).

1. Rapports périodiques

Historiquement, le premier mécanisme de contrôle en matière de droits de l'homme consistait en l'obligation, pour les États parties, de soumettre à intervalles réguliers un rapport périodique à l'organe de contrôle du traité, exposant la situation en matière de respect des droits de l'homme dans l'État en question et conduisant à des observations de l'organe en question³³.

Cette méthode, qui se caractérise par son important respect pour la souveraineté étatique, son absence de caractère contraignant et son efficacité limitée, a peu à peu été complétée par le mécanisme de communication individuelle (cf. *infra* ii)³⁴.

Or, la rédaction périodique de rapports dans le cadre de chaque traité ratifié, l'envoi de représentants auprès de l'organe de contrôle en vue de représenter l'État lors de son examen et la fourniture de réponses aux questions posées peuvent être sources de problèmes, notamment financiers³⁵.

Sous l'angle des rapports périodiques, il existe donc bien un risque de redondances, avec les lourdeurs que ces dernières engendrent. Cela étant dit, le mécanisme des rapports périodiques est essentiellement prévu au niveau

³³ SUDRE, *supra* note 29, p. 732-733.

³⁴ Voir HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS-UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *supra* note 4, p. 31-32.

³⁵ Voir ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution A/RES/43/115*, 8 décembre 1988.

universel³⁶, à l'exception notable de la protection africaine des droits de l'homme³⁷.

Dès lors, la problématique de l'accroissement du poids des rapports est essentiellement intra-onusienne et n'exerce qu'une influence limitée sur le thème de la collaboration *entre* les systèmes de protection. On relèvera, cependant, que cette problématique joue un rôle crucial dans la viabilité du système universel et a donné lieu, ces dernières années, à d'importants travaux de rationalisation³⁸.

2. Communications individuelles

La communication – ou requête – individuelle est le mécanisme par lequel un individu peut directement soumettre son cas ou celui d'un proche – par exemple un parent décédé – à l'organe chargé de contrôler la bonne application d'un instrument de protection³⁹.

Comme expliqué ci-dessus, ce mécanisme, conçu à l'origine comme subsidiaire, notamment par rapport à la requête interétatique – a acquis au fil du temps une importance fondamentale et est aujourd'hui très largement considéré comme plus efficace que le rapport périodique⁴⁰.

Dans ce contexte, la présence de plusieurs instances devant lesquelles un individu est autorisé à déposer une communication individuelle n'est, en principe, pas de nature à entraîner un accroissement de la charge de l'État.

En effet, les principaux systèmes de protection des droits de l'homme sont précisément conçus pour éviter le cumul de procédures : ils permettent ainsi à l'individu de choisir parmi les voies de plainte se trouvant à sa disposition, mais confèrent à son choix un caractère définitif. En principe, il n'est donc

³⁶ SUDRE, *supra* note 29, p. 732.

³⁷ Voir art. 62 CADHP. A cet égard, voir George William MUGWANYA, « Examination of state reports by the African Commission: A critical appraisal », *African Human Rights Law Journal*, 2001, p. 268-284.

³⁸ UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (NAVANETHEM PILLAY), *Strengthening the United Nations human rights treaty body system*, rapport, juin 2012. Voir également Suzanne EGAN, « Strengthening the United Nations Human Rights Treaty Body System », *Human Rights Law Review*, 2013, p. 209-243 ; Michael O'FLAHERTY, « Reform of the UN Human Rights Treaty Body System: Locating the Dublin Statement », *Human Rights Law Review*, 2010, p. 319-335.

³⁹ Voir HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *supra* note 4, p. 33.

⁴⁰ SUDRE, *supra* note 29, p. 94-95.

pas possible de procéder à une sorte de *forum-shopping* en vue de trouver l'organe le mieux disposé à écouter ses griefs.

Ainsi, l'art. 35 § 2 let. b CEDH reprend directement le principe *ne bis in idem*⁴¹ :

« La Cour ne retient aucune requête individuelle introduite en application de l'article 34, lorsqu'elle est essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement, et si elle ne contient pas de faits nouveaux. »

La jurisprudence rendue par la Cour européenne sur la base de cette disposition est peu nombreuse et consiste, pour l'essentiel, à écarter les requêtes portant sur des faits et des allégations déjà examinés par un autre organe international⁴².

En revanche, le Pacte ONU II se distingue des autres instruments, en ce que le système mis en place par l'art. 5 § 2 let. a du Protocole facultatif se rapportant au Pacte ONU II, adopté le 16 décembre 1966, prévoit que le Comité n'exclut que les requêtes qui sont déjà en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête ou de règlement. Cette formulation restrictive laisse donc au Comité la possibilité de se pencher à nouveau sur une affaire dont l'examen par une autre instance internationale est achevé⁴³.

⁴¹ Voir également l'art. 47 let. d CADH, dont la teneur est identique au texte européen. L'art. 56 ch. 7 CADHP se distingue, quant à lui, par sa formulation, puisqu'il se concentre sur la nature du règlement et non sur le contenu de la requête : ainsi, pour être recevable, la requête doit « *ne pas concerner des cas qui ont été réglés conformément soit aux principes de la Charte des Nations Unies, soit de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine et soit des dispositions de la présente Charte.* »

⁴² Voir par exemple CourEDH, *Affaire Karoussiotis c. Portugal*, requête n° 23205/08, 1^{er} février 2011, §§ 59-77, dans lequel la Cour a jugé que la procédure de plainte engagée auprès de la Commission européenne pour dénoncer une violation du droit communautaire par un Etat membre n'était pas assimilable à un droit de recours individuel et n'entraînait donc pas l'irrecevabilité d'une requête subséquente auprès de la Cour portant sur des faits et des griefs identiques. Consulter également Pieter VAN DIJK / Fried VAN HOOF / Arjen VAN RIJN / Leo ZWAAK (éd.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4^{ème} éd., Anvers 2006, p. 179-183.

⁴³ Voir, par exemple, CDH, *Mikhail Pustovoit c. Ukraine*, communication 1405/2005, 12 mai 2014, § 8.2 : « *The State party has submitted that the Committee is barred from considering the present communication, as an identical complaint has been filed with the European Court of Human Rights. The Committee notes, however, that the application in question was*

Pour cette raison, de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe ont formulé une réserve ou une déclaration interprétative lors de la ratification du Protocole facultatif au Pacte ONU II, dans le but d'exclure la compétence du Comité des droits de l'homme pour des affaires déjà examinées par la Cour⁴⁴.

II. Influences textuelles

Si l'on admet l'hypothèse selon laquelle les différents traités et mécanismes de protection des droits de l'homme existant aux niveaux universel et régionaux ont pour fonction commune de mettre en œuvre le programme de la Déclaration de 1948, il convient à présent d'examiner les formes que leur collaboration peut prendre.

A cet égard, le premier mode de collaboration entre systèmes peut provenir de l'adoption, dans un système, d'un traité innovant, par exemple s'agissant du droit substantiel garanti ou de la catégorie de la population protégée (cf. *infra* A). A terme, un tel texte peut, en effet, influencer directement d'autres systèmes, par exemple en incitant à l'adoption d'un instrument analogue (cf. *infra* B). Il peut aussi jouer un rôle indirect, en influençant la manière dont un texte issu d'un autre système est interprété par son organe de contrôle (cf. *infra* C).

discontinued on 6 March 2006 at the author's request. In these circumstances, the Committee is not precluded by article 5 (2) of the Optional Protocol from examining the present communication. »

⁴⁴ SUDRE, *supra* note 29, p. 804. Voir, par exemple, la réserve formulée par la France lors de son adhésion au Protocole facultatif le 17 février 1984 : « *La France fait une réserve à l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 5 en précisant que le Comité des droits de l'homme ne sera pas compétent pour examiner une communication émanant d'un particulier si la même question est en cours d'examen ou a déjà été examinée par une autre instance internationale d'enquête ou de règlement.* »

A. Adoption d'un texte novateur

Dans son article consacré aux fondements philosophiques des droits de l'homme⁴⁵, François RIGAUX a mis en évidence le rôle du contexte – philosophique et politique – dans l'apparition des droits individuels.

Ainsi, aux 15^{ème} et 16^{ème} siècles, les humanistes ont-ils développé la notion de dignité humaine en réaction au pessimisme de certains penseurs religieux⁴⁶. De même, la revendication de la liberté religieuse, point de départ de la reconnaissance des droits individuels, est elle intrinsèquement liée à l'apparition de la Réforme et à la remise en cause de la toute puissance de l'Eglise catholique, ainsi qu'aux guerres de religion en découlant⁴⁷.

Aujourd'hui, le contexte joue toujours un rôle aussi important pour la reconnaissance d'un droit ou pour l'adoption d'un nouveau texte. Dans ce cadre, l'existence de plusieurs systèmes – et, en particulier, de systèmes *régionaux* – permet de prendre en compte de manière plus réactive les défis auxquels une région de la planète peut faire face.

Tel est le cas de la problématique des déplacements internes de population. Ce thème, non traité par la Convention de 1951 relative au statut de réfugié, puisque les personnes déplacées ne franchissent pas de frontière internationale⁴⁸, revêt aujourd'hui une acuité toujours plus grande, en particulier sur le continent africain⁴⁹.

Toutefois, les discussions menées sur le plan universel pour adopter un traité similaire à la Convention de 1951 traitant spécifiquement des déplacés internes ont, à ce jour, échoué⁵⁰.

⁴⁵ François RIGAUX, « Les fondements philosophiques des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, p. 307-349.

⁴⁶ RIGAUX, *supra* note 45, p. 311.

⁴⁷ RIGAUX, *supra* note 45, p. 318 et ss. ; Quentin SKINNER, *The Foundations of Modern Political Thought, vol. 2 : The Age of Reformation*, Cambridge 1978, p. 10.

⁴⁸ Art. 1 de la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951. Voir également Arthur C. HELTON / Eliana JACOBS, « What is Forced Migration ? », in Anne F. BAYEFSKI, *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers : Essays in Memory of Joan Fitzpatrick and Arthur Helton*, Leiden 2006, p. 4-14.

⁴⁹ OBSERVATOIRE DES SITUATIONS DE DÉPLACEMENT INTERNE, *Global Overview 2014 : People internally displaced by conflict and violence*, 2014.

⁵⁰ Voir Simon PETITE, « L'exode silencieux des déplacés : Entretien avec Alfredo Zamudio », *Le Temps*, 2 juin 2014, p. 20.

Dans ces conditions, l'Union africaine a pris les devants et a présidé à l'adoption par ses membres, le 23 octobre 2009, de la Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique, connue sous le nom de Convention de Kampala.

Cette convention, entrée en vigueur le 6 décembre 2012, traite de manière exhaustive et innovante la problématique des déplacés internes, en particulier s'agissant de sa prévention et des obligations des acteurs non gouvernementaux⁵¹.

B. Influence sur les textes

Un texte novateur peut, à terme, influencer un autre système et l'inciter à adopter un traité analogue, à l'image du mécanisme de visite des lieux de détention.

Née au début des années 1970 dans l'esprit de Jean-Jacques GAUTIER, un banquier genevois qui venait de prendre sa retraite, l'idée de visiter les lieux de détention se présentait comme un moyen original de prévention contre la torture, inspiré du travail effectué par le CICR⁵².

Les efforts de GAUTIER et du Comité suisse contre la torture, créé en 1977, se concentrèrent d'abord sur le niveau onusien, mais leur proposition se retrouva en concurrence avec les travaux qui ont conduit, à terme, à l'adoption de la Convention des Nations Unies contre la torture de 1984⁵³. Un consensus émergea alors autour de l'idée que la proposition de visite

⁵¹ OBSERVATOIRE DES SITUATIONS DE DEPLACEMENT INTERNE / CONSEIL NORVEGIEN POUR LES REFUGIES, *La Convention de Kampala un an après : avancées et perspectives*, Genève 2013.

⁵² Voir François DE VARGAS, « Bref historique du CSCT/APT » in ASSOCIATION POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE, *20 ans consacrés à la réalisation d'une idée : Recueil d'articles en l'honneur de Jean-Jacques Gautier*, Genève 1997, p. 27-46. Consulter également ASSOCIATION POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE / INSTITUT EUROPEEN, *Jean-Jacques Gautier et la prévention de la torture : de l'idée à l'action. Recueil de textes*, Genève 2003. Les efforts de GAUTIER font écho au conseil donné par le philosophe John SEARLE dans l'entretien cité plus haut, *supra* note 30 : « Well, my advice would be to take questions that genuinely worry you. Take questions that really keep you awake at nights, and work on them with passion. »

⁵³ Rachel MURRAY / Elina STEINERTE / Malcolm EVANS / Antenor HALLO DE WOLF, *The Optional protocol to the Convention against torture*, Oxford 2011, p. 7.

des lieux de détention prendrait la forme d'un protocole optionnel, lequel ne serait examiné qu'après l'adoption de la Convention contre la torture⁵⁴.

Peu de temps après, en 1981, l'idée de GAUTIER fut toutefois reprise par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, processus qui conduisit à l'adoption, le 26 juin 1987, de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants⁵⁵.

Cette convention, qui vient explicitement se greffer sur l'art. 3 CEDH (interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants), présente la particularité d'être purement « procédurale » et de ne contenir aucun élément substantiel⁵⁶. Son unique fonction est de mettre sur pied et d'organiser un organe de contrôle, appelé Comité pour la prévention de la torture (CPT), chargé d'examiner « *le traitement des personnes privées de liberté en vue de renforcer, le cas échéant, leur protection contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants* » (art. 1).

Le Comité, qui fonctionne depuis 1997, est habilité à mener des visites périodiques dans les États ayant ratifié la Convention, ainsi que des visites *ad hoc* si les circonstances l'exigent et des visites de suivi⁵⁷. Les constatations et les règles figurant dans les rapports rédigés par le Comité sont fréquemment reprises par d'autres instances, notamment par la Cour européenne⁵⁸.

Parallèlement, l'idée d'opérer des visites dans les lieux de détention poursuivit son chemin au sein des Nations Unies et conduisit finalement à l'adoption, le 18 décembre 2002, par l'Assemblée générale, du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture⁵⁹. L'une des particu-

⁵⁴ Rachel MURRAY et al., *supra* note 53, p. 9-10.

⁵⁵ Malcolm EVANS / Rod MORGAN, « The origins and drafting of the ECPT : A salutary lesson ? » in ASSOCIATION POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE, *20 ans consacrés à la réalisation d'une idée*, *supra* note 52, p. 85-98.

⁵⁶ TIGROUDJA, *supra* note 13, p. 94.

⁵⁷ Articles 29 à 31 du règlement intérieur du CPT du 16 novembre 1989.

⁵⁸ Voir CourEDH (GC), *Affaire Vinter et autres c. Royaume*, requête n°66069/09, 9 juillet 2013, §§ 63-64. Consulter également Sébastien VAN DROOGHENBROECK / Françoise TULKENS, « Le *soft law* des droits de l'homme est-il vraiment si *soft* ? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme », in: *Mélanges Michel Mahieu*, Bruxelles 2008, p. 505-526. Voir également Damien SCALIA, « Les rapports du C.P.T. dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : un puits de normes ? », in : Yves CARTUYVELS et al. (éd.), *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles 2013, p. 433-462.

⁵⁹ Pour un exposé très détaillé des méandres des négociations entre les différents Etats, voir MURRAY et al., *supra* note 53, p. 22-67.

larités de ce texte est de prévoir à la fois la création d'un Sous-Comité pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du Comité contre la torture et l'obligation pour les Etats de mettre en place un mécanisme national de prévention.

Comme on le voit, une idée novatrice, rejetée dans un premier temps au niveau universel, a pu voir le jour grâce à l'existence de systèmes parallèles, en l'occurrence, le système européen, avant de revenir s'imposer au niveau universel. Compte tenu de l'échec initial des négociations au niveau universel, l'adoption d'un tel mécanisme aurait été infiniment plus compliquée, si seule la protection onusienne des droits de l'homme avait existé⁶⁰.

C. Influence sur la jurisprudence

En dernier lieu, un texte élaboré dans une enceinte de protection des droits de l'homme peut influencer d'autres systèmes de protection par le biais de leurs organes de contrôle, notamment s'il présente une densité normative supérieure. En effet, ce texte peut alors être utilisé par d'autres mécanismes afin de guider l'interprétation de leur propre instrument.

Ce processus est illustré par la question de la définition de la torture. La CEDH, à l'image du Pacte ONU II, de la CADH et de la CADHP, ne définit pas le terme de « torture ». Dans ce contexte, l'évolution de la notion de torture adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme montre l'influence que peut exercer un texte provenant d'un autre système.

Initialement, la Cour européenne des droits de l'homme a interprété l'art. 3 CEDH de manière autonome, en jugeant que la Convention réservait l'application du terme « torture » aux seuls traitements devant être marqués d'une « spéciale infamie »⁶¹.

⁶⁰ Voir ASSOCIATION POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE, *Le Forum mondial sur l'OPCAT : Prévenir la torture, respecter la dignité : de la parole aux actes*, Genève 2012, p. 17.

⁶¹ CourEDH (SP), *Affaire Irlande c. Royaume-Uni*, requête n° 5310/71, 18 janvier 1978, § 167 : « La Cour estime en effet que s'il existe d'un côté des violences qui, bien que condamnables selon la morale et très généralement aussi le droit interne des États contractants, ne relèvent pourtant pas de l'article 3 de la Convention, il apparaît à l'opposé que celle-ci, en distinguant la "torture" des "traitements inhumains ou dégradants", a voulu par le premier de ces termes marquer d'une spéciale infamie des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances. »

En appliquant ce critère, elle a jugé que l'utilisation, par les forces britanniques en Irlande du Nord, d'un ensemble de cinq « techniques » d'interrogatoire poussé - station debout contre un mur, encapuchonnement, bruit, privation de sommeil et privation de nourriture – constituait certes des traitements inhumains et dégradants, mais n'atteignait pas le seuil de la torture⁶².

Par la suite, dans un cas de mauvais traitements infligés dans un commissariat de police, la Cour a été amenée à évaluer la pérennité de sa définition initiale⁶³. Dans ce contexte, elle s'est appuyée sur la définition de la torture contenue dans la Convention des Nations Unies contre la torture (CAT) :

« Aux fins de la présente Convention, le terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles. »

Dans le cas qui lui était soumis, la Cour a constaté que les mauvais traitements subis par le requérant avaient donné lieu à des douleurs ou à des souffrances physiques et psychiques aiguës et que ces douleurs et souffrances avaient été infligées intentionnellement, aux fins notamment d'obtenir des aveux sur les faits qui étaient reprochés au requérant⁶⁴. Modi-

⁶² *Irlande c. Royaume-Uni*, supra note 61, § 168.

⁶³ CourEDH (GC), *Affaire Selmouni c. France*, requête n° 25803/94, 28 juillet 1999. Il convient de mentionner également que dans deux arrêts turcs antérieurs, la Cour européenne avait retenu la qualification de torture : CourEDH, *Affaire Aksoy c. Turquie*, requête n° 21987/93, 18 décembre 1996 (pendaison palestinienne) et CourEDH (GC), *Affaire Aydin c. Turquie*, requête n° 23178/94, 25 septembre 1997 (viol en détention).

⁶⁴ CourEDH, *Affaire Selmouni*, supra note 63, § 98.

fiant son interprétation antérieure de l'art. 3 CEDH, la Cour a conclu à l'existence d'un cas de torture⁶⁵.

Pour justifier ce changement, la Cour européenne s'est appuyée sur le caractère « vivant » de la CEDH, suivant en cela sa jurisprudence constante :

« La Cour a déjà eu l'occasion de juger d'affaires dans lesquelles elle a conclu à l'existence de traitements ne pouvant être qualifiés que de torture. Cependant, compte tenu de ce que la Convention est un « instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles », la Cour estime que certains actes autrefois qualifiés de « traitements inhumains et dégradants », et non de « torture », pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir. La Cour estime en effet que le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. »⁶⁶

De manière générale, le recours à la définition universelle de la torture a ainsi rendu possible, dans le contexte d'une interprétation vivante de la Convention européenne, un *abaissement* du seuil de la torture par rapport à la jurisprudence antérieure de la Cour, grâce aux critères fournis par la CAT⁶⁷.

III. Influences jurisprudentielles

La deuxième forme de collaboration résulte de l'activité des organes de contrôle et de leur capacité, le cas échéant, à s'inspirer de solutions retenues par leurs *alter ego*.

A titre préalable, il convient toutefois de ne pas définir le terme « jurisprudentiel » de manière trop étroite, limitée aux arrêts et autres communications au caractère quasi judiciaire, mais d'en retenir, au contraire, une acceptation large, s'étendant aux rapports rédigés par les rapporteurs spéciaux, les commissions d'enquête ou encore les groupes de travail nommés par le

⁶⁵ CourEDH, *Affaire Selmouni*, *supra* note 63, § 105.

⁶⁶ CourEDH, *Affaire Selmouni*, *supra* note 63, § 101.

⁶⁷ Dans le même sens, voir SUDRE, *supra* note 29, p. 326.

Conseil des droits de l'homme, ainsi qu'au travail d'autres instances internationales telles que la Commission du droit international⁶⁸.

Une telle influence peut, tout d'abord, intervenir au niveau factuel. Ainsi, des rapports présentés par des rapporteurs spéciaux ou des affaires similaires déjà tranchées par d'autres instances peuvent être utilisés par un organe appartenant à un autre système pour appuyer la version des faits alléguée par le requérant. L'apport factuel provient alors, en règle générale, d'organes onusiens, en raison de leur vocation à réunir des faits – « *fact-finding mission* »⁶⁹.

Ainsi, dans le contexte de la migration vers l'Europe⁷⁰, la Cour européenne a-t-elle été amenée, dans l'arrêt *C.D. et autres c. Grèce*⁷¹, à se prononcer sur les conditions de détention de requérants d'asile au centre de rétention de Venna, en Grèce⁷². Dans le cadre de son exposé de la pratique internationale pertinente, la Cour européenne a expressément fait référence aux rapports du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, M. Manfred NOWAK, ainsi qu'à ceux du Rapporteur spécial des Nations Unies pour les droits de l'homme des migrants, M. François CREPEAU⁷³.

⁶⁸ La Commission du droit international a été créée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1947, par sa résolution 174 (II), et est composée de trente-quatre juristes élus à titre d'experts indépendants. Voir Patrick DAILLIER / Mathias FORTEAU / Alain PELLET, *Droit international public*, 8^{ème} éd., Paris 2009, p. 368-369. Le texte le plus influent de la CDI est sans conteste son *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, adopté en août 2001, voir José E. Alvarez, « Legal Perspectives », in Thomas G. DEISS / Sam DAWS (éd.), *The Oxford Handbook on the United Nations*, Oxford 2007, p. 58-81, aux p.67-68. A l'instar d'autres juridictions, telles que la Cour internationale de justice, la Cour européenne des droits de l'homme est extrêmement sensible à ce document. Voir, par exemple, CourEDH (GC), *Affaire El-Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, requête n° 39630/09, 12 décembre 2012, § 97.

⁶⁹ Manfred NOWAK, « Fact-Finding on Torture and Ill-Treatment and Conditions of Detention », *Journal of Human Rights Practice*, 2009, p. 101-119, à la p. 103 : « *The most important tool for an effective investigation of torture, ill-treatment, and conditions of detention aménagement du territoire my disposal are fact-finding missions to specific countries.* »

⁷⁰ Voir, sur ce thème, la contribution du Juge Giorgio MALINVERNI dans les actes du présent colloque, p. 43.

⁷¹ CourEDH, *Affaire C.D. et autres c. Grèce*, requête n° 33441/10, 19 décembre 2013.

⁷² CourEDH, *Affaire C.D.*, *supra* note 72, § 25.

⁷³ CourEDH, *Affaire C.D.*, *supra* note 72, §§ 37-38.

Après avoir constaté que les versions des faits présentées par les requérants et par l'Etat ne coïncidaient pas, la Cour a indiqué que les allégations des requérants étaient « corroborées par plusieurs rapports concordant d'organes internationaux », parmi lesquels :

« Pour leur part, les Rapporteurs spéciaux des Nations unies confirment les conclusions du CPT. En particulier, dans son rapport concernant sa visite en octobre 2010, M. Nowak a, entre autres, relevé que le directeur du centre de rétention de Venna s'est plaint que les conditions de vie au sein dudit centre étaient inadéquates non seulement pour les détenus mais aussi pour le personnel. De plus, il a considéré que le centre de rétention de Venna ne pouvait satisfaire aux besoins les plus essentiels des détenus, bien qu'il fût destiné à des détentions de longue durée. Ces considérations ont encore été confirmées dans le rapport de M. F. Crépeau, qui a effectué une visite en Grèce du 25 novembre au 3 décembre 2012. Celui-ci a aussi noté qu'à la suite de sa visite le centre de Venna a été fermé (voir paragraphes 37 et 38 ci-dessus). »⁷⁴

Sur la base de ces constatations, la Cour a jugé que les conditions de détention prévalant dans le centre de Venna avaient constitué un traitement dégradant et a donc conclu à la violation de l'art. 3 CEDH⁷⁵.

L'utilisation des rapports élaborés dans le cadre d'autres systèmes de protection des droits de l'homme peut même aller plus loin et conduire la Cour à admettre que, grâce à l'appui de ces sources externes, le requérant a réussi à fournir un commencement de preuve à l'appui de ses allégations⁷⁶.

A partir de ce point, la Cour européenne des droits de l'homme peut opérer un renversement du fardeau de la preuve, en présumant la version des faits alléguée par le requérant et en faisant peser sur l'Etat défendeur la charge d'apporter, le cas échéant, la preuve du contraire⁷⁷.

⁷⁴ CourEDH, *Affaire C.D.*, supra note 72, § 53.

⁷⁵ CourEDH, *Affaire C.D.*, supra note 72, § 54.

⁷⁶ Dans le même sens, voir Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 2^{ème} éd., Paris 2012, p. 135-136.

⁷⁷ CourEDH, *Affaire El-Masri*, supra note 68, § 165 : « A la lumière de ce qui précède, la Cour conclut qu'il existe un commencement de preuve à l'appui de la version des faits fournie par le requérant, et que la charge de la preuve doit en conséquence être renversée et peser sur le gouvernement défendeur. »

Le travail effectué dans d'autres enceintes de protection des droits de l'homme peut cependant aussi avoir une influence sur l'analyse juridique d'un organe tiers, ce qu'il convient d'examiner à présent.

Ainsi, plusieurs systèmes peuvent se trouver confrontés simultanément à la même problématique, ce qui peut conduire, au fil du temps, à l'élaboration d'une position commune (cf. *infra* points A et B). Il arrive cependant aussi qu'un système soit, à un moment donné, plus directement touché que les autres par une problématique spécifique, ce qui l'amènera à élaborer une position propre, laquelle pourra ensuite inspirer d'autres systèmes lorsque ceux-ci se retrouvent dans une situation analogue (cf. *infra* point C).

A. Obligation d'enquête

Les droits civils et politiques, généralement englobés dans la première génération des droits de l'homme⁷⁸, sont traditionnellement considérés comme des droits imposant à l'Etat une obligation d'abstention, c'est-à-dire une obligation négative⁷⁹.

Or, l'un des traits les plus marquants de l'évolution jurisprudentielle en matière de droits de l'homme depuis 1948 est le développement progressif, par les organes d'application des traités, d'obligations dites positives à la charge des Etats, c'est-à-dire d'obligations d'agir, au sein même des droits de la première génération⁸⁰.

Pour illustrer ce point, nous prendrons à nouveau l'exemple de l'interdiction de la torture. Au départ, l'interdiction de la torture était clairement dirigée contre la torture d'Etat, raison pour laquelle elle contient « *une obligation essentiellement négative de s'abstenir d'infliger des lésions graves aux personnes relevant de leur juridiction* »⁸¹.

Toutefois, la jurisprudence des organes internationaux de protection des droits de l'homme a progressivement dégagé, au sein de cette interdiction, une obligation positive à la charge des Etats de mener une enquête efficace

⁷⁸ Karel VASAK, « La Déclaration universelle des droits de l'homme 30 ans après », *Courrier de l'UNESCO*, XXX, novembre 1977, p. 28-32, à la p. 30.

⁷⁹ Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, vol. II : Les droits fondamentaux*, 3^{ème} éd., Berne 2013, p. 29-30.

⁸⁰ SUDRE, *supra* note 29, p. 259 et ss.

⁸¹ Voir, par exemple, CourEDH, *Affaire Pretty c. Royaume-Uni*, requête n° 2346/02, 29 avril 2002, § 50.

et effective en cas d'allégation fondée de violation de ce droit par l'Etat ou l'un de ses agents⁸².

Ainsi, selon le Comité des droits de l'homme :

« Le droit de porter plainte contre des actes prohibés par l'article 7 doit être reconnu dans le droit interne. Les plaintes doivent faire l'objet d'enquêtes rapides et impartiales des autorités compétentes pour rendre les recours efficaces. Les rapports des Etats parties devraient fournir des renseignements précis sur les voies de recours disponibles pour les victimes de mauvais traitements, les procédures à suivre par les plaignants ainsi que des données statistiques sur le nombre de plaintes et le sort qui leur a été réservé. »⁸³

La jurisprudence développée au fil des ans par la Cour européenne des droits de l'homme aboutit au même résultat :

« La Cour rappelle que lorsqu'un individu soutient de manière défendable avoir subi, aux mains de la police ou d'autres services comparables de l'Etat, un traitement contraire à l'article 3, cette disposition, combinée avec le devoir général imposé à l'Etat par l'article 1 de la Convention de « reconnaître à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis (...) [dans la] Convention », requiert, par implication, qu'il y ait une enquête officielle effective. Cette enquête doit pouvoir mener à l'identification et à la punition des responsables. S'il n'en allait pas ainsi, nonobstant son importance fondamentale, l'interdiction légale générale de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants serait inefficace en pratique, et il serait possible dans certains cas à des agents de l'Etat de fouler aux pieds, en jouissant d'une quasi-impunité, les droits des personnes soumises à leur contrôle. »⁸⁴

Quant à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, elle a suivi un cheminement comparable :

« The duty to guarantee the human rights enshrined in the Convention is not limited to the existence of a legal system designed to allow the fulfillment of such duty, but also entails the need to adopt government policies which ensure the effective guarantee for the free and full ex-

⁸² RENUCCI, *supra* note 76, p. 136-137.

⁸³ COMITE DES DROITS DE L'HOMME, *Observation générale n° 20*, p. 3 (§ 14).

⁸⁴ CourEDH, *Affaire El-Masri*, *supra* note 68, § 182.

ercise of human rights. In this regard, one of the conditions to effectively guarantee the right to life and personal integrity is the compliance with the duty to investigate the violation of such rights, which is derived from Article 1(1) of the Convention, in conjunction with the substantive rights which should be preserved, protected or guaranteed. »⁸⁵

La lecture successive de ces trois extraits de jurisprudence frappe par ses similitudes. En effet, le même objectif – rendre la protection contre la torture concrète et effective – a conduit les organes d'application du droit à juger nécessaire de prohiber l'impunité des auteurs de tels actes, par l'insertion d'une obligation positive d'enquête dans l'interdiction de la torture.

B. Mesures provisoires

Le fait, pour les organes de protection des droits de l'homme, de développer une réponse uniforme à un défi commun ne se limite pas aux défis substantiels posés par la définition de la portée des droits garantis. En effet, un processus identique est à l'œuvre s'agissant des questions procédurales, comme l'illustre le thème des mesures provisionnelles, de la compétence des organes de protection des droits de l'homme à les prononcer ainsi que de leur caractère contraignant.

Du point de vue de la logique judiciaire, le prononcé de mesures provisoires – dont l'objectif consiste à *geler* la situation pendant la durée de l'examen conduit par l'organe de contrôle – peut revêtir une importance cardinale. On songera ainsi à l'examen d'une requête formée par une personne condamnée à mort ou à celle provenant d'un étranger sur le point d'être expulsé dans son pays d'origine, dans lequel il court le risque d'être torturé. Dans ces deux hypothèses, la mise en œuvre de la mesure décidée par l'Etat rend quasiment sans objet le prononcé ultérieur d'une violation des droits de l'homme⁸⁶.

⁸⁵ CourIDH, *Ximenes Lopes c. Brésil*, 4 juillet 2006, § 147. Voir, à ce propos, Marie ROTA, « Chronique de jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2009, p. 189-198, à la p. 194 ; Hélène TIGROUDJA / Ioannis K. PANOUSSIS, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme : Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles 2003, p. 202-203.

⁸⁶ RENUCCI, *supra* note 76, p. 1032.

Or, le seul texte de protection des droits de l'homme traitant expressément de cette question est la CADH⁸⁷, à son art. 63 § 2 CADH :

« Dans les cas d'extrême gravité requérant la plus grande célérité dans l'action, et lorsqu'il s'avère nécessaire d'éviter des dommages irréparables à des personnes, la Cour pourra, à l'occasion d'un différend dont elle est saisie, ordonner les mesures provisoires qu'elle juge pertinentes. S'il s'agit d'une affaire dont elle n'a pas encore été saisie, elle pourra prendre de telles mesures sur requête de la Commission. »

En revanche, les deux Pactes de l'ONU, la Convention contre la torture et la CEDH sont muets sur cette question. Cet oubli est problématique, dans la mesure où, comme indiqué ci-dessus, une protection effective des droits de l'homme peut dépendre du prononcé de telles mesures.

En conséquence, les organes de contrôle des instruments précités ont tous inclus dans leur règlement interne la possibilité de prononcer des mesures provisoires⁸⁸. Toutefois, la question se pose ensuite de leur caractère contraignant, puisque celles-ci ne figurent pas dans un texte ratifié par les Etats membres, mais dans de « simples » règlements internes⁸⁹.

Confrontées à ce problème, les instances de protection des droits de l'homme ont progressivement reconnu que le non-respect de mesures provisoires adressées à l'Etat par l'organe de contrôle avait pour effet d'annuler la protection offerte par le texte conventionnel.

Dans ce contexte, il est intéressant de relever que, dans une décision *Conka c. Belgique* rendue en 2001, la Cour européenne des droits de l'homme

⁸⁷ Il convient d'ajouter que le Statut de la Cour internationale de justice prévoit, quant à lui, à son article 41, que la Cour « a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire. ». Pour plus de détails sur ce point, consulter Robert KOLB, *The International Court of Justice*, Oxford 2013, p. 611-658. Dans son arrêt rendu le 27 juin 2001 dans l'affaire *La-Grand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour a indiqué pour la première fois explicitement que ces mesures revêtaient un caractère obligatoire, en ajoutant que « prétendre que des mesures conservatoires indiquées en vertu de l'article 41 ne seraient pas obligatoires serait contraire à l'objet et au but de cette disposition. » (§ 102).

⁸⁸ Voir, par exemple, art. 86 du règlement du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, art. 108 § 9 du règlement du Comité contre la torture et art. 39 du règlement de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁸⁹ RENUCCI, *supra* note 76, p. 133-135.

avait initialement considéré que le prononcé de mesures provisoires ne trouvait aucun appui dans la Convention⁹⁰.

Parallèlement, les autres organes de protection des droits de l'homme ont adopté des positions plus progressistes.

Ainsi, le Comité des droits de l'homme a jugé, dès l'an 2000 – soit avant la décision *Conka* précitée –, que :

*« Indépendamment donc d'une violation du Pacte qui lui est imputée dans une communication, un Etat partie contrevient gravement aux obligations qui lui incombent en vertu du Protocole facultatif s'il prend une mesure qui empêche le Comité de mener à bonne fin l'examen d'une communication faisant état d'une violation du Pacte, ou qui rend l'action du Comité sans objet et l'expression de ses constatations sans valeur et de nul effet. »*⁹¹

De même, le Comité contre la torture a été amené à juger que l'Etat qui ne respectait pas des mesures provisoires ne respectait pas « l'esprit de la Convention »⁹².

Ultérieurement, dans son arrêt *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, rendu le 4 février 2005, la Cour européenne des droits de l'homme a réexaminé la position qu'elle avait adoptée dans la décision *Conka* précitée.

Dans ce contexte, la Cour européenne a insisté sur l'importance croissante prise par le droit de requête individuel⁹³. Elle a également fait référence aux positions adoptées par les autres instances de protection des droits de l'homme⁹⁴ et en a tiré la conclusion suivante :

« La Cour observe que la CIJ, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, le Comité des droits de l'homme des Nations unies et le Comité des Nations unies contre la torture, tout en travaillant dans le cadre d'autres traités que la Cour, ont confirmé dans des décisions

⁹⁰ CourEDH, *Affaire Jan Conka et Ligue des droits de l'homme c. la Belgique* (décision), requête n° 51564/99, 13 mars 2001, § 11 : « La Cour rappelle que le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ne peut se déduire ni de l'article 34 in fine ni d'autres sources. »

⁹¹ CDH, *Affaire M. Dante Piandiong, M. Jesus Morillos et M. Archie Bulan (décédés) c. Philippines*, communication No. 869/1999, 19 octobre 2000, § 5.2.

⁹² CAT, *Affaire Cecilia Rosana Nuñez Chipana c. Venezuela*, communication No. 110/1998, 10 novembre 1998, § 8.

⁹³ CourEDH (GC), *Affaire Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, requête n° 46827/99, 4 février 2005, § 122.

⁹⁴ CourEDH, *Affaire Mamatkoulov*, *supra* note 93, §§ 40-53 et §§ 113-117.

récentes que la sauvegarde des droits invoqués par les parties, face au risque de préjudice irréparable, représente un objectif essentiel des mesures provisoires prévues en droit international. De fait, on peut dire que, quel que soit le système juridique considéré, toute bonne administration de la justice implique que ne soient pas accomplis, tant qu'une procédure est en cours, des actes de caractère irréparable. »⁹⁵

Se fondant sur ces éléments, la Cour a opéré un changement de jurisprudence et considéré que le non-respect de mesures provisoires indiquées en vertu de l'art. 39 de son règlement interne violait directement l'art. 34 CEDH (requêtes individuelles), conférant ainsi à ces mesures un caractère obligatoire.

Sous l'angle purement procédural, on voit donc également se dessiner une réponse commune – caractère contraignant des mesures provisoires – face au même défi, assurer une protection effective des droits garantis.

C. Disparitions forcées

La dernière hypothèse concerne le cas où un système de protection des droits de l'homme se trouve confronté à une problématique spécifique avant les autres, comme cela a été le cas pour les disparitions forcées.

Pour reprendre les termes de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées du 20 décembre 2006, « on entend par « disparition forcée » l'arrestation, la détention, l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'État ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'État, suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve, la soustrayant à la protection de la loi. » (art. 2)

Techniquement, le problème posé par les disparitions forcées est le suivant : en règle générale, une personne soumise à un tel traitement court de forts risques d'être décédée, conclusion d'autant plus probable des années après la disparition, lorsque le litige parvient à une instance internationale de pro-

⁹⁵ CourEDH, *Affaire Mamatkoulouov*, supra note 93, § 124.

tection des droits de l'homme après l'épuisement des voies de recours internes⁹⁶.

Cependant, les parents ou les proches du disparu ne sont généralement pas en mesure d'apporter des éléments de preuve de nature à confirmer le décès ; tout au plus peuvent-ils établir que la personne disparue a été vue, pour la dernière fois, emmenée par des membres des forces de l'ordre⁹⁷.

Juridiquement, la question est dès lors la suivante : en l'absence de tout élément de preuve décisif, l'Etat peut-il être condamné pour violation du droit à la vie ? Ou l'insuffisance des moyens à disposition du requérant doit-elle conduire à ne condamner l'Etat, le cas échéant, que pour violation du droit à la liberté ?

Historiquement, la région la plus touchée par des vagues de disparitions forcées a été l'Amérique du Sud, à partir du milieu des années 1960⁹⁸, de sorte que la Cour interaméricaine s'est retrouvée en première ligne pour traiter cette question sous l'angle des droits de l'homme.

Ce faisant, la Cour interaméricaine a élaboré une jurisprudence particulièrement innovante⁹⁹, initiée par l'incontournable arrêt *Velasquez Rodriguez*¹⁰⁰.

Dans cet arrêt, la Cour interaméricaine, prenant en compte la position de faiblesse dans laquelle se trouve la partie plaignante dans une situation de ce type, a accepté de lui venir en aide en s'appuyant sur les circonstances générales prévalant dans l'État considéré¹⁰¹. La Cour interaméricaine a ainsi considéré que le requérant pouvait se contenter d'apporter des preuves indirectes et circonstanciées, lesquelles, si elles étaient cohérentes avec les faits, pouvaient conduire à une présomption de responsabilité de l'État, à charge pour lui d'apporter la preuve du contraire¹⁰².

Dans le cas *Velasquez Rodriguez*, la Cour a conclu son raisonnement ainsi :

⁹⁶ SUDRE, *supra* note 29, p. 790 et ss.

⁹⁷ RENUCCI, *supra* note 76, p. 96.

⁹⁸ Voir, par exemple, Antonia Garcia CASTRO, « Pour une histoire officielle des "disparitions" en Amérique latine », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, 1999, p. 42-49.

⁹⁹ Voir la contribution de la Professeure Christine CERNA dans les actes du présent colloque, p.63.

¹⁰⁰ CourIDH, *Affaire Velasquez Rodriguez c. Honduras*, 29 juillet 1988. Cet arrêt est décrit par ALSTON / GOODMAN, *supra* note 2, p. 1003-1004, comme l'une des décisions les plus influentes et les plus citées de l'histoire des droits de l'homme.

¹⁰¹ CourIDH, *Affaire Velasquez Rodriguez*, *supra* note 101, § 147.

¹⁰² CourIDH, *Affaire Velasquez Rodriguez*, *supra* note 101, § 124.

« Le contexte dans lequel la disparition s'est produite et le fait que sept ans plus tard on continue d'ignorer son sort sont en soi suffisants pour conclure raisonnablement que M. Manfredo Velasquez a été privé de la vie. Cependant, même en conservant une marge minimale de doute, nous devons avoir présent à l'esprit qu'il fut livré aux mains d'autorités dont une des pratiques systématiques consistait à exécuter sans jugement les détenus et à cacher les cadavres pour s'assurer l'impunité. Ce fait, lié à l'absence d'enquête sur ce qui s'est passé, constitue une infraction à un devoir juridique du Honduras. »¹⁰³

En conséquence, la Cour interaméricaine a conclu à la violation, par le Honduras, des droits à la liberté, à la vie et à l'intégrité de M. Manfredo Velasquez¹⁰⁴.

En comparaison, la région européenne a été confrontée plus tardivement à la problématique des disparitions forcées, à partir des années 1990¹⁰⁵.

A cet égard, comme au sujet du caractère obligatoire des mesures provisoires, la Cour européenne s'est d'abord montrée assez pusillanime. Dans l'arrêt *Kurt c. Turquie*, rendu en 1998, la Cour a ainsi estimé qu'en l'absence de « preuves concrètes », il n'existait pas assez d'indices convaincants pour conclure que le fils de la requérante était décédé en cours de détention¹⁰⁶. En conséquence, dans cet arrêt, la Cour n'a retenu qu'une violation de l'art. 5 CEDH (droit à la liberté et à la sûreté)¹⁰⁷.

Par la suite, sous l'influence de la Cour interaméricaine¹⁰⁸, la Cour européenne a modifié son approche. Ainsi, dans l'arrêt *Cakici c. Turquie*, rendu

¹⁰³ CourIDH, *Affaire Velasquez Rodriguez*, supra note 101, § 188 (traduction disponible sur le site http://archives.rsf.org/article.php?id_article=4250).

¹⁰⁴ CourIDH, *Affaire Velasquez Rodriguez*, supra note 101, §§ 186-188.

¹⁰⁵ SUDRE, supra note 29, p. 312-313.

¹⁰⁶ CourEDH, *Affaire Kurt c. Turquie*, requête n° 24276/94., 25 mai 1998, § 108 : « Il faut relever à cet égard que la thèse de la requérante repose entièrement sur des présomptions tenant aux circonstances de la détention initiale du fils de l'intéressée, présomptions renforcées par l'analyse plus générale d'une prétendue pratique officiellement tolérée de disparitions s'accompagnant de mauvais traitements et d'homicides extrajudiciaires de détenus dans l'Etat défendeur. La Cour estime quant à elle que ces arguments ne pallient pas en soi l'absence d'indices plus convaincants que le fils de l'intéressée a en réalité trouvé la mort alors qu'il était en détention. Quant à l'argument de Mme Kurt d'après lequel il existe une pratique de violations entre autres de l'article 2, la Cour estime que les preuves produites par l'intéressée ne l'étaient pas. »

¹⁰⁷ CourEDH, *Affaire Kurt*, supra note 106, § 129.

¹⁰⁸ Dans l'arrêt CourEDH, *Affaire Timurtas c. Turquie*, requête n° 23531/94, 13 juin 2000, le CENTRE POUR LA JUSTICE ET LE DROIT INTERNATIONAL (CEJIL) a déposé des observations en

en 1999, la Cour a considéré qu'en vertu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, l'absence d'explication plausible des autorités sur le sort d'une personne détenue pouvait soulever une question sous l'angle du droit à la vie¹⁰⁹.

Dans l'arrêt *Timurtas c. Turquie*, rendu l'année suivante, la Cour a confirmé sa nouvelle position, en précisant que le laps de temps écoulé depuis le placement en détention de l'intéressé jouait un rôle important dans l'appréciation du cas : plus ce temps est long, plus la présomption de décès est grande¹¹⁰.

Dans le cas qui lui était soumis, la Cour européenne a tiré la conclusion suivante :

« Pour les raisons qui précèdent, la Cour est convaincue qu'Adbulvahap Timurtas doit être présumé mort à la suite d'une détention non reconnue, opérée par les forces de l'ordre. Ce décès engage donc la responsabilité de l'État défendeur. Les autorités n'ayant fourni aucune explication sur ce qui s'est passé après l'arrestation de l'intéressé et n'ayant invoqué aucun motif de nature à justifier un quelconque recours de ses agents à la force meurtrière, il s'ensuit que la responsabilité de ce décès est imputable à l'État défendeur. Il y a donc eu, de ce chef, violation de l'art. 2. »¹¹¹

Quant au Comité des droits de l'homme, il considère, lui aussi, que la charge de la preuve « ne doit pas incomber uniquement à l'auteur d'une communication, d'autant plus que les auteurs et l'Etat partie n'ont pas toujours un accès égal aux éléments de preuve, et que souvent seul l'Etat partie dispose des renseignements nécessaires. »¹¹²

La problématique des disparitions forcées illustre ainsi la manière dont un développement jurisprudentiel né dans un système de protection des droits de l'homme peut influencer d'autres mécanismes, lorsque ceux-ci se retrouvent, à leur tour, confrontés au même type de problème.

On relèvera que l'aide fournie au requérant en cas de disparition forcée, destinée à équilibrer la position de faiblesse dans laquelle se trouve le re-

tant que tiers intervenant spécifiquement dans le but d'attirer l'attention de la Cour européenne sur la jurisprudence rendue par la Cour interaméricaine. Voir *Timurtas*, §§ 79-80.

¹⁰⁹ CourEDH (GC), *Affaire Cakici c. Turquie*, requête n° 23657/94, 1999, § 85.

¹¹⁰ CourEDH, *Affaire Timurtas*, supra note 108, § 83.

¹¹¹ CourEDH, *Affaire Timurtas*, supra note 108, § 86.

¹¹² CDH, *Khaoukha Marouf c. Algérie*, communication n° 1889/2009, 21 mars 2014, § 7.3.

quéant, poursuit, comme l'obligation d'enquête et le prononcé de mesures provisoires examinés ci-dessus, le but de rendre effectifs les droits garantis¹¹³.

Conclusion

Comme les exemples examinés dans la présente contribution ont permis de le constater, la collaboration entre systèmes de protection des droits de l'homme, qu'elle provienne des textes eux-mêmes ou des arrêts rendus par leurs organes de contrôle, s'inscrit dans le souci de fournir une protection *effective* des droits garantis.

Cet objectif d'effectivité des droits se fonde parfaitement dans notre hypothèse de départ, selon laquelle les différents systèmes de protection des droits de l'homme font partie d'un tout, dont la finalité est la concrétisation et la mise en œuvre de la Déclaration universelle de 1948.

Par ailleurs, l'impression générale qui se dégage de l'examen de la collaboration entre systèmes est celle d'importantes influences réciproques ayant pour résultat, à terme, le développement de textes et de jurisprudences largement cohérents.

Enfin, cet examen fait également apparaître que, si la protection européenne des droits de l'homme est souvent considérée comme la plus « avancée », en raison de l'efficacité de son mécanisme de contrôle – la Cour européenne des droits de l'homme –¹¹⁴, les exemples abordés ci-dessus démontrent qu'il n'est pas rare, pour la Cour européenne, d'emboîter le pas à d'autres organes de contrôle.

La collaboration « vertueuse » entre systèmes de protection des droits de l'homme prend donc une forme clairement multilatérale.

¹¹³ CourEDH, *Affaire Timurtas*, *supra* note 108, § 83 : « Une telle interprétation est conforme à la protection effective du droit à la vie garanti par l'article 2, l'une des dispositions essentielles de la Convention. »

¹¹⁴ ALSTON / GOODMAN, *supra* note 2, p. 889. Voir également Thomas BUERGENTHAL, « The European and Inter-American Human Rights Court : Beneficial Interaction », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne 2000, p. 123-133.

VALENTIN ZELLWEGER*

L'importance des mécanismes régionaux des droits de l'homme pour la protection de l'individu à la lumière des expériences acquises dans le contexte européen

Introduction

Aujourd'hui encore, des voix critiques se font entendre de temps à autre pour expliquer que les droits de l'homme sont une pensée occidentale née de considérations culturelles et historiques, qui ne peut être transposée dans d'autres régions et n'est en aucun cas valable ad vitam aeternam. Dans le droit international positif, cette distanciation par rapport à l'universalité s'exprime dans les nombreuses réserves émises à l'égard des traités relatifs aux droits de l'homme qui se réfèrent en particulier à la liberté de religion et de croyance ainsi qu'à l'égalité entre hommes et femmes. Ainsi, certaines régions du monde ne se sont toujours pas décidées à assurer une plus grande efficacité des droits de l'homme garantis universellement, en concluant des traités régionaux à caractère contraignant. Or, une telle démarche serait plus appropriée que le dépôt d'un instrument de ratification à New York ou à Genève pour mettre davantage l'accent, y compris politiquement, sur l'une des préoccupations essentielles des droits de l'homme, à savoir la protection de l'individu.

Il semble donc opportun d'évoquer les expériences réalisées dans le cadre de la solution européenne et du rôle central que celle-ci accorde à l'individu. Je tiens à montrer comment le mécanisme régional des droits de l'homme mis en place en Europe a été marqué par la place particulière accordée à l'individu et a tiré profit de la reconnaissance obtenue par ce dernier. Cette place particulière tient à la création d'une communauté de valeurs crédible, fondée sur les principes de la démocratie et de l'état de droit. Au final, la place de l'individu fait même évoluer

* Directeur de la Direction du droit international public, Département fédéral des affaires étrangères

le système des droits de l'homme universels. En effet, au travers de cette prépondérance qu'elle confère à l'individu, la communauté de valeurs régionale contribue à imposer une vision universelle des droits de l'homme.

I. La place de l'individu dans le droit international

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) est un instrument régional unique en son genre: ce n'est que dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme et de la procédure de recours individuel que celle-ci introduit qu'un particulier peut saisir directement une cour internationale et participer ainsi à l'aménagement d'un espace régional des droits de l'homme.

En Europe, la reconnaissance de l'individu repose sur la Convention des droits de l'homme, indissociable du Conseil de l'Europe. Il s'agissait, après les horreurs de la Seconde guerre mondiale et du fait de la virulence de différentes idéologies totalitaires, de créer un ordre européen s'appuyant sur les valeurs de la liberté et de la démocratie. La Convention est le fruit de ces réflexions. La Convention et le développement d'une identité et d'une communauté de valeurs européennes sont donc étroitement liés. En effet, l'Union européenne, mais aussi le Conseil de l'Europe et la Convention européenne des droits de l'homme, tirent en partie leur légitimité de l'identité collective de l'Europe.

Par ailleurs, la Convention est primordiale puisque essentielle à la naissance d'une communauté de valeurs européenne et à la prise de conscience que les citoyens européens sont libres et égaux. La communauté de valeurs est tellement forte que même l'Union européenne (UE) prépare son adhésion à la Convention, afin de combler les dernières lacunes que sa protection des droits de l'homme contient en matière de valeurs fondamentales.

II. Souveraineté vs droits de l'homme

La CEDH a été créée à la suite de l'échec massif de l'Etat avant et pendant la Seconde Guerre mondiale. Elle a opté pour la neutralité apolitique et avait pour but à la fois de protéger et de contrôler l'environnement culturel et moral dans lequel évolue l'Europe. Si l'individu veut, en s'appuyant sur le droit international, faire valoir certains droits par rapport à son Etat, le système de droit international doit primer l'ordre juridique interne. L'Etat perd ainsi le droit traditionnel qu'il a de

pouvoir traiter ses ressortissants comme il l'entend. A travers les mécanismes internationaux de la procédure du recours individuel et les rapports rédigés par les pays, l'Etat est contraint en permanence de peser les intérêts. La pression exercée par les Etats parties ou les organes d'un traité a pour effet de restreindre le statut de dernière instance de l'Etat.

Dans le cas de la Convention européenne des droits de l'homme, cependant, la souveraineté de l'Etat est principalement limitée par le bas. Les victimes de violations des droits de l'homme ou leurs proches peuvent prendre leur destinée en main. En déposant une requête individuelle auprès de la CEDH, ils peuvent attirer l'attention de l'opinion publique mondiale sur leur situation. Dans le système européen de protection des droits de l'homme, l'individu peut s'opposer à l'Etat lorsque les autorités de ce dernier bafouent ses droits. Cela crée une deuxième perspective pour toute activité de l'Etat, et ne pas protéger à tout prix en priorité les intérêts directs de l'Etat, mais également les droits de l'homme de l'individu, devient une évidence. Toute activité de l'Etat doit donc être considérée, non seulement sous l'angle de la réalisation de l'objectif fixé, mais également sous celui du respect du droit de l'individu. Dorénavant, il incombe à l'Etat, sous surveillance, de veiller à protéger l'individu et à encourager son épanouissement. Cela traduit une coupure avec le paradigme de la souveraineté du droit international classique. Dans une perspective gouvernementale traditionaliste, on pourrait presque qualifier cette évolution d'anarchiste.

Le fait que l'individu peut accéder directement à une cour supranationale contribue dans une large mesure à imposer l'idée des droits de l'homme à l'échelle européenne. Le collectif est caractérisé par la procédure de recours individuel: toute action de l'Etat est contrôlée à l'aune des droits de l'homme. Une sélection de garanties fondamentales de la protection moderne et libérale des droits de l'homme est surveillée et également développée par le mécanisme de contrôle judiciaire supranational. La Cour de Strasbourg est donc une œuvre dynamique du droit constitutionnel international qui forge l'identité européenne.

Mais il ne faudrait pas oublier les défis de taille auxquels est confronté le système européen. Ces dernières années, la CEDH est victime de son succès: aujourd'hui, 120'000 requêtes attendent d'être traitées. C'est la raison pour laquelle les procédures sont de plus en plus longues et durent souvent plusieurs années. Depuis 2011, toutefois, 40'000 dossiers pendants ont été traités, l'objectif étant de combler d'ici à 2015 tout le retard pris. Les protocoles additionnels 15 et 16 visent à optimiser la procédure devant la Cour de Strasbourg et à améliorer la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de

l'homme dans les Etats parties. D'une part, le principe de subsidiarité, fondamental, est ancré dans le Préambule de la Convention; d'autre part, la CEDH pourra désormais, à la demande des plus hautes juridictions d'un Etat partie et dans des cas concrets d'application, établir des avis consultatifs sur des questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention.

Grâce à la jurisprudence de la CEDH, la Suisse a, au cours des 40 dernières années, comblé des lacunes et des retards considérables, au travers, par exemple, de l'amélioration des garanties de procédure équitable. Condamnée à plusieurs reprises par la Cour, elle a ainsi procédé à un changement urgent de son droit, lequel a par la suite été accueilli favorablement par une large base.

III. Affirmation de l'individu dans un contexte national au travers du système supranational de protection des droits de l'homme

En principe, le droit international laisse aux différents Etats le choix de la manière dont ils mettront en œuvre des traités internationaux. Il exige simplement d'eux qu'ils observent ces traités. Ce faisant, le principe de subsidiarité doit être respecté dans son intégralité. Selon ce principe, la protection des droits de l'homme, qui relève des obligations primaires de l'Etat, doit être assurée en premier lieu au niveau national. La CEDH doit déterminer dans chaque cas d'espèce la marge d'appréciation dont les autorités nationales disposent pour leurs considérations, lorsque le sujet porte sur une restriction de droits relevant de la Convention européenne des droits de l'homme. Selon cette doctrine de la marge d'appréciation, la Cour octroie aux Etats une marge de manœuvre beaucoup plus grande pour les questions morales et éthiques (comme, par exemple, son arrêt sur la présence de crucifix dans les salles de classe) que pour les autres questions. D'une certaine manière, la prise en considération du contexte national met un terme aux exigences divergentes résultant de la souveraineté de l'Etat et des garanties internationales des droits de l'homme.

Au cours des dernières années, le droit international a tellement évolué sur les plans matériel et structurel que droit international et droit national sont sur le point de devenir une unité de valeurs et d'objectifs. L'évolution des droits de l'homme, en particulier, témoigne clairement de cette tendance. L'exemple de la peine de mort illustre la portée et l'évolution de la communauté de valeurs européenne. Nous fêtons aujourd'hui le dixième anniversaire de la journée mondiale contre la peine de mort. Aucune exécution n'a plus eu lieu en Suisse depuis

1944, mais ce n'est qu'en 2000 que la peine de mort a été expressément interdite dans la Constitution. En théorie, sa réintroduction serait envisageable sur le plan juridique. Il faudrait alors dénoncer le protocole 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et adapter la Constitution. Or, une telle procédure serait tout simplement inimaginable aujourd'hui. La communauté de valeurs européenne va tellement loin que cela serait impossible, sur le plan national comme international. On peut donc tout à fait considérer l'interdiction de réintroduire la peine de mort comme un droit international contraignant à l'échelle régionale.

Conclusion

Pour résumer, on peut dire que la Convention européenne des droits de l'homme est l'un des principaux instruments permettant de mettre en œuvre des valeurs fondamentales européennes communes. Dans le cas de l'Europe, la protection des droits de l'homme instaure l'unité et crée une communauté, sans que pour autant les caractéristiques régionales en pâtissent. Contrairement à la période où l'histoire de l'Europe était marquée par les guerres, le rôle spécifique de l'individu dans le système européen des droits de l'homme est une importante conquête de notre époque. L'individu a des droits par rapport à l'Etat et contribue de manière anarchique (ou paradoxale) à l'instauration de l'unité et à la création d'une communauté.

L'Etat ne peut plus être à la fois l'auteur et le juge des violations des droits de l'homme qu'il a lui-même perpétrées. On peut parler d'extension de la séparation des pouvoirs, laquelle inclut le niveau horizontal mais aussi vertical entre l'Etat et la communauté internationale. Cette extension se traduit par un renforcement régional des droits de l'homme, lequel, à son tour, conduit à un renforcement des valeurs universelles.

GIORGIO MALINVERNI*

Nouvelles procédures européennes en matière d'asile: progrès ou recul?

I. L'affaire MSS c. Belgique et Grèce, du 21 janvier 2011

Cette affaire a trait au système d'asile en vigueur au sein de l'Union européenne (UE) et appelé système de Dublin.

Depuis le Conseil européen de Tampere de 1999, l'UE s'est en effet efforcée de mettre en place un régime d'asile européen commun. Le règlement n°343/2003 du Conseil, du 18 février 2003, prévoit que les Etats sont tenus de déterminer celui d'entre eux qui est responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée sur le territoire européen.

Le but poursuivi par cette réglementation consiste à éviter le phénomène des demandes multiples et à garantir que le cas de chaque demandeur d'asile soit examiné par un seul et même Etat.

Le principe, énoncé à l'art. 10 du règlement de Dublin, prévoit que, lorsqu'un requérant d'asile est entré irrégulièrement dans un Etat membre de l'UE en provenance d'un Etat non-membre, c'est cet Etat qui est responsable de la demande d'asile. Il incombe donc à l'Etat de l'UE dont le requérant a franchi en premier la frontière de traiter la demande d'asile.

A. Faits

Le requérant, *MMS*, était un ressortissant afghan qui avait quitté Kaboul au début de 2008. Via l'Iran et la Turquie, il était arrivé en Grèce, donc sur le territoire de l'Union européenne. Là, on prit ses empreintes digitales, et il fut mis en dé-

* Professeur honoraire à l'Université de Genève, Ancien Juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

tention pendant une semaine. A sa libération, il reçut l'ordre de quitter ce pays, sans qu'il y ait déposé une demande d'asile.

De la Grèce, il poursuivit ses pérégrinations et arriva en Belgique, pays dans lequel il présenta une demande d'asile. En application du règlement de Dublin, la Belgique demanda aux autorités grecques de prendre en charge la demande d'asile de *MSS*. Fin mai 2009, les autorités belges ordonnèrent au requérant de quitter la Belgique pour la Grèce, en précisant qu'il pourrait y présenter une demande d'asile.

Les motifs de l'ordre de quitter la Belgique tenaient à ce que, en application du règlement de Dublin, ce pays n'était pas responsable de l'examen de la demande d'asile. Cette responsabilité incombait à la Grèce.

N'ayant pas reçu de réponse des autorités helléniques dans le délai de deux mois prévu par le règlement de Dublin, les autorités belges considérèrent qu'il y avait, de la part de la Grèce, consentement tacite à la prise en charge du requérant. Entre temps, *MSS* avait interjeté recours contre la décision des autorités belges de le renvoyer en Grèce.

Le 15 mai 2009, *M.S.S.* fut mis dans un avion et renvoyé à Athènes, quand bien même le Haut Commissariat aux réfugiés (HCR) des Nations Unies avait alerté les autorités belges sur les défaillances, bien connues, de la procédure d'asile en Grèce et sur les conditions lamentables d'accueil des réfugiés dans ce pays. Pour ces raisons, le HCR avait d'ailleurs recommandé la suspension de tous les transferts de requérants d'asile vers la Grèce.

A son arrivée à Athènes, le requérant fut placé en détention à l'aéroport, enfermé dans un espace exigu, avec un accès limité aux toilettes, sans possibilité de sortir à l'air libre, peu et mal nourri.

Après sa libération, il reçut une carte de demandeur d'asile, mais il vécut dans la rue, sans moyens de subsistance, livré à lui-même.

B. Arguments des parties

Devant la Cour, *M.S.S.* invoquait, contre la Grèce, une violation de l'art. 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) (interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants) et 13 de cette même convention (droit à un recours effectif devant une instance nationale).

Contre la Belgique, il n'invoquait qu'une violation de l'art. 3 CEDH.

C. Arrêt de la Cour

Concernant la Grèce, la Cour constata premièrement une violation de l'art. 3 CEDH, en raison des conditions de détention de M.S.S. Les autorités grecques savaient en effet que le requérant était un demandeur d'asile potentiel, puisqu'il avait déjà déposé une demande d'asile en Belgique. Malgré cela, il fut mis en détention, sans aucune explication. Les conditions de sa détention ont été jugées inacceptables par la Cour. A ces conditions de détention déplorables est venu s'ajouter, pour le requérant, un sentiment d'arbitraire et d'injustice, ainsi que d'atteinte à sa dignité. L'ensemble de ces circonstances a entraîné une violation de l'art. 3 CEDH, au titre des traitements dégradants.

La Cour constata une deuxième violation de l'art. 3 CEDH à propos des conditions de vie du requérant en Grèce après sa libération du centre de rétention de l'aéroport.

Il a en effet vécu pendant des mois dans le dénuement le plus total, sans pouvoir faire face à ses besoins les plus élémentaires, comme se nourrir ou se loger.

Toujours concernant la Grèce, la Cour constata en outre une violation de l'art. 13 CEDH : les procédures d'asile en Grèce sont en effet caractérisées par des défaillances structurelles très graves. Les demandeurs d'asile n'ont pratiquement aucune chance de voir leur demande examinée sérieusement. L'article 13 CEDH, qui garantit un droit à recours effectif, a donc également été violé.

S'agissant de la Belgique, la Cour a été d'avis que les autorités de ce pays devaient être au courant des difficultés pratiques que pose le système de Dublin en Grèce.

II. L'affaire Hirsi c. Italie, du 23 février 2012

Cette affaire a trait à la coopération entre les Etats méditerranéens en matière de contrôle des migrations. Cette coopération est vivement encouragée par l'UE, comme l'attestent par exemple la Résolution du Parlement européen n°2006/2250, le Pacte européen sur l'immigration et l'asile, élaboré par le Conseil européen le 24 septembre 2008, ou encore le règlement du Conseil du 26 octobre 2004, portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'UE (FRONTEX).

A. Faits

Cette affaire concernait un groupe de 24 migrants somaliens et érythréens. En provenance de Libye, ils se dirigeaient vers l'Italie sur des embarcations de fortune. A environ 35 milles au sud de l'île de Lampedusa, les embarcations des requérants d'asile furent interceptées par des navires des Garde-côtes italiens. Les migrants furent transférés sur les navires militaires italiens et reconduits à Tripoli.

B. Arguments des parties

Devant la Cour, les migrants invoquaient une violation des articles 3 et 13 CEDH et 4 du protocole additionnel n° 4 (interdiction des expulsions collectives d'étrangers).

Le Gouvernement italien se référait quant à lui aux accords bilatéraux qu'il avait conclus avec la Libye, dans l'esprit et dans le cadre de la coopération souhaitée dans ce sens par l'UE pour maîtriser l'immigration clandestine.

C. Arrêt de la Cour

1. La question de la juridiction de l'Italie au titre de l'art. 1 CEDH

L'art 1 CEDH stipule que « les Etats contractants reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés reconnus par la Convention ». La Cour a dû commencer par se livrer à une interprétation de la notion de juridiction, car cette affaire présentait la particularité que les faits s'étaient déroulés en haute mer, et non pas sur le territoire italien. Elle a jugé qu'un navire en haute mer est soumis à la juridiction de l'Etat du pavillon. Les faits dont découlaient les violations alléguées de la Convention relevaient donc bien de la juridiction de l'Italie.

2. Les violations de la Convention constatées par la Cour

a) La Cour a constaté d'abord une double violation de l'art. 3 CEDH : la première en raison du risque encouru par les requérants de subir des mauvais traitements en Libye. En les transférant vers ce pays, les autorités italiennes les ont exposés en pleine connaissance de cause à des traitements contraires à l'art. 3

CEDH ; la seconde, en raison du risque de subir des mauvais traitements dans leur pays d'origine (Somalie et Erythrée).

Au moment de transférer les requérants vers la Libye, les autorités italiennes savaient ou auraient dû savoir qu'il n'existait pas de garanties suffisantes les protégeant du risque d'être renvoyés arbitrairement dans leur pays d'origine.

b) La Cour a également conclu à une violation de l'art. 4 du Protocole 4 (interdiction des expulsions collectives d'étrangers). A cet égard, cette affaire offrait une particularité intéressante : normalement, en effet, pour qu'il y ait expulsion, il faut que la personne expulsée se trouve sur le territoire de l'Etat qui expulse. Or, ici, l'expulsion avait été effectuée depuis la haute mer. Se trouvait-on donc en présence d'une expulsion collective ?

La Cour a donné une réponse affirmative à cette question, car toute autre interprétation de cette disposition priverait de toute protection une partie importante de migrants, ceux qui choisissent d'émigrer par la mer. Or la haute mer ne doit pas être une zone de non-droit.

Mais l'argument principal de la Cour a été le suivant : la raison d'être de l'interdiction des expulsions collectives ne réside pas tant dans le fait que l'on expulse un groupe de personnes que celui que pareilles expulsions ne permettent pas d'examiner et de prendre en compte la situation individuelle de chaque membre du groupe. C'était précisément ce qui s'était passé dans cette affaire. L'art. 4 du protocole 4 a donc été transgressé.

J'en viens à ma conclusion : les nouvelles procédures européennes représentent-elles un progrès ou un recul ?

Les deux affaires qui viennent d'être résumées montrent bien que les nouvelles mesures mises en place en Europe pour lutter contre l'immigration clandestine et la criminalité qui y est associée ne sont pas dénuées de dangers et que des violations des droits de l'homme sont susceptibles de se produire.

Le système de Dublin, qui confie une tâche énorme au premier Etat qu'atteignent les requérants d'asile, et qui se trouve être presque toujours un Etat du Sud de l'Europe, doit être revu. C'est d'ailleurs ce qui est en train de se faire. Il en va de même avec le système FRONTEX, comme l'a encore révélé avec éclat le drame de Lampedusa de septembre 2013.

MARIA VIRGINIA BRAS-GOMES*

New procedures in Europe: One Step Forward, Two Steps Back?

I. The International Background

“In the aftermath of World War I millions of people fled their homelands in search of refuge. Governments responded by drawing up a set of international agreements to provide travel documents for those people who were, effectively, the first refugees of the 20th century. Their numbers increased dramatically during and after World War II, as millions more were forcibly displaced, deported and/or resettled”¹.

Throughout the 20th century, the international community progressively adopted a set of guidelines, laws and conventions to ensure adequate treatment of refugees and protect their human rights. The process began under the League of Nations in 1921. In July 1951, the Convention relating to the Status of Refugees was adopted with the entry into force in 1954 and it was later amended by the 1967 Protocol. These documents clearly spell out who is a refugee and the kind of legal protection, social rights and other assistance measures a refugee is entitled to receive. Initially, the 1951 Convention was more or less limited to protecting European refugees in the aftermath of World War II but the 1967 Protocol expanded its scope as the problem of displacement spread around the world. These instruments remain as relevant or are even more relevant today, leading the UN High Commissioner for Refugees to launch a plea for the universal accession to both as a valid and achievable goal.

* Rapporteur of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights & Senior Social Policy Adviser in the Ministry of Solidarity, Employment and Social Security of Portugal.

¹ Special edition of the Refugees Magazine published by the United Nations High Commissioner for Refugees, in July 2011, dedicated to the 60th anniversary of the 1951 Geneva Convention on the Status of Refugees.

The development of asylum policies in the European Union and through other regional instruments that further elaborated on the definition of refugee and the responsibilities of States parties, followed suit².

In addition to the over-arching guarantee in its Article 3 that the Contracting States shall apply the provisions of the Convention to refugees without discrimination as to race, religion or country of origin, there is also the guarantee of free access to the courts of law on the territory of all Contracting States (Article 16), as well as the recognition of a number of social rights for refugees, such as the right to wage-earning employment and self-employment, housing, public education, public relief and assistance, rights at work and social security³.

The Universal Declaration of Human Rights, in its article 14, enshrines the right of everyone to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution, though it also establishes that the right cannot be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

Later core human rights instruments do not expressly recognize the rights of asylum seekers in the same manner as the Universal Declaration. However, the rights of these individuals and families do appear in different contexts, in particular in the context of non-discrimination and equal access to, and enjoyment of, all their civil cultural, economic, political and social rights, as well as in public policies for the protection and social integration of vulnerable groups.

II. The European Framework

The concern about asylum and immigration issues in the European Communities dates back to the 70's, but for a long time Member States did not wish to abdicate from their national sovereignty in dealing with these (and with other) issues.

It was only in the 90's that more significant advances in the harmonised treatment of asylum issues were made. The Convention for the Implementation of the Schengen Agreement, in June 1990, set the tone by establishing that all asylum requests had to be appreciated only once when the claimant wished to enter the

² Organization of African Unity (OAU) Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (1963); Cartagena Declaration adopted by a group of Latin American governments (1984).

³ Articles 17, 18, 21, 22, 23 and 24.

European space. In that same year the Dublin Convention was signed though it only entered into force on 1 September 1997. It established a system to determine the State responsible for examining the applications for asylum lodged in one of the Member States of the European Communities. An important provision is the principle of authorisation, under which the State which has “authorised” the entry of an asylum seeker on the territory of the Member State is responsible for examining his or her application, based on objective criteria set out in the Convention itself. The thrust of the Convention was to prevent multiple successive or simultaneous asylum claims in different Member States. Some of the limitations pointed out in the scope of the Convention are that humanitarian protection is not included; that the conditions for family reunification are too strict; and most importantly, that the difficulty of providing strong evidence of illegal entry into one of the Member States renders the Convention useless in many cases. Furthermore, the Convention enabled Member States to reject asylum requests with the sole argument that the same had already been rejected by another Member State and the authorities of the Member States used the possibility to derogate from the criteria determining responsibility to expedite the expulsion of asylum seekers⁴.

In 1992, in the Maastricht Treaty, asylum was included among the issues under the “third pillar” related to cooperation in the fields of justice and home affairs. Subsequent efforts to create harmonization commitments among Member States in relation to the right to asylum and the rights of asylum seekers and refugees were not successful and therefore there were hardly any binding regulations.

The decision to launch the Common European Asylum System (CEAS) dates back to 1999 and was a step forward in the right direction. It was intended to tackle the increasing asylum challenges at the European level and also to bring the asylum policies in line with the Schengen Agreement that had suppressed internal borders. The need for a common policy on asylum that began, in practical terms, with the Dublin Convention was further reinforced by other harmonisation instruments such as the Reception Conditions Directive and the Dublin Regulation (2003); the Asylum Procedures Directive (2005); and the Qualifications Directive for Subsidiary Protection (2011).

⁴ Agnès HURWITZ, *The 1990 Dublin Convention: A Comprehensive Assessment Abstract*, in *International Journal of Refugee Law*, Volume 11, Issue 4

The Reception Conditions Directive of 2003 sets out the minimum standards for the reception of asylum-seekers⁵. Some of the provisions deal with measures to maintain as far as possible family unity within the territory of the State; to guarantee minor children of asylum seekers and to asylum seekers who are minors access to the education system under similar conditions as nationals of the host Member State; material reception conditions to ensure a standard of living adequate for the health of applicants and capable of ensuring their subsistence; and the guarantee of necessary health care which shall include, at least, emergency care and essential treatment of illness. In short, asylum seekers waiting for a decision on their application must be provided with certain necessities that enable them to live in dignity⁶.

A new Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council recast the standards for applicants of international protection, making substantial changes to the 2003 Directive and in line with the Stockholm Programme⁷, which reiterates the commitment to the objective of establishing by 2012 a common area of protection and solidarity based on a common asylum procedure and a uniform status for those granted international protection based on high protection standards and fair and effective procedures. The Stockholm Programme further provides that it is crucial that individuals, regardless of the Member State in which their application for international protection is made, are offered an equivalent level of treatment as regards reception conditions⁸.

An example of a positive legislative change brought about by the recast Directive is the provision on employment. Whereas in 2003, Member States were given the possibility to determine a period of time, starting from the date on which an application for asylum was lodged, during which an applicant would not have access to the labour market, according to the 2013 Directive, Member States have to ensure that applicants have access to the labour market no later than 9 months from the date when the application for international protection is lodged if a first instance decision by the competent authority has not been taken and the delay cannot be attributed to the applicant.

In turn, the Asylum Procedures Directive of 2005 lays out minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status as a

⁵ The preamble (7) states that minimum standards for the reception of asylum seekers that will normally suffice to ensure them a dignified standard of living and comparable living conditions in all Member States.

⁶ Articles 8, 10, 13 and 15.

⁷ Adopted by the European Council in December 2009

⁸ Preamble (5) of the Directive 2013/33/EU.

first measure on asylum procedures. This Directive that respects the fundamental rights and observes the principles recognised in particular by the Charter of Fundamental Rights of the European Union makes an important contribution to international law as this issue was originally not regulated by the 1951 Refugee Convention. It is yet another effort of approximation of rules on the procedures for granting and withdrawing refugee status that should help to limit the secondary movements of applicants for asylum between Member States, when such movement is caused by differences in legal frameworks. The Directive covers all applications for asylum made in the territory, including at the border or in the transit zones of the Member States. Moreover, it gives Member States the possibility to apply the Directive in procedures for deciding on applications for any kind of international protection.

More recently, the Qualification Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council, recasting Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004, introduced the form of subsidiary protection, complementing the 1951 Refugee Convention, to be granted to people facing risks of serious harm. Its purpose is to set standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted. Once again, Member States have to ensure access to employment, education, social welfare, healthcare, accommodation, and integration facilities for beneficiaries of international protection⁹.

Regarding implementation, research and support instruments, the EU has also put in place several of them, such as the European Refugee Fund and the European Asylum Support Office (EASO) in Malta, which came into operation in 2011, with the main objective of providing technical and operational support to those Member States receiving large number of asylum applications. The 2006 European Commission Communication strengthened practical cooperation among EU Member States, and there is also the 2011 Communication on Enhanced intra-EU Solidarity in the field of Asylum.

Shifting now to the role of the other European intergovernmental organization, though neither the European Convention for Human Rights and its Optional Protocols nor the European Social Charter explicitly include the right to asylum, the Council of Europe has laid out migrants' and asylum seekers' rights, such as the right to respect of physical integrity and human dignity, in some conventions and various "soft law" instruments such as recommendations and resolutions in the fields of migrants and asylum and humanitarian protection have been adopted, in

⁹ Articles 26,27,29,30,32 and 34

particular by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe¹⁰. The European Court of Human Rights has handed down sentences that have a bearing on how Member States act and react in relation to asylum claims while the Human Rights Commissioner and others have called for investigations into “push-backs” of asylum seekers in territorial waters and at land borders.

By way of summing up we could affirm that the legal and institutional architecture is quite comprehensive in the European region. In the context of the EU, in spite of its harmonisation efforts, the existing legal and operational framework has not eliminated the differences in the way Member States treat asylum seekers and refugees nor does it mean that Member States do not still wish to retain control over their borders and their sovereignty.

III. New Procedures in Europe: one step forward, two steps back?

This was one of the issues under discussion in the *Workshop on Asylum and Human Rights* held during the *Colloquium on Human Rights Regional Mechanisms and Global Implementation* hosted by the University of Geneva, in October 2013. It does raise the question as to whether such procedures, irrespective of being new or not so new, are in line with the European values, and really in compliance with the human rights obligations of States towards the progressive realisation of rights of all those living under their jurisdiction, in particular the most disadvantaged and marginalised.

A snapshot of the evolution of asylum seekers and those having been granted refugee status in the EU Member States is that having peaked in 2001, the number of applications within the EU 27 fell progressively to below 200.000 by 2006. There was a gradual increase and by 2011, the number of asylum seekers reached more than 300.000 and, expectedly, the largest increase in applicants was from countries characterised by civil unrest and political change. Some 20.5 million non-EU nationals were living in the EU in 2011, which represents about 4

¹⁰ For example, Recommendations 1236 (1994) on the Right of asylum; 1237 (1994) on the Situation of asylum seekers whose asylum applications have been rejected; 1278 (1995) on Refugees and asylum seekers in Central and Eastern Europe; 1309 (1996) on the Training of officials receiving asylum seekers at border points; 1327 (1997) on the Protection and reinforcement of the human rights of refugees and asylum seekers in Europe; 1374 (1998) on the Situation of refugee women in Europe.

percent of the entire population. To compare with this figure, 250,000 to 300,000 people on average apply for asylum in the EU each year. In 2011, the vast majority were aged less than 35, while minors aged less than 18 accounted for almost one in four applicants. This is obviously a huge potential for receiving countries with unfavourable demographics, but it also urgently calls for targeted measures to ensure the enjoyment of all their human rights by these minors.

For the year 2013, nationals from the Western Balkans countries continued to represent when considered together, the largest proportion of asylum applicants, whilst the largest number of applicants from a single country of origin came from Syria¹¹. As violence plagues Syria and other countries across the region, record numbers of displaced children are seeking sanctuary in Europe, putting them at increased risk – both from the perils of the Mediterranean crossing and the uncertainty of what awaits them in host countries. Many more child refugees are expected as ‘boat season’ increases the number of people attempting to make their desperate journey¹². Yet, the European Union only took in 2.3% of all Syrian refugees in 2013.

The state of the art is that on one hand, millions of people are forced to flee from their homes as a result of conflict, discrimination, persecution due to a number of factors and violations of human rights. Moreover, the face of conflict is changing because the majority of conflicts occur as a result of internal clashes rather than wars between countries. The EU countries are still perceived by those looking for asylum, or better living conditions for themselves and their families, as potentially being able to satisfy their aspirations. However, on the other hand and at the same time, most European states have put in place restrictive policies that have reduced the number of asylum seekers being awarded the status of refugee.

Reiterating the fact that the right to seek and to receive asylum from persecution is enshrined in the Universal Declaration of Human Rights, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe has consistently voiced its concern about the climate of hostility towards refugees, asylum seekers and other persons in need of international protection in Europe due to the restrictions introduced in immigra-

¹¹ Asylum Trends Snapshot March 2014. European Asylum Support Office.

¹² UNICEF Statement to celebrate World Refugee Day, on 20 June 2014, calling on governments to provide child refugees with the same care, services, dignity and protection as all other children since through no fault of their own, these (refugee) children have already lived through trauma beyond the ability of most people to endure; when they seek a safe haven, they should receive exactly that.

tion and asylum policies and practices in Member States with a view to substantially reducing the number of refugees and asylum seekers on their territory.

These restrictions are reflected and amplified in the ever more intensive efforts by the European Union to harmonise the asylum and immigration policies and practices of its member and applicant states¹³ and have a threefold impact - on entry into European territory; on the nature, complexity and length of procedures for the consideration of applications by those who do enter European territory; and on the final decision to grant refugee status often based on a restrictive interpretation of international refugee law.

Interestingly, all EU Member States are parties to both the fundamental UN Covenants, of civil and political rights, and economic, social and cultural rights that ensure protection for everyone living under the jurisdiction of the State party. So, irrespective of EU legislation, or over and above such legislation, they are expected to fulfil their core and progressive realisation obligations of guaranteeing protection to asylum seekers and refugees that are amongst the most vulnerable groups.

While recognizing the universality, indivisibility, interdependence and inter-relatedness of all human rights, I now wish to focus on my experience as a member of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights to highlight some of the implementation gaps in European countries.

In its dialogue with these countries at the time of consideration of the national reports on the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Committee has been able to identify some recurrent issues in terms of insufficient respect, protection and fulfilment of the rights of asylum-seekers, refugees and internationally displaced persons¹⁴.

In the first place, in most Member States, asylum procedures take a long time and during that time asylum seekers' lives are almost frozen till a decision is made. At times, deterrent measures are taken with the result that the life of asylum seekers awaiting a decision on their status becomes rather uncomfortable. It is true that some Member States of the EU have taken steps to shorten waiting

¹³ Recommendation 1440 (2000) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on Restrictions on asylum in the Member States of the Council of Europe and the European Union.

¹⁴ Some of these implementation gaps also relate to undocumented and documented migrants and their families but this group has not been considered within the scope of this contribution.

periods and provide better living conditions during the time the claim is being processed, but it is still one long difficult period for asylum seekers.

The granting of refugee status is also being subject to more stringent conditions, including a more restrictive interpretation of the term refugee¹⁵. Reception centres are insufficient in number and facilities to provide the material reception conditions required by the 2013 Reception Conditions Directive, in part due to the limited capacities of social welfare services in places where asylum centres are located.

Once a candidate has been granted refugee status, he/she is entitled to at least basic protection. But when it comes to asylum seekers, it is very much a grey area, because they are not allowed to work; access to health and housing is not guaranteed; and even access to social assistance which is basically a safety net is not guaranteed either. In limited cases, they can have access to employment in certain activities during asylum proceedings or be eligible to obtain work permits for vocational training in areas where there is a shortage of trainees¹⁶.

Some EU Member States have improved the subsidiary protection framework by extending the access of claimants to basic services¹⁷.

A recurrent theme in the dialogue between the Committee and the States is the absence of an adequate social integration programme for refugees and /or internally displaced persons. These two groups often share the same obstacles in the access to, and enjoyment of, their economic, social and cultural rights, all the more now that so many conflicts are within national territorial borders, because they do not have access to comprehensive integration nor to language and skills building programmes. They are often invisible in national action plans and public policies for the implementation of human rights and their personal and profes-

¹⁵ See CESC Concluding Observations on asylum-seekers, refugees and internally displaced persons to Serbia, where only a very few asylum seekers have been recognized as refugees although the majority of them come from refugee producing countries. The Committee has recommended to the State Party to enact necessary by-laws and adopt other measures, including training to migration officers as well as safeguards of independence of the Asylum Office, to ensure the full implementation of the Law on Asylum of 2008 and to guarantee a fair and efficient asylum procedure, in particular the protection against *refoulement* E/C.12/SRB/CO/2, 23 May 2014.

¹⁶ See CESC Concluding Observations to Austria E/C.12/AUT/CO/4, 13 December 2013.

¹⁷ See CESC Concluding Observations to Lithuania where the Committee has welcomed the fact that persons with subsidiary protection have been granted access to healthcare and social assistance based on the same conditions as nationals, following amendments to the Law on Cash Social Assistance for Poor Residents in January 2012 and the Health Insurance Law No. XII-526 in October 2013.

sional capacities are hardly used to the benefit of the wider communities. The Committee has often recommended to States parties that all necessary measures be taken to guarantee asylum seekers' right to an adequate standard of living by facilitating their access to social assistance benefits, ensuring adequate housing conditions as well as access to basic education and healthcare services¹⁸.

Conclusion

In an overall assessment of the steps undertaken so far under the European framework, one can rightly consider the effort to consolidate the CEAS as an important contribution to international refugee law. It is a good example of so many countries working jointly to align their laws and policies in an area so close to the core of state sovereignty. However, striking differences remain that are particularly visible in the case of persons fleeing indiscriminate violence, pointing to an inconsistent interpretation of existing legislation, in particular the Qualification Directive, that needs to be addressed perhaps through more of a change in the understanding of intra-EU shared responsibilities and practical cooperation among Member States and countries of origin of asylum seekers than of further legislative amendments.

In order to be true to the European ideals the CEAS must provide adequate protection for those in need, who are on the run or at risk, and this is not compatible with the considerable pressure that has been put on border-states to exercise better control on the external border of the EU, leading, at times, to expulsion from the border-states to neighbouring countries where the system of refugee recognition is often faulty or they may even be subject to human rights violations. The growing complains inside and outside the EU that its refugee policy is marked by a lack of solidarity and that it is not understood as a common project between the central states and the border-states, in part due to fact that the responsibility of dealing with refugees lies with the first Member State the

¹⁸ See CESC Concluding Observations to Bulgaria recommending to the State party the reinforcement of its National Programme for the Integration of Refugees throughout its territory, including through the implementation of language training courses more adapted to the persons in need, of social orientation and vocational training programmes, and providing special attention to vulnerable persons, including older persons and persons with disabilities E/C.12/BGR/CO/4-5, 11 December 2012.

refugee arrives in, merit serious consideration. Shared responsibility among EU Member States including through relocation of refugees will significantly help countries like Malta and Italy to cope better with the demands they face as an entry point to the European space and with having to deal with a multi-faceted inflow that calls for a variety of responses¹⁹. There is also the need for increased co-ordination of asylum and immigration policies between the EU and the Council of Europe member states who are not members of the EU, so as to avoid the negative consequences of restricting EU responsibilities and/or pushing them on to neighbouring non-EU countries.

The EU has played an important role with respect to asylum and resettlement issues inside and outside the Union, as we have witnessed along the years. EU law and practice influence the development of refugee protection mechanisms in other countries. The continued engagement of the European Union with third countries and the significant investments in capacity-building at its Eastern border and in the Western Balkans has been expressly recognized by the UNHCR. But, as also highlighted by the same international agency, political will to ensure that asylum-seekers and refugees are treated with full respect for their fundamental rights appears to be lacking particularly when asylum-seekers and refugees are returned under the terms of EU readmission agreements²⁰.

In fact, the external dimensions of EU migration and refugee policy need to be considered as a dynamic policy field that can either strengthen its image or further contribute to the notion of lack of solidarity. It is in the interest of the EU to engage further with the countries of origin of those that seek asylum in the EU in greater numbers in order to help them protect their citizens against all forms of discrimination and persecution and address social and economic exclusion. Prevention is as important if not even more important than reparation and investments in cross-border and/or development cooperation to support the formulation and implementation of adequate public policies rather than on time-bound projects and social safety nets as an end in themselves in many of these countries will certainly help them to better correspond to the legitimate aspirations of peace and well-being of all those living under their jurisdiction.

The new Asylum Procedures Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council on common procedures for granting and withdrawing

¹⁹ See UNHCR's Recommendations on important aspects of refugee protection in Italy, July 2013.

²⁰ UNHCR. Office for Europe. Recommendations to Poland for its EU Presidency (July-December 2011).

international protection that will enter into force in July 2015 establishes common standards of safeguards and guarantees to access a fair and efficient asylum procedure. Its purpose is to create a coherent system in which all Member States will examine applications with a common high quality standard and with faster and more efficient procedures. It takes European harmonization one step forward, but it allows for an opening for “accelerated” or “border” procedures for cases that are not likely to be well-founded. Like in all other similar situations, the danger of reduced safeguards and an overly broad interpretation of the grounds for considering a claim as not well-founded call for objective and well-defined criteria for access to justice, if we do not wish to go two steps back.

In the follow-up to the Qualification Directive, entitlements of subsidiary protection beneficiaries need to be aligned more closely with those of recognized refugees facilitating their integration in the host community and society to the benefit of all those concerned. This is all the more important because in addition to providing individuals with a sustainable solution, it also makes a major contribution to social cohesion and helps to reduce secondary migration.

There has always been a certain tension between respect for human rights that the EU postulates as one of its fundamental values and internal security concerns. In more recent years this tension has been compounded by yet another factor and that is the decrease in social spending which has significantly affected public policies for health, social security, education and housing thereby increasing economic and social exclusion.

The present CEAS, in its most recent version of June 2013, integrating the revised Asylum Procedures Directive, the revised Reception Conditions Directive, the revised Qualification Directive, the revised Dublin Regulation and the revised EUODAC Regulation, has benefited from the assessment of how previous Directives and Regulations have dealt with a number of issues related to the content and the procedures for the implementation of the rights of asylum seekers and refugees. To what extent the fundamental thrust of the 2013 framework - fairer, quicker and better quality asylum decisions, and hopefully decisions that respect human rights principles and standards – will be materialized remains to be seen.

Will the system really turn out to be as fair and solidarity-based as intended? Will tragedies like the one that happened in Lampedusa in October 2013 become a thing of the past?

Will it be an important expression of collective commitment if, irrespective of the fact that all EU Member States are individually States Party to the 1951 Geneva

Convention and to the 1967 Protocol, the EU accedes to both instruments, in response to the appeal of the UNHCR?

Unfortunately we are not able to see today what only the future will unveil. All we can do is to hope that Europe will not disappoint all those to whom it means a space and a time for physical integrity, economic and social well-being, and cultural freedom and diversity.

CHRISTINA M. CERNA *

Enforced Disappearances: Lessons from Latin America

It is said that Latin America invented “enforced disappearances.” Whether it did or not, it spread like a scourge throughout the region for decades. In an “enforced” or “forced disappearance” the victim does not simply vanish, but the disappearance takes place when a person is abducted by state agents who then deny that s/he is in their custody, with the intent of placing the victim outside the protection of the law. The *modus operandi* of an enforced disappearance has the following characteristics: first, “selection of the victim; second, arrest of the individual; third holding the victim at a detention site or possible transfer to another detention center; fourth, interrogation; fifth, torture and processing of the information obtained; sixth, the decision to eliminate the victim; seventh, the physical elimination; and eighth, the concealment of the victims’ remains.”¹ A “forced disappearance” is considered a more sinister crime than an extrajudicial execution because of the climate of anguish the state of uncertainty about the victim’s whereabouts creates. As the Inter-American Court of Human Rights (Inter-American Court) noted in its first merits decision:

Disappearances are not new in the history of human rights violations. However, their systematic and repeated nature and their use not only for causing certain individuals to disappear, either briefly or permanently, but also as a means of creating a general state of anguish, insecurity and fear, is a recent phenomenon. Although this practice exists virtually worldwide, it has occurred with exceptional intensity in Latin America in the last few years.²

* Christina M. Cerna was employed with the Organization of American States from January 1979 to the end of December 2011 when she retired as Principal Specialist with the Inter-American Commission on Human Rights.

¹ I/A Court H.R., *Anzualdo-Castro v. Peru*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of September 22, 2009, Series C No. 202, para. 49.

² I/A Court H.R., *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, Merits, Judgment of July 29, 1988. Series C No. 4, para. 149. Also compare Judge Antonio Cançado Trindade: “The facts of the *Case of Goiburú et al.* are extremely serious and fall within the framework of ‘Operation Condor,’ which characterized an era of the most brutal repression and evil in the entire history of Latin America in general and of the Southern Cone in particular.” Separate Opinion

I. The Organization of American States and Forced Disappearances

The Organization of American States (OAS), the oldest regional organization in the world, on November 18, 1983, resolved “To declare that the practice of forced disappearance of persons in the Americas is an affront to the conscience of the hemisphere and constitutes a crime against humanity.”³ The OAS was the first supranational body to consider forced disappearance an international crime when it adopted the “Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons” (“Forced Disappearance Convention”) on June 9, 1994 in Brazil.⁴ The OAS Forced Disappearance Convention defines a forced disappearance as:

... the act of depriving a person or persons of his or their freedom, in whatever way, perpetrated by agents of the state or by persons of groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the state, followed by an absence of information or a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the whereabouts of that person, thereby impeding his or her recourse to the applicable legal remedies and procedural guarantees.⁵

Under Article I of the OAS Forced Disappearance Convention states undertake to “prevent, punish and eliminate” forced disappearance, to criminalize the act or the attempt to commit the act as well as to criminalize the acts of their accomplices and accessories. The Convention prohibits states from considering the crime a political offense and it is, therefore, not subject to extradition. In recognition of the fact that police and military are frequently the perpetrators of the offense, the Convention provides that the defense of due obedience to superior orders shall not be admitted and that the crime of forced disappearance may be not be tried in military courts but only in criminal courts of ordinary jurisdiction. The acts constituting forced disappearance shall not be deemed to have been committed in the course of military duties and shall not be subject to statutes of limitations. Since detention is a crucial element of a forced disappearance, the Convention provides that the state shall maintain “official up-to-date registries of their detainees” and shall make them available to those with a legitimate interest. States shall also assist each other in the identification, location and return of

of Judge A.A. Cançado Trindade in I/A Court H.R., *Goiburú et al. v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of September 22, 2006, Series C. No. 153, para. 3.

³ OAS General Assembly Resolution AG/RES.666 (XIII-0/83).

⁴ The Inter-American Convention on forced Disappearance of Persons entered into force on March 28, 1996.

⁵ *Id.*, Article II.

minors who have been removed to another state or detained there as a consequence of the forced disappearance of their parents.

In addition, the OAS Forced Disappearance Convention provides an interesting legal basis for the Inter-American Commission's practice of issuing precautionary measures, a practice, which has been contested by those who argue that the Commission has no legal basis granting it the competence to issue precautionary measures. The Inter-American Court of Human Rights, on the other hand, is authorized by Article 63(2) of the American Convention on Human Rights (American Convention) to issue "provisional measures," or measures taken in serious and urgent cases to prevent irreparable harm to persons. The counterpart measures, "precautionary measures," are issued by the Inter-American Commission on Human Rights, not pursuant to the American Convention, which does not mention them, but pursuant to Article 25 of the Commission's Rules of Procedure.⁶ Article XIII of the OAS Forced Disappearance Convention, however, provides that the processing of petitions alleging the forced disappearance of persons presented to the Inter-American Commission shall be subject to the procedures established in the American Convention and to the Statute and Regulations of the Commission and Court, "including the provisions on precautionary measures." It could be argued that Article XIII gives the Inter-American Commission an autonomous legal basis for the issuance of precautionary measures.⁷

The Preamble of the OAS Forced Disappearance Convention reaffirms that "the systematic practice of the forced disappearance of persons constitutes a crime against humanity." This provision was echoed in Article 7 of the Rome Statute, which entered into force on 1 July 2002, which provides that an "enforced disappearance," when committed as part of a widespread or systematic attack directed at any civilian population, is a "crime against humanity", which is not subject to any statute of limitations and falls under the jurisdiction of the International Criminal Court. The United Nations' "International Convention for the Protection

⁶ Approved by the Commission at its 137th regular period of sessions, held from October 28 to November 13, 2009, and modified on September 2nd, 2011 and during the 147th Regular Period of Sessions, held from 8 to 22 March 2013, for entry into force on August 1st, 2013.

⁷ There are those who argue that only the Court has the competence to issue "provisional" measures and that the Commission ought to request the issuance of such measures from the Court in serious and urgent cases when there is danger of irreparable harm to persons, rather than to issue "precautionary" measures itself, authorized only by the Commission's Rules of Procedure. I have always maintained that the Commission's competence to issue "precautionary" measures derives from the Court's conventional (i.e. American Convention) competence to issue "provisional" measures, because if the subject matter of the case is eliminated at the Commission stage of the proceedings then the subject matter of the case is mooted and there would be no purpose in moving the case forward to the Court.

of All Persons from Enforced Disappearance” (UN Enforced Disappearance Convention”) was adopted 12 years after the OAS Convention, by the United Nations General Assembly on 20 December 2006, and entered into force on 23 December 2010. The UN Enforced Disappearance Convention also affirms in its Preamble that given the extreme seriousness of an enforced disappearance that in “certain circumstances” it constitutes a crime against humanity. In Article 2, the UN Enforced Disappearance Convention defines the crime concisely as:

. . . . the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law.

The UN Enforced Disappearance Convention tracks many of the provisions of the earlier OAS Convention and given the benefit of time, further elaborates a number of guarantees, such as, for example, the victim’s right to truth and right to reparations.

II. History of Enforced Disappearances in Latin America

There are many examples of “enforced disappearances” in Latin America. The term was first employed with regard to persons who were systematically “disappeared” during the Guatemalan civil war during the period 1962-1996. The Historical Clarification Commission, established by the Oslo Peace Accords in 1994, estimated that over 200,000 persons were killed during the 34 year armed conflict and that 83% were of indigenous Mayan descent. The victims of that armed conflict were either arbitrarily executed or, approximately 45,000, were victims of “enforced disappearance.” In 2004, the Guatemalan Government, in the *Plan de Sanchez Massacre* case,⁸ involving the killing of 260 Mayans in 1992 in Baja Verapaz, Guatemala, acknowledged its responsibility for genocide before the Inter-American Court of Human Rights. It should be noted that the current Guatemalan Government has not followed this important precedent of accepting responsibility for a predecessor regime’s human rights violations.

⁸ I/A Court H.R., *Plan de Sanchez Massacre v. Guatemala*, Merits, Judgment of April 29, 2004, Series C No. 105.

Latin America, during the 1960s, 70s and the early 80s, was characterized by governments comprised of military dictatorships that fought “dirty wars” against insurgent groups that sought their overthrow. These internal armed conflicts resulted in thousands of enforced disappearances and killings. The Rettig report, for example, in February 1991, concluded that 2,239 persons were forcibly “disappeared” in Chile, of a total 3,000 persons killed; similarly the Sabato Commission report concluded that 8,960 persons had been “disappeared” in Argentina between 1976 - 1983, of an estimated total 30,000 killed. The Commission for the Truth in El Salvador, established by the 1992 Chapultepec Peace Accords, estimated that 5,500 persons were “disappeared” during the Salvadoran civil war, although non-governmental organizations estimated more than 8,000.

In 1993, Dr. Leo Valladares Lanza, the National Commissioner for the Protection of Human Rights in Honduras and former member of the Inter-American Commission on Human Rights, undertook, on his own initiative, to report on disappearances in Honduras during the period 1980-1993. Valladares concluded that disappearances were widespread and systematic from 1982-1984 and the report detailed 179 disappearances that had been carried out between 1979 and 1990. On August 23, 2003 the Truth and Reconciliation Commission (established in Peru after President Fujimori fled, June 2001 to August 2003) presented its report to President Toledo, which chronicled the approximately 69,280 dead and disappeared during the 1980-2000 armed conflict between the State and the ‘Shining Path’ (*Sendero Luminoso*) and the ‘MRTA’ (*Tupac Amaru Revolutionary Movement*) armed movements, and as of September 30, 2012, the National Search Commission in Colombia listed more than 75,000 disappearances since the decades-long internal armed conflict began. In February 2013, the Mexican Ministry of the Interior released an official list of names of the 26,000 who had “disappeared” in Mexico since 2006.

III The Inter-American Court of Human Rights and Forced Disappearances

The phenomenon of “enforced disappearances” was so prevalent in Latin America that after the American Convention on Human Rights entered into force and the Inter-American Commission on Human Rights had to decide which cases to take as the first cases before the Inter-American Court, it decided to take three “forced disappearance” cases dealing with Honduras. Most people who study

international human rights law and, in particular, regional systems, know about the *Velasquez Rodriguez* case⁹, but they don't necessarily know about the two companion cases, the *Godinez Cruz* and the *Fairen Garbi and Solis Corrales* cases.¹⁰ The Commission won the first two cases, *Velasquez Rodriguez* and *Godinez Cruz*, but lost the third, *Fairen Garbi and Solis Corrales*.

On April 24, 1986, the Inter-American Commission filed all three cases against Honduras with the Inter-American Court. The Court, created in 1979, had been frustrated waiting for seven years for the Commission to provide it with its first contentious case.¹¹ The Court was empowered by the American Convention to issue "legally binding" judgments, whereas the decisions of the Commission were not considered "legally binding" although states are obliged to comply with them in good faith.

Since there was no precedent, the Inter-American Commission did not know how this new Inter-American Court would function. Would the Court act as a kind of appellate court reviewing the Commission's application of the American Convention to the facts, or would it be a kind of trial court, with the state in the dock of the accused, with witnesses and experts testifying? The only model was the European Court of Human Rights, which functioned as a kind of appellate court that reviewed the European Commission's application of the European Convention to the facts of the case. But the Americas were not Europe and the Inter-American Court chose not to follow the European model. The Court transformed itself into a kind of trial court with the state as the accused and the Commission in the odd role as the defender the victim; odd because the Commission had been the quasi-judge of the matter in the prior proceedings before it. The victim's lawyers were termed "advisers" to the Commission in the proceedings before the Inter-American Court, an inconvenient procedure that eventually was changed by the Court in order to recognize the real parties to the dispute: the victim and the state, --at which time the Commission assumed the role of the guarantor of the system. Unlike in the European Court of Human Rights, the state could only be the petitioner/plaintiff before the Inter-American Court if it

⁹ I/A Court H.R., *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, Merits, supra note 3.

¹⁰ I/A Court H.R., *Godinez Cruz v. Honduras*, Merits, Judgment of January 20, 1989, Series C No. 5; *Fairen Garbi and Solis Corrales*, Merits, Judgment of March 15, 1989, Series C No. 6.

¹¹ Pursuant to Article 61 of the American Convention provides that only the states parties and the Commission are empowered to submit cases to the Inter-American Court.

brought the case to the Court itself, which states, for political reasons, are reluctant to do¹².

How to prove an “enforced disappearance”? The very nature of a disappearance is that there are no traces left behind, a crime without the evidence necessary to solve it. At the time of these first cases, -1986 to 1989-, there were no international conventions that defined and criminalized “enforced disappearances.” In presenting the facts of the three Honduran cases, the Commission sought to demonstrate that the state engaged in a practice of enforced disappearances during the period in question (1981-1984), that the victim had been detained by a state agent and that the state failed to carry out a credible investigation of the disappearance.

In the *Fairen Garbi and Solis Corrales* case¹³, the Inter-American Commission lost the case because it could not prove that the two Costa Rican nationals had been detained in Honduras and since proof of the detention was a condition *sine qua non* for establishing that an enforced disappearance had occurred, it was unable to establish a link between the detention and the pattern of enforced disappearances. The Commission *could* prove the detentions in the *Velasquez Rodriguez* and *Godinez Cruz* cases and, consequently, it could establish the necessary link between the detentions and the state practice of enforced disappearances.

The Inter-American Court established that the state’s obligation “to ensure” human rights, which is set forth in Article 2 of the American Convention:

. . . implies the duty of the States Parties to organize the governmental apparatus and, in general all the structures through which public power is exercised, so that they are capable of juridically ensuring the free and full enjoyment of human rights. As a consequence of this obligation, the States must prevent, investigate and punish any violation of the rights recognized by the Convention and, moreo-

¹² Costa Rica, the seat of the Court, brought an unusual case against itself in order to bypass the Commission and to generate work for the Court. Pursuant to the procedure, the case must be heard and decided first by the Commission and if the state fails to comply with the decision and recommendations in the Commission’s decision, the Commission will take the case to the Court. Predictably, the Court in the case presented by Costa Rica had to declare it inadmissible for skirting the procedure before the Commission and it was remanded to the Commission for the appropriate proceedings. See I/A Court H.R., Resolution of July 22, 1981 in the *Matter of Viviana Gallardo*, Series A, No. 101.

¹³ I/A Court H.R., *Fairen-Garbi and Solis-Corrales v. Honduras*, Merits, supra note 11, para. 158.

ver, if possible attempt to restore the right violated and provide compensation as warranted for damages resulting from the violation.¹⁴

As a consequence of these early judgments of the Inter-American Court, it was established that the state had the obligation to “prevent, investigate and punish” any violation of the rights recognized by the Convention. The scope of these obligations would be developed over time.

The Inter-American Court in *Velasquez Rodriguez* and *Godínez Cruz* combined the violation of three human rights to define the composite crime of forced disappearance since, in 1988, the crime, as such, was not yet defined in the inter-American system. The kidnapping was considered an arbitrary deprivation of liberty in violation of Article 7 of the American Convention; similarly, the prolonged isolation and deprivation of communication was found to have violated Article 5 on cruel and inhuman treatment; and third, the secret execution of the victim, without trial, and following concealment of the body, violated the right to life, set forth in Article 4. Each of these articles was read in conjunction with Article 1(1) of the Convention, pursuant to which the states parties are obliged “to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise” of the rights and freedoms set forth. The Inter-American Court always found these three violations, --life, liberty and physical integrity, -- in the many subsequent forced disappearance cases.

The Inter-American Court also blazed a new path in stating that Honduras was required “to pay fair compensation” to the relatives of the victim.¹⁵ The evolution of a complex and complete jurisprudence on reparations evolved from this first case.

A. Jurisdiction *ratione temporis*

In the 1980s and 1990s, as Latin America gradually transitioned from military to civilian rule, one of the first acts of these newly democratized governments was to become a state party to the American Convention on Human Rights, indicating the government’s intention to respect human rights in the future and to guard against the return of military rule. Some states that had engaged in “dirty wars” sought to shield themselves from complaints from petitioners who had suffered human rights violations during this period by ratifying the American Convention with a declaration temporally limiting the Inter-American Court’s competence. A

¹⁴ I/A Court H.R., *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, Merits, supra note 3, para. 166.

¹⁵ *Id.*, para. 194(5).

typical declaration upon a state's recognition of the compulsory jurisdiction of the Court read as follows: "To accept the competence of the Inter-American Court of Human Rights for an indefinite period of time, such competence being general in nature, under terms of reciprocity and with the reservation that *cases in which the competence of the Court is recognized are exclusively those that shall have taken place after the date that this declaration is presented to the Secretary General of the Organization of American States*" (Emphasis added).¹⁶

These declarations were in accord with the principle of the non-retroactivity of international treaty obligations set forth in Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.¹⁷ Chile, for example, was even more cautious and specific; the government included the following in its "Recognition of Competence," it stated: "In making these declarations, *the Government of Chile places on record that this recognition of the competence and jurisdiction of the Commission applies to events subsequent to the date of deposit of this instrument of ratification, or, in any case, to events which began subsequent to March 11, 1990.*" Chile returned to an elected, democratic form of government on March 11, 1990 and clearly intended matters relating to the Pinochet regime to be outside the jurisdiction of the inter-American system for the protection of human rights.

How then, did the Inter-American Commission and Court reach back in time, in the face of the prohibition on the non-retroactivity of treaty obligations, and deal with cases that occurred during these dirty wars and that dealt with events that occurred before the states accepted the compulsory jurisdiction of the Inter-American Court?

B. The Case of *Blake v. Guatemala*

In the *Blake* case, for example, Nicholas Blake, a US citizen, residing in Antigua, Guatemala, was detained by the military and killed in March 1985. Since Guatemala had not accepted the jurisdiction of the Inter-American Court until March 9, 1987, the arbitrary detention and murder of Blake were acts that were consummated prior to Guatemala's acceptance of the Court's jurisdiction. Before the Inter-American Court, Guatemala argued that the Court lacked competence

¹⁶ Recognition of Competence by Guatemala. Similar statements upon ratification or accession were made by Argentina, Brazil, Chile, El Salvador, Mexico, Nicaragua and Paraguay.

¹⁷ Article 28 provides: "Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party."

ratione temporis to rule on the detention and death of Nicholas Blake. The petitioners argued that the lack of competence *ratione temporis* did not apply to “continuous crimes” and that Blake was disappeared from March 28, 1985, the date of his arrest, until June 14, 1992, when his remains were discovered.¹⁸ The Court observed that Blake’s death “occurred during his forced disappearance” and was an act that was completed, “according to testimonial evidence and the death certificate” on March 28 or 29, 1985, before the date on which Guatemala accepted the compulsory jurisdiction of the Court and consequently the Court was not competent to rule on a violation of the right to life provision (Article 4) of the American Convention.¹⁹ Blake had been murdered by Army officials who then covered up their crime. The Inter-American Court ruled that it had no competence over the detention and murder since these acts were finite and consummated in 1985, but that the subsequent “effects and acts,”²⁰ which occurred after March 9, 1987, the date of Guatemala’s acceptance of the Court’s jurisdiction and which were the consequence of the disappearance, remained within its jurisdiction.²¹

In Judge Antonio Cancado Trindade’s separate Opinion on the Preliminary Objections in the *Blake* case, he suggested that once the remains of the disappeared persons are found then the failure to conduct a complete and competent investigation constituted violations of rights (due process – Art 8, and access to justice –Art 25) under the American Convention:

Inasmuch as cases of enforced disappearance have been characterized by the denial of responsibility on the part of the public authorities and the resulting impossibility of obtaining justice and reparation, leading to a situation of impunity

¹⁸ The Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, adopted on June 9, 1994, in Article III provides: “This offense shall be deemed continuous or permanent as long as the fate or whereabouts of the victim has not been determined.”

¹⁹ I/A Court H.R., *Blake v. Guatemala*, Merits, Judgment of January 24, 1998, Series C No. 36, para. 86.

²⁰ I/A Court H.R., *Blake v. Guatemala*, Preliminary Objections, Judgment of July 2, 1996, Series C No. 27, para. 46.

²¹ Cf. *Serrano Cruz Sisters v. El Salvador*, Preliminary Objections, Judgment of November 23, 2004, Series C No. 118, paras. 78-79, in which the forced disappearance of the sisters occurred in 1982 and El Salvador accepted the compulsory jurisdiction of the Court in 1995. As in *Blake*, the Court considered the forced disappearance, which occurred prior to 1995, to be outside its jurisdiction. Also see *Heliodoro Portugal v. Panama*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of August 12, 2008, Series C No. 186, para. 103, where the death of the victim occurred 19 years prior to Panama’s acceptance of the Court’s jurisdiction and the *Ticona-Estrada et al. v. Bolivia*, Merits, Reparation and Costs, Judgment of November 27, 2008, Series C No. 191, paras. 15 and 23, where the death of the victim occurred 13 years prior to Bolivia’s acceptance of the Court’s jurisdiction.

and to the defenselessness of the victims, both direct (the “disappeared”) and indirect (their relatives), neither can forced disappearance be dissociated from violations of other rights, also protected in treaties such as the American Convention, namely, e.g., the right to simple and prompt recourse to a competent national court or tribunal (Article 25) and the right to a fair trial by an independent and impartial tribunal (Article 8). In reality, only after discovery of the whereabouts of a disappeared person has it been possible to determine whether those and other rights have been violated. This we know from the experience on the matter of the international organs of protection of human rights, starting with the need to consider a case of disappearance in an integral manner, comprising its multiple aspects.²²

Guatemala had submitted and argued that Blake’s death was a common crime and not a disappearance. In its merits decision in the *Blake* case, the Inter-American Court concluded, however, that Blake’s death occurred during his disappearance but that the obstruction of justice had “effects” up to 1998 (the date of the judgment) since Mr. Nicholas Blake’s murder and the case were still pending in the domestic courts:

The Commission pointed out that the ordinary courts in Guatemala lacked competence to try army personnel and that *habeas corpus* proceedings were ineffective. The prosecutors and judges who were investigating grave human rights violations received constant threats against their lives and those of their relatives. Moreover, it pointed out that as a result of the climate of impunity generated by the deficiencies of the judicial system that existed in Guatemala at the time of Mr. Nicholas Blake’s disappearance, the victims’ relatives lacked access to prompt and effective judicial recourse since Guatemala, through its agents’ repeated actions, abducted and disappeared Mr. Blake to allow the crime committed to go unpunished. The Guatemalan authorities obstructed the investigations which sought to shed light on the victim’s death and disappearance.²³

The “effects” of the obstruction of justice resulted in the denial of Mr. Nicholas Blake’s relatives to have his disappearance and death effectively investigated by the Guatemalan authorities and to have those responsible prosecuted for committing said unlawful acts; to have the relevant punishment, where appropriate, meted out; and to be compensated for the damages and injuries they sustained. This denial of due process, in the ruling of the Inter-American Court, constituted a violation of Article 8 of the American Convention. Since Blake’s relatives never

²² Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, *Blake v. Guatemala*, Preliminary Objections, supra note 21, para. 3.

²³ I/A Court H.R., *Blake v. Guatemala*, Merits, supra note 20, para. 94.

initiated a judicial action in the Guatemalan courts, the Inter-American Court held that there was no violation of judicial protection, pursuant to Article 25 of the American Convention.

C. The Case of the *Serrano Cruz Sisters v. El Salvador*

In the case of the *Serrano Cruz Sisters v. El Salvador*, the Inter-American Court termed the “acts and effects” that obstructed the investigation of the disappearance of the sisters to be violations of Articles 8 and 25 of the American Convention. The Court termed these acts and effects “independent facts”, independent of the fact of the forced detention and disappearance that can constitute “specific and autonomous” violations concerning denial of justice after the recognition of the Court’s jurisdiction.²⁴ Yet the right to have the disappearance and death investigated by an impartial, independent judicial proceeding was hardly an act “independent” of the forced disappearance, for what else were they investigating but the forced disappearance?

In many of the succeeding cases, the Inter-American Commission and Court relied on Articles 8 and 25 as the vehicle by which to take jurisdiction over a case that reached back to an event during the internal armed conflict. Even if the organs of the inter-American system could not reach back and deal with the violations of torture and killing during the dirty war, it could make a case of the fact that the state had failed to investigate the whereabouts of the disappeared person, who in the interim had surely been killed. The failure to investigate and not the abduction, torture and killing, became the gravamen of the case.

Although the nature of the forced disappearances cases did not change and the *modus operandi* of a forced disappearance was essentially the same throughout the region, the Inter-American Commission and Court began to find additional human rights violations, once the OAS Forced Disappearance Convention entered into force, and also the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, which entered into force on February 28, 1987.²⁵ The Inter-American Court noted that in light of Article I (a) of the Forced Disappearance Convention, states parties undertake:

. . . not to practice, permit, or tolerate the forced disappearance of persons, even in states of emergency or suspension of individual guarantees. The need to integrally consider the phenomenon of forced disappearance as an autonomous and

²⁴ I/A Court H.R., *Serrano Cruz Sisters v. El Salvador*, supra note 22, para. 84.

²⁵ See, for example, I/A Court H.R., *Heliodoro Portugal v. Panama*, supra note 22.

continuous or permanent crime, with their multiple aspects intricately interrelated and related violations, can be deduced not only from the typical definition of Article III of the ICFDP, the *travaux préparatoires* for this instrument, its preamble and set of rules, but from other definitions contained in different international instruments, that establish as concurring and constituting elements of the crime of forced disappearance: a) deprivation of liberty; b) direct involvement of governmental officials or by acquiescence, and c) refusal to acknowledge the deprivation of liberty and to disclose the fate and whereabouts of the person concerned.²⁶

In addition the Inter-American Court eventually was convinced by the Commission's often reiterated argument that there had also been a violation of the right to a juridical personality, set forth in Article 3 of the American Convention. The violation of the right to a juridical personality, in addition to the violations of Articles 7, 5 and 4 of the American Convention in the 2009 case of *Anzualdo-Castro v. Peru*,²⁷ was included in the subsequent forced disappearance cases.

D. State Responsibility for acts that occurred prior to the recognition of the Court's jurisdiction

The most interesting development, however, for our purposes, was in the Inter-American Court's finding of state responsibility for killings that occurred before the state's acceptance of the Court's compulsory jurisdiction. In the 2009 case, *Radilla-Pacheco v. Mexico*, the Inter-American Court was presented with a fact situation generally identical to that in the cases of *Velasquez Rodriguez* or *Heliodoro Portugal*. Mr. Radilla-Pacheco was arbitrarily detained on August 25, 1974, at the age of approximately 60, by members of the military in the state of Guerrero, Mexico, where there had been a pattern of military abductions and forced disappearances. The case was in the hands of military jurisdiction and no investigation was carried out. Witnesses reported that they did not see Radilla Pacheco again after 1974, but rather than presuming his death as was done in the earlier cases, the Commission argued that the state had failed in its obligation to protect Radilla Pacheco's right to life in violation of Article 4 read in conjunction with article 1(1) to respect and guarantee the rights established in the American Convention.

²⁶ I/A Court H.R., *Anzualdo-Castro v. Peru*, supra note 2, para. 60.

²⁷ *Id.*, para. 90.

Mexico, for its part, argued that the Inter-American Court lacked jurisdiction *ratione temporis* to hear the allegations regarding right to life of Radilla Pacheco and noted that after 34 years, consistent with the Court's criterion, it was reasonable to presume that he had passed away.²⁸ Mexico acknowledged partial responsibility for violation of the failure to investigate (Article 8 and 25 of the American Convention), but not for violation of the right to life. The Inter-American Court held that the military authorities who had arrested him were responsible for protecting Radilla Pacheco's rights and consequently that the state was responsible for a violation of Radilla Pacheco's right to life since it failed in its duty to *prevent* the violations.²⁹ This is a very different result from the presumption in the *Velasquez Rodriguez* case, in which "the disappearance of Manfredo Velasquez occurred and the lack of knowledge seven years later about his fate create[d] a reasonable presumption that he was killed."³⁰ In *Velasquez Rodriguez*, the Inter-American Court suggested that:

Even if there is a minimal margin of doubt in this respect, it must be presumed that his fate was decided by authorities who systematically executed detainees without trial and concealed their bodies in order to avoid punishment. This, together with the failure to investigate, is a violation by Honduras of a legal duty under Article 1(1) to ensure the rights recognized by Article 4(1). That duty is to ensure to every person subject to its jurisdiction the inviolability of the right to life and the right not to have one's life taken arbitrarily. These rights imply an obligation on the part of States Parties to take reasonable steps to prevent situations that could result in the violation of that right.³¹

In the *Chitay-Nech* case, another forced disappearance case, similar to the *Blake* case, the victim was forcibly disappeared in 1981, six years before Guatemala accepted the compulsory jurisdiction of the Court.³² Guatemala acknowledged international responsibility for the violation of the right to life set forth in Article 4 of the American Convention in the *Chitay-Nech* case. The Inter-American Court ruled that the lack of investigation of the events constituted the violation of the legal duty established in Article 1(1) of the Convention in relation with Article 4(1) to guarantee to every person subject to their jurisdiction the

²⁸ I/A Court H.R., *Radilla-Pacheco v. Mexico*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 23, 2009, Series C No. 209, paras. 55-56.

²⁹ *Id.*, paras. 392, 153-4 and 158-9.

³⁰ I/A Court H.R., *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, Merits, Judgment of July 29, 1988, *supra* note 3, para. 188.

³¹ *Id.*

³² I/A Court H.R., *Chitay-Nech et al. v. Guatemala*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of May 25, 2010.

inalienability of life and the right not to be arbitrarily deprived of it, which included again *the reasonable prevention* of situations that could result in the loss of life.³³ Similarly in the case of *Ibsen-Cardenas and Ibsen-Pena v. Bolivia*,³⁴ the fact that the victims had been disappeared in 1971 and 1973, more than 20 years prior to Bolivia's acceptance of the compulsory jurisdiction of the Inter-American Court, was not an issue in this case since Bolivia's partial acceptance of responsibility included acceptance of the violation of Article 4 (the right to life) of the American Convention and this was interpreted by the Court as a *waiver* of the its right to claim a temporal limitation to the exercise of the Court's jurisdiction.³⁵

Since the anguish created by the uncertainty of the fate of a loved one was considered worse than the certainty of the loved one's death, beginning in 1998 with the *Blake v. Guatemala* case, the Court established that the relatives of the victims could be bearers of rights under the American Convention.³⁶ As Judge Cançado Trindade highlighted in his Separate Opinion in the Blake case, the next of kin of the disappeared person is also entitled to the condition of "victim" and a violation of Article 5 can be found for the relatives of the victims, based on a presumption that the relatives would suffer the disappearance and death of the loved one, and the Court did not require the petitioners to prove their suffering during the proceedings.³⁷

E. Amnesty laws

Many of the countries of Latin America, once they returned to a democratic form of government, were reluctant to investigate and punish former regime officials that had engaged in forced disappearances and consequently, passed amnesty laws. In other countries, democratic parliaments passed retroactive amnesty laws in some cases to prevent a possible coup from a restive military or in the interest of reconciliation, declaring that such crimes had been relegated to the past. In a number of countries members of the military were subject to military jurisdiction for any acts they committed rather than to civilian jurisdiction when

³³ Id., para. 96.

³⁴ I/A Court H.R., *Ibsen-Cardenas and Ibsen-Pena v. Bolivia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of September 1, 2010, Series C No. 217,

³⁵ Id., para. 22. Similarly in *Goiburú et al. v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of September 22, 2006 the violations occurred in 1974 and 1977 but the state accepted partial responsibility including for violation of the right to life.

³⁶ I/A Court H.R., *Blake v. Guatemala*, Merits, supra note 20, Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, paras. 37-38.

³⁷ I/A Court H.R., *Blake v. Guatemala*, Merits, supra note 20, paras. 112, 114 - 116.

they committed human rights crimes. It is the constant jurisprudence of the inter-American system that members of the military who commit human rights crimes ought to be tried in civilian and not military courts. Military court investigations usually attempted to justify the actions of the military and resulted in the dismissal of the charges or in the acquittal of the accused. What prevailed in Latin America in the 1980s and early 1990s, as the region was returning to democratic forms of government, was a state of impunity for the human rights crimes committed by the predecessor military regimes.

As early as 1992, the Inter-American Commission declared amnesty laws adopted in Argentina and Uruguay incompatible with the state's obligation to investigate, prosecute and punish human rights violations under the American Convention. These countries ignored the Commission's decisions at the time since the American Convention only explicitly provided that judgments of the Inter-American Court were legally binding³⁸.

An individual's right to a fair trial and due process is protected by Article 8 of the American Convention and access to justice by Article 25. When the democratic governments that succeeded the military regimes did nothing about the forced disappearances and killings that occurred during these earlier regimes, the Inter-American Commission and Court found violations of Articles 8 and 25 for the failure of these democratic governments to investigate, prosecute and punish the military perpetrators of the human rights violations of the predecessor regime. The Inter-American Court considered the democratic government's failure to investigate, prosecute and punish the perpetrators to be "independent acts," independent from the violations perpetrated by the military government that constituted enforced disappearances. Although the Court did not find violations of Articles 7, 5 and 4 as regards the actual victims, because these disappearances occurred prior to the state's becoming a party to the American Convention, the Commission and Court did find violations of Articles 8 and 25 because these democratic states failed to investigate, prosecute and punish the perpetrators.

Although Argentina and Uruguay ignored the Inter-American Commission's 1992 amnesty law decisions, when the Inter-American Court issued its first decision in an "amnesty law" case, the case of *Barrios Altos v. Peru*, declaring Peru's self-amnesty laws incompatible with Peru's obligations under the American Convention and rendered these laws "without effect," the impact of this judgment extended beyond Peru and demonstrated the potentially important region-wide effect of the Court's judgments. In 2005, the Argentine Supreme Court, in the

³⁸ Article 68 of the American Convention provides that a judgment of the Court is legally binding on the parties to the case.

Simon case, declared the two Argentine amnesty laws, “*obediencia debida*” and “*punto final*” without effect. The Argentine Supreme Court, followed the jurisprudence of the Inter-American Court in the *Barrios Altos* case, despite the fact that Argentina had not been a party to the *Barrios Altos* case, and the judgment, pursuant to Article 68 of the American Convention, was only legally binding on the parties to the case. The Government of Peru had requested an Interpretation of the Judgment in the *Barrios Altos* case and asked the Court whether the judgment required the Government to nullify the effects of the amnesty law with regard to all persons who had been effected by it or only those included in the *Barrios Altos* case. The Court responded that the nature of the amnesty law was manifestly incompatible with the state’s obligations under the American Convention and that effects of the nullification of the law were general in nature.

Subsequently, the Inter-American Court has developed a doctrine termed the “control of conventionality” which requires all state parties to the American Convention on Human Rights to review their domestic legislation to ensure that it is in conformity with the judgments and reasoning of the jurisprudence of the Inter-American Court.³⁹

As the respondent states in the *Chitay-Nech* and *Ibsen-Cardenas* cases accepted international responsibility for the violations of the right to life in these forced disappearance cases, in the Brazilian “amnesty law” case, known as *Gomes Lund et al. (Guerrilha do Araguaia) v. Brazil*, the issue of temporal jurisdiction was avoided again because the Brazilian government publicly accepted international responsibility for the violations of the right to life as regards the victims of the military regime who had been disappeared and some of whom were parties to this case.⁴⁰ Since Brazil accepted international responsibility for the ‘arbitrary detention, torture of the victims and their disappearance,’ pursuant to the severity and continued or permanent nature of the crime of enforced disappearance and of the extermination policy of the State in place against opposition groups, via the Armed Forces, in the region of Araguaia” the Court was able to conclude that there was no controversy regarding the facts of the enforced disappearance

³⁹ For a concise history of the doctrine of the control of conventionality see the Concurring Opinion of Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, the ad hoc Judge in the Inter-American Court *Cabrera Garcia and Montiel Flores v. Mexico*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Legal Costs, Judgment of November 26, 1010.

⁴⁰ I/A Court H.R., *Gomes Lund et al. (Guerrilha do Araguaia) v Brazil*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 24, 2010, Series C No. 219.

of the members of the Guerrilha do Araguaia nor of the State's responsibility in this regard.⁴¹

In this context, Brazil had recognized international responsibility when it adopted Law No. 9.140/95, which in Article 1 established:

For all legal effects, the persons included in Annex 1 of this Law are recognized as deceased, for having participated, or for having been accused of participating, in political activities, during the period of September 2, 1961, to August 15, 1979, and that for said reason, were detained by public agents, having been disappeared since then, without any news from them.

Similarly, the Uruguayan Government accepted international responsibility for the three victims of the *Gelman v. Uruguay* case, the Uruguayan amnesty law case.⁴² In the *Gelman* case, the state did not raise the issue of inadmissibility *ratione temporis*, despite the fact that the events occurred in 1976, 35 years earlier, and the Government of Uruguay recognized the compulsory jurisdiction of the Inter-American Court in 1985, nine years after the events. The Court, however, found a violation, *inter alia*, of the right to life, set forth in Article 4 of the Convention, due to the acceptance of responsibility on the part of the state. In *Almonacid-Arellano et al. v. Chile*, on the other hand, the State did not accept responsibility for the victim's death and argued that the case was inadmissible *ratione temporis* because the events occurred in 1973, 33 years before the Inter-American Court's judgment in the case and 17 years before the state's acceptance of the Inter-American Court's jurisdiction. The Inter-American Court did not consider the issue of the right to life in this case but limited itself to finding a violation of the due process, access to justice provisions of the American Convention for the failure to carry out an effective investigation once a democratic government had assumed power.

Conclusion

As the above examples demonstrate the approach of democratic states in the region as to how to deal with the crimes committed by predecessor military regimes varies. Some states are willing to prosecute members of the military in civilian courts for the crimes committed and both Argentina and Chile have pros-

⁴¹ *Id.*, para. 118.

⁴² I/A Court H.R., *Gelman v. Uruguay*, Merits and Reparations, Judgment of February 24, 2011, Series C No. 221.

ecuted over a thousand former members of the security forces for forced disappearances and other human rights crimes that occurred 35-40 years ago. Despite the attempts of some states to eliminate the past from human rights scrutiny, the inter-American system's greatest contribution, from its first cases on, has been to establish the obligation to investigate, prosecute and punish violations of human rights. Over time, the right to the truth and the right of victims to reparations have been added. Given a democratic government's responsibility for violations committed by a predecessor regime, no state can obliterate or forget the past in order to deny the victims of human rights violations redress and reparations. Justice requires nothing less.

The phenomenon of "enforced disappearances" was so prevalent in Latin America that after the American Convention on Human Rights entered into force and the Inter-American Commission on Human Rights had to decide which cases to take as the first cases before the Inter-American Court, it decided to take three "forced disappearance" cases dealing with Honduras. Most people who study international human rights law and, in particular, regional systems, know about the *Velasquez Rodriguez* case⁴³, but they don't necessarily know about the two companion cases.

⁴³ I/A Court H.R., *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, Merits, supra note 3.

HATEM KOTRANE*

Les mécanismes de protection des droits de l'homme dans les Etats arabes

Introduction

Les droits de l'homme, composante essentielle de la vie contemporaine, sont-ils tout à fait ignorés dans la région arabe ? D'aucuns parleraient d'un décalage qui va au-delà des textes juridiques gouvernant le fonctionnement des Etats et les relations politico-sociales pour s'inscrire dans les mentalités et les cultures de peuples longtemps plongés dans l'anomie sociale !

Notre opinion est, pourtant, que bien des changements se dessinent, répondant aux aspirations des peuples de la région à une vie démocratique, fondée sur les principes universels des droits de l'homme et de l'Etat de droit.

Ainsi et considérant que l'adhésion des États aux neuf principaux instruments internationaux augmente la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans tous les aspects de la vie, il convient de souligner avec intérêt un développement dans le processus de ratification par les États arabes des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ces dernières années, comparée à la situation antérieure. Cette constatation met en lumière les données suivantes:

- Tous les Etats arabes ont ratifié ou adhéré à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de Discrimination raciale ;
- Tous les Etats arabes, à l'exception d'Oman, du Qatar, de l'Arabie saoudite et des Émirats Arabes Unis, ont ratifié ou adhéré au Pacte International relatif aux droits civils et politiques ;
- Tous les Etats arabes, à l'exception d'Oman, du Qatar, de l'Arabie saoudite et des Émirats Arabes Unis, ont ratifié ou adhéré au Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ;

* Professeur à la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, Vice-Président du Comité des Nations Unies des droits de l'enfant.

- Tous les Etats arabes, à l'exception d'Oman, du Soudan et des Émirats Arabes Unis, ont ratifié ou adhéré à la Convention contre la Torture et autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants;
- Tous les Etats arabes, à l'exception du Soudan, ont ratifié ou adhéré à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de Discrimination à l'égard des femmes ;
- Tous les États arabes ont ratifié ou adhéré à la Convention des droits de l'enfant parmi 193 pays dans le monde;
- Tous les États arabes, à l'exception de l'Iraq et du Koweït, ont ratifié ou adhéré à la Convention relative aux droits des personnes handicapées;
- Il y a toutefois seulement 6 États arabes qui ont ratifié la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, à savoir l'Algérie, l'Egypte, la Libye, le Maroc, la Syrie et la Mauritanie;
- Il y a également seulement 6 États arabes qui ont ratifié la Convention internationale pour la Protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, à savoir l'Algérie, l'Iraq, le Liban, le Maroc, la Mauritanie et la Tunisie.

Cette évolution du mouvement d'adhésion des Pays arabes aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme reste, toutefois, sans conséquence majeure tant il est vrai que les principes et valeurs universels des droits de l'homme font face - certes de façon inégale selon les Etats et les stratégies qui les animent - à des difficultés d'appropriation et d'intégration dans l'ordre juridique interne de ces Etats (I).

Ces difficultés peuvent-elles être surmontées, ne serait-ce qu'en partie, depuis l'adoption de la Charte arabe des droits de l'homme ? Une analyse substantielle des dispositions de la Charte arabe révèle que celle-ci reste en substance déficiente, notamment en raison de la faiblesse des mécanismes de contrôle qu'elle prévoit (II).

I. Difficultés d'intégration des principes et valeurs universels des droits de l'Homme dans l'ordre juridique interne des Etats arabes

Indépendamment du nombre élevé de réserves et de déclarations ayant accompagné la ratification par les Etats arabes de nombre d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme (A), les difficultés d'intégration des principes et valeurs universels peuvent être mesurées tant au niveau de l'hésitation générale dans les Etats arabes quant au statut juridique des traités internationaux et leur aptitude à une applicabilité directe dans l'ordre juridique interne et, surtout, une primauté sur les lois internes (B) qu'à celui du manque de mécanismes indépendants de contrôle et de suivi (C).

A. Le nombre élevé de réserves et de déclarations

La Convention des droits de l'enfant (ci-après « la CDE »), avec 193 ratifications, et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de Discrimination à l'égard des femmes (ci-après « CEDAW »), avec 187 ratifications, sont les deux instruments internationaux des droits de l'homme qui ont enregistré le plus de ratifications, y compris par les Etats arabes. Cependant, ces deux traités sont, en même temps, ceux qui ont fait l'objet du plus grand nombre de réserves et déclarations, bien que plusieurs pays arabes (ainsi, l'Egypte, le Maroc et la Tunisie) aient commencé à retirer progressivement leurs réserves et déclarations. Cette affaire concernait un groupe de 24 migrants somaliens et érythréens. En provenance de Libye, ils se dirigeaient vers l'Italie sur des embarcations de fortune.

1. Etat des réserves et des déclarations faites par les Etats arabes à la CDE

Les données suivantes résument l'état des réserves et déclarations faites par les États arabes à la CDE :

A l'exception du Bahreïn, du Liban, de la Libye, du Soudan et du Yémen (et de l'Egypte depuis 2003 après le retrait de ses réserves aux articles 20 et 21 et le Maroc depuis 2006 après le retrait de sa réserve à l'Article 14), tous les autres Etats arabes ont fait nombre de réserves et de déclarations d'un certain nombre de dispositions de la Convention ;

Un certain nombre d'Etats arabes ont fait une réserve générale (ou déclaration) couvrant toutes les dispositions de la Convention pour des raisons liées – selon ces Etats – au possible conflit entre la CDE et la charia islamique, ou avec les dispositions de leur Constitution, à savoir le Koweït, la Mauritanie, Oman, l'Arabie saoudite et la Syrie.

Il est à noter que le Qatar figurait parmi ces Etats jusqu'au retrait partiel de sa réserve générale en faisant savoir, en même temps, qu'il en restreignait la portée aux articles 2 (non-discrimination) et 14 (liberté de pensée, de conscience et de religion) de la Convention, ce qui n'est pas moins incompatible avec l'objet et le but de la Convention.

De même, convient-il de noter que la Tunisie figurait parmi ces Etats ayant formulé une déclaration générale avant de procéder à son retrait en 2008, en même temps qu'au retrait des autres déclarations et réserves relatives aux articles 2, 7 et 40 de la Convention, ne maintenant depuis lors qu'une déclaration spécifique sur la nature interprétative du préambule et de l'article 6 de la CDE sur le droit à la vie et à l'interruption volontaire de grossesse;

Un certain nombre d'Etats arabes ont fait une réserve (ou déclaration) sur des articles spécifiques de la convention pour des raisons liées – selon ces Etats – au possible conflit entre telle ou telle disposition de la CDE avec la charia islamique. Ainsi en est-il des réserves suivantes:

- La réserve à l'article 14 de la CDE sur le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion faite par l'Algérie, l'Irak, la Jordanie, Oman, la Syrie et les Emirats arabes unis. Le Maroc était parmi ce groupe d'Etats avant de décider le retrait de sa réserve en 2006;

- La réserve à l'article 20 de la CDE sur la protection des enfants privés de milieu familial faite par la Jordanie et la Syrie, et la réserve à l'article 21 sur la protection de l'enfant dans les procédures d'adoption faite par la Jordanie, la Syrie, le Koweït, Oman et les Emirats arabes unis. Il est à rappeler que l'Egypte était parmi ce groupe d'Etats avant de décider le retrait de sa réserve en 2003;

Un certain nombre d'Etats arabes ont fait une réserve (ou déclaration) sur des articles spécifiques de la CDE n'intéressant pas la charia islamique. Ainsi en est-il des exemples suivants:

- La Tunisie au sujet de la déclaration relative à l'article 6 sur le droit à la vie et l'interruption volontaire de grossesse;

- Le Koweït et les Emirats arabes unis au sujet de la réserve à l'article 7 sur le droit de l'enfant d'être enregistré aussitôt sa naissance, son droit à un nom et,

dans la mesure du possible, son droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux;

- Oman au sujet de la réserve à l'article 9 sur le droit de l'enfant de ne pas être séparé de ses parents;

- L'Algérie au sujet de la réserve à l'article 13 sur le droit de l'enfant à la liberté d'expression et de la réserve à l'article 16 sur le droit de l'enfant de ne pas être l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation;

- L'Algérie et les Emirats arabes unis au sujet de la réserve à l'article 17 sur le droit de l'enfant d'avoir accès à une information et à des matériels provenant de sources nationales et internationales diverses, notamment ceux qui visent à promouvoir son bien-être social, spirituel et moral ainsi que sa santé physique et mentale; et

- Oman au sujet de la réserve à l'article 30 sur le droit de l'enfant autochtone ou appartenant à des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques de ne pas être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe.

2. Etat des réserves et des déclarations faites par les Etats arabes à la CEDAW

Les données suivantes résument l'état des réserves et déclarations faites par les États arabes à la CEDAW:

Le plus grand nombre d'Etats arabes (12 Etats) ont formulé une réserve concernant l'Article 16 relatif à la non-discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, en ce qui concerne les droits et responsabilités vis-à-vis des enfants. Ainsi en est-il de l'Algérie, du Bahreïn, de l'Egypte, de l'Irak, de la Jordanie, du Koweït, du Liban, de la Libye, d'Oman, du Qatar, de la Syrie et des Emirats arabes unis.

Il est à noter que le Qatar figurait parmi ces Etats jusqu'au retrait de sa réserve en avril 2011.

Il est également à noter que la Tunisie figurait parmi ces Etats avant de décider de donner suite aux recommandations adoptées le 22 octobre 2010 par le Comi-

té sur l'élimination de toutes les discriminations à l'égard des femmes¹, et ce à la faveur du Décret-loi n° 2011-103 du 23 octobre 2011 portant retrait de toutes les réserves à la CEDAW. Depuis, le retrait des réserves a été officiellement notifié au Secrétaire général des Nations Unies, la Tunisie devenant ainsi le premier pays de la région à abandonner toutes les réserves spécifiques à la CEDAW. Seule persiste la Déclaration générale selon laquelle « *le gouvernement tunisien déclare qu'il n'adoptera en vertu de la Convention, aucune décision administrative ou législative qui serait susceptible d'aller à l'encontre des dispositions de l'article premier de la constitution* »;

Un grand nombre d'Etats arabes (11 Etats) ont formulé une réserve à l'article 9 concernant l'égalité des droits avec les hommes en ce qui concerne l'acquisition, le changement et la conservation de la nationalité et en ce qui concerne la nationalité de leurs enfants. Ainsi en est-il précisément du Bahreïn, de l'Irak, de la Jordanie, du Koweït, du Liban, de la Libye, d'Oman, du Qatar, de l'Arabie saoudite, de la Syrie et des Emirats arabes unis. Il est à noter que l'Algérie, l'Egypte, le Maroc et la Tunisie figuraient parmi ce groupe d'Etats avant de procéder au retrait de leur réserve;

9 Etats arabes ont fait une réserve à l'article 2 concernant l'engagement des États parties en faveur de la politique d'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, à savoir l'Algérie, le Bahreïn, l'Egypte, l'Irak, la Libye, le Maroc, Qatar, la Syrie et les Emirats arabes unis;

9 Etats arabes ont fait une réserve à l'article 15 l'égalité entre les femmes et les hommes devant la loi, y compris en matière de capacité juridique et en ce qui concerne la législation relative à la circulation des personnes et la liberté de choisir leur résidence et domicile, à savoir l'Algérie, le Bahreïn, le Maroc, Oman, le Qatar, la Syrie et les Emirats arabes unis. Il est à noter que la Jordanie et la Tunisie figuraient parmi ce groupe d'Etats avant le retrait de leur réserve;

Le Qatar est le seul Etat arabe à faire une déclaration visant l'article 1er de la CEDAW concernant le terme « discrimination contre les femmes », selon laquelle : « *Le gouvernement de l'Etat du Qatar accepte le texte de l'article premier de la Convention, sous réserve que, conformément aux dispositions de la loi islamique et de la législation qatarienne, l'expression « indépendamment de leur statut matrimonial » n'est pas destinée à encourager les relations familiales en dehors du mariage légitime. Il réserve le droit d'appliquer la Convention conformément à cette interprétation* »;

¹ CEDAW/C/TUN/CO/6, 22 octobre 2010, Para. 13.

Le Qatar est, également, le seul Etat arabe à faire une déclaration à l'Article 5 (a) de la Convention CEDAW, selon laquelle: *“Le Qatar déclare que la question de la modification de « schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme » visée à l'article 5 (a) ne doit pas être considérée comme un encouragement des femmes à abandonner leur rôle de mères et leur rôle dans l'éducation des enfants, sapant ainsi la structure de la famille”* !

B. Hésitation quant au statut juridique des traités internationaux

Il convient de noter, à cet égard, que seulement quatre pays arabes reconnaissent explicitement, dans leur Constitution, la primauté des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme sur la législation nationale, à savoir l'Algérie (Article 132 de la Constitution algérienne), la Mauritanie (Article 80 de la Constitution mauritanienne de 1991), le Maroc (Préambule de la nouvelle Constitution adoptée par référendum le 1er juillet 2011) et la Tunisie (Article 20 de la nouvelle Constitution du 27 janvier 2014).

Il convient de relever, toutefois, la singularité de la formulation de l'article 20 de la nouvelle Constitution de la Tunisie qui est chargée d'ambiguïté, et ce, en prenant soin de spécifier que *« Les traités approuvés par l'Assemblée représentative et ratifiés ont une autorité supra-législative et infra-constitutionnelle »*. Cette précision qui n'existait pas dans l'article 32 de la Constitution du 1^{er} juin 1959, qui se limitait à affirmer la supériorité des traités dûment ratifiés sur les lois internes, paraît inutile en ce sens qu'elle pourrait être assimilée à une sorte de « réserve générale constitutionnelle » par laquelle la Tunisie s'interdirait à l'avenir de donner effet aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme qui viendraient à être interprétés par les juges comme étant contraires à l'article 1^{er} de la Constitution – notamment à la référence à l'Islam comme religion-, ce qui serait de nature à élever au rang d'un principe constitutionnel la déclaration générale exprimée par la Tunisie lors de la ratification de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) et d'annuler, en même temps, les progrès accomplis, par suite de l'adoption du Décret-loi n°2011-103 du 24 octobre 2011, portant retrait des réserves aux dispositions des articles 9 Para. 2, 16 Paras c, d, f, g, h, et 29 Para 1, ainsi que la déclaration concernant l'article 15, Para. 4, émises lors de la ratification en juillet 1985 de la CEDAW, donnant ainsi un frein aux efforts ainsi entrepris et salués, à

juste titre, par nombre d'Etats, tel que cela est reflété dans le rapport du Groupe de travail sur l'Examen périodique universel².

De même, l'affirmation expresse par l'article 20 de la Constitution que les traités ratifiés « ... ont une autorité supra-législative et infra-constitutionnelle » pourrait annuler les progrès accomplis par la Tunisie, et salués à juste titre par le Comité des Nations Unies droits de l'enfant, à la faveur notamment de la loi du 3 juin 2008, portant retrait de la déclaration générale et des réserves relatives aux articles 2 et 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant³.

La formulation utilisée par le Préambule de la Constitution marocaine de 2011 n'est pas plus heureuse. Certes, l'engagement du Maroc à souscrire aux principes, droits et obligations énoncés dans les chartes et conventions internationales est affirmé, ainsi que « ...son attachement aux droits de l'Homme tels qu'ils sont universellement reconnus... ». On relèvera toutefois une certaine ambiguïté dans les dispositions suivantes du même préambule, selon lesquelles le Royaume du Maroc s'engage, entre autres, à « ...Accorder aux conventions internationales dûment ratifiées par lui, dans le cadre des dispositions de la Constitution et des lois du Royaume, dans le respect de son identité nationale immuable, et dès la publication de ces conventions, la primauté sur le droit interne du pays, et harmoniser en conséquence les dispositions pertinentes de sa législation nationale ». La primauté des instruments internationaux sur la législation nationale est ainsi elle-même subordonnée au respect « de son identité nationale immuable ». Formule qui pourrait donner au juge toute latitude à écarter l'application de certaines dispositions du texte international sous prétexte de la préservation de l'identité nationale immuable !

Dans la plupart des autres pays arabes, la situation est en général peu claire en ce qui concerne l'applicabilité directe et la primauté des traités internationaux sur les lois nationales. C'est le cas, par exemple, de la nouvelle Constitution de l'Egypte, adoptée le 15 janvier 2014 par un référendum et succédant à la Constitution de 2012, très vite suspendue suite aux événements ayant conduit à la destitution des organes de l'Etat élus après la révolution du 25 janvier 2011. En effet, aux termes de l'article 93 de la nouvelle Constitution « *L'État s'engage à respecter les traités, accords et conventions internationales relatifs aux droits de l'homme ratifiés par l'Égypte. Ils ont force de loi après leur publication, avec les réserves spécifiées* ». La formule utilisée reprend grossièrement celle employée déjà par la Constitution de 1971 et ne paraît guère, ainsi, conférer aux

² (A/HRC/21/5, 9 juillet 2012).

³ CRC/C/TUN/CO/3, 25 mai – 11 juin 2010, Par. 3.

instruments internationaux ratifiés une valeur supérieure aux lois interne ni autoriser leur application directe par le juge.

La situation est, de surcroît, rendue plus difficile du fait du maintien de l'article 151 relatif aux prérogatives du Président de la République sur la scène internationale, y compris en matière de conclusion des traités et de leur ratification, et dont le dernier paragraphe dispose ce qui suit : « *Dans tous les cas, aucun traité contraire aux dispositions de la Constitution ...ne peut être conclu* ».

La situation dans les autres pays arabes révèle la même incertitude concernant la place des traités internationaux dans l'ordre juridique interne, ces traités ayant au mieux la valeur d'une loi interne, une fois ratifiés, et ne paraissant guère, en tout cas, en mesure d'être directement invoqués par les justiciables et appliqués par les juges. Ainsi, malgré les dispositions de l'Article 37, paragraphe 1, de la Constitution du Bahreïn de 2002 selon laquelle "...*Un traité doit avoir force de loi une fois qu'il a été conclu et ratifié, puis publié au Journal officiel*", les traités internationaux ne semblent pas avoir préséance sur les lois nationales.

La même situation peut être relevée relativement à toutes les autres constitutions arabes examinées :

- la Constitution de l'Iraq, approuvée par référendum du 15 Octobre 2005 (Article 73),
- la Constitution de la Jordanie de 1952 (Article 33 (ii)),
- la Constitution du Liban de 1926 (Article 52),
- la Constitution, dite Loi fondamentale, du Kuwait de 1962 (Article 70),
- la Constitution d'Oman de 1996 (Article 80),
- la Constitution Permanente du Qatar de 2004 (Article 68),
- la Constitution des Emirats Arabes Unis (Articles 47 et 125),
- la Constitution intérimaire du Soudan de 2005, et
- la nouvelle Constitution de la Syrie, adoptée le 27 février 2012 par référendum et succédant à la [Constitution de 1973](#) (Article 107).

Une mention particulière doit être faite concernant la Constitution, dite Loi fondamentale de gouvernance, de l'Arabie Saoudite disposant à son article 26 que « *L'Etat protège les droits de l'homme conformément à la charia islamique* » ! Il convient également de rappeler que l'adhésion du Royaume à la Convention CEDAW est sujette à la réserve générale faite par l'Etat partie selon laquelle "*En cas de contradiction entre n'importe quel terme de la Convention et les normes*

du droit islamique, le Royaume n'est pas dans l'obligation de respecter les termes contraires de la Convention..." !

Il s'agit là, en réalité, d'une réserve générale qui, non seulement relègue à un rang inférieur les dispositions de la Convention internationale, mais la vide pratiquement de sa substance en se révélant incompatible avec l'objet et le but de la Convention, ainsi qu'il a été rappelé, avec préoccupation, par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes dans ses observations finales adoptées à l'issue de l'examen en janvier 2008 du rapport unique valant rapport initial et deuxième rapport périodique de l'Arabie saoudite sur la Convention. Selon le Comité, la portée de la réserve générale « ...est si large qu'elle est contraire à l'objet et au but de la Convention ». Le Comité invite, en conséquence, l'Etat partie « ...à envisager de retirer sa réserve générale à la Convention, en particulier compte tenu du fait que sa délégation a assuré qu'il n'y a aucune contradiction quant au fond entre la Convention et la charia islamique »⁴.

Auparavant, le Comité des droits de l'enfant avait exprimé pour sa part, à l'issue de l'examen en janvier 2006 du second rapport périodique de l'Arabie saoudite sur la CDE, sa préoccupation concernant la réserve générale faite par l'Etat partie lors de sa ratification de la Convention. Le Comité dit craindre que « ...par sa nature générale, la réserve ne permette aux tribunaux et aux fonctionnaires gouvernementaux et autres de nier nombre de dispositions de la Convention, et ... que cela suscite des préoccupations quant à sa compatibilité avec l'objet et le but de la Convention ». Le Comité recommande, en conséquence, que l'Etat partie « ...revoie sa réserve générale en vue de la retirer ou d'en restreindre la portée, conformément à la Déclaration et au Programme d'action de Vienne adoptés en 1993 par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme ».

C. Manque de mécanismes indépendants de contrôle et de suivi

A l'exception de quelques exemples de bonnes pratiques, la plupart des Etats arabes n'a pas encore réussi à mettre en place un mécanisme indépendant pour surveiller le respect des droits de l'homme, assurer leur efficacité et leur invocabilité par une instance judiciaire compétente.

⁴ CEDAW/C/SAU/CO/2, 8 avril 2008, Paras. 9 et 10.

1. Exemples de bonnes pratiques

Jordanie

Un des progrès les plus significatifs réalisés par la Jordanie dans le domaine de la protection et de la promotion des droits de l'homme a été, sans doute, la création du Centre National pour les droits de l'homme vers la fin de 2002, par la promulgation de la loi n° 75 de la même année. Le Centre a été créé sous la forme d'une institution nationale indépendante en charge du suivi et du contrôle de la situation des droits de l'homme, ainsi que de la surveillance et de l'évaluation des progrès accomplis dans la mise en œuvre des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

Ainsi, dans ses observations finales adoptées à l'issue de l'examen en octobre 2010 du quatrième rapport périodique de la Jordanie au titre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme « ...prend note avec satisfaction de la création du Centre national des droits de l'homme, conformément aux Principes de Paris, tout en considérant que d'autres mesures pourraient être prises en vue de doter ce centre de ressources humaines, financières et techniques suffisantes pour en assurer le bon fonctionnement... »⁵.

Certaines insuffisances ont été toutefois relevées, entre autres, par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, dans ses observations finales adoptées en février 2012, à l'issue de l'examen du cinquième rapport périodique de la Jordanie sur la CEDAW, où ledit Comité se dit « ...préoccupé de constater que, bien que compétent pour recevoir les plaintes des femmes, le Centre national des droits de l'homme n'a pas communiqué de données ventilées sur les infractions qui ont fait l'objet d'enquêtes et de poursuites devant les tribunaux et sur l'issue des plaintes pour discrimination, y compris pour violence familiale, déposées par des femmes auprès du Centre national des droits de l'homme et de la justice... ».

Maroc

Cette contribution se réfère, à cet égard, à la satisfaction exprimée, entre autres, par le Comité CEDAW dans ses observations finales adoptées à l'issue de l'examen des troisième et quatrième rapports périodiques du Maroc, le 24 janvier 2008, et dans lesquelles ledit Comité "prend note avec satisfaction de la réorganisation du Conseil consultatif des droits de l'homme conformément aux

⁵ CCPR/C/JOR/CO/4, 18 novembre 2010, Para. 5.

*Principes de Paris, de l'instauration de la fonction de Diwan Al Madhalim, médiateur chargé d'examiner les plaintes contre l'administration publique, et de la création de l'Instance équité et réconciliation, chargée d'examiner les violations graves des droits de l'homme commises par le passé, ces instruments et organes concourant également à la protection des droits fondamentaux des femmes*⁶.

Plus récemment, le Maroc a accompli des progrès reconnus avec la création en 2011 du *Conseil national des droits de l'homme*, et ce, en application de l'article 161 de la Constitution marocaine de 2011 qui dispose que « *Le Conseil national des droits de l'Homme est une institution nationale pluraliste et indépendante, chargée de connaître de toutes les questions relatives à la défense et à la protection des droits de l'Homme et des libertés, à la garantie de leur plein exercice et à leur promotion, ainsi qu'à la préservation de la dignité, des droits et des libertés individuelles et collectives des citoyennes et citoyens, et ce, dans le strict respect des référentiels nationaux et universels en la matière* ».

Cette évolution est, généralement, saluée dans l'ensemble par divers organes d'experts des Nations Unies. Ainsi, le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille a-t-il noté, avec satisfaction, dans ses observations finales adoptées à l'issue de l'examen, en septembre 2013, du rapport initial du Maroc au titre de la Convention sur les droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, « *...la création en 2011 du nouveau Conseil national des droits de l'homme en tant qu'institution nationale des droits de l'homme, en conformité avec les Principes concernant le statut des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme (Principes de Paris)* »⁷.

2. Difficultés rencontrées par les autres États arabes

Cette contribution se réfère, à cet égard, aux exemples suivants qui ne sont pas limitatifs:

Algérie

27. Dans ses observations finales adoptées à l'issue de l'examen, les 5 et 6 mai 2010, des troisième et quatrième rapports combinés de l'Algérie au titre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Comi-

⁶ CEDAW/C/MAR/CO/4, 8 April 2008, Para. 6.

⁷ CMW/C/MAR/CO/1, 8 octobre 2013, Para. 5.

té sur les droits économiques, sociaux et culturels “ ...note avec préoccupation que la Commission nationale consultative de promotion et de protection des droits de l’homme n’est pas encore pleinement conforme aux Principes de Paris concernant le statut des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l’homme (résolution 48/134 de l’Assemblée générale en date du 20 décembre 1993), comme en témoigne le statut «B» qui lui a été accordé en 2009 par le Comité international de coordination des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l’homme, malgré le renforcement récent de son rôle de surveillance, y compris par des visites des lieux de détention”⁸.

28. Le Comité des droits de l’enfant a exprimé, pour sa part, dans ses observations finales adoptées le 18 juillet 2012 à l’issue de l’examen des troisième et quatrième rapports périodiques de l’Algérie au titre de la CDE, son inquiétude du fait de “...l’absence d’une structure de suivi indépendante, accessible et adaptée aux enfants qui serait notamment habilitée à recevoir et traiter les plaintes individuelles alléguant des violations des droits de l’enfant ». Le Comité se dit préoccupé également « ...de ce que la Commission nationale consultative pour la promotion et la protection des droits de l’homme (CNCPPDH) n’est toujours pas pleinement conforme aux Principes de Paris, en particulier en ce qui concerne son indépendance...”⁹.

29. Plus récemment, à la suite de l’examen en février 2013 des quinzième à dix-neuvième rapports périodiques de l’Algérie au titre de la Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de Discrimination raciale , le Comité pour l’élimination de la discrimination raciale “note avec préoccupation que le statut de la Commission Nationale Consultative de Promotion et de Protection des Droits de l’Homme (CNCPPDH) a été rétrogradé du «Statut A» au «Statut B » suite à la décision du Sous-Comité d’accréditation du Comité international de coordination des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l’homme »¹⁰.

Bahreïn

30. Dans ses observations finales exprimées par le Comité des droits de l’enfant à l’issue de l’examen, le 17 juin 2011, des deuxième et troisième rapports périodiques du Bahreïn au titre de la CDE, où ledit Comité “...prend note de la mise en place d’un organisme national chargé des droits de l’homme. Néanmoins, il

⁸ UN Document, E/C.12/DZA/CO/4, 21 mai 2010, Para. 6.

⁹ CRC/C/DZA/CO/3-4, 18 juillet 2012, Paras. 17-18.

¹⁰ CERD/C/DZA/CO/15-19, 16 avril 2013, Para. 20.

est préoccupé par le fait que celui-ci n'est pas pleinement conforme aux Principes de Paris. Il note de plus avec regret que cette institution n'est pas accréditée auprès du Comité international de coordination des institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme (CIC) ...»¹¹.

Koweït

30. Cette contribution renvoie, entre autres, aux observations finales exprimées par le Comité CEDAW dans ses observations finales adoptées à l'issue de l'examen, le 13 octobre 2011, des troisième et quatrième rapports périodiques du Koweït, dans lesquelles ledit Comité « *Tout en se félicitant de la volonté réaffirmée de l'État partie de créer une institution nationale des droits de l'homme indépendante conformément aux Principes concernant le statut des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme (Principes de Paris), conformément à l'engagement pris par le Koweït lors de l'Examen périodique universel, ... constate qu'il existe un flou sur les mesures concrètes prises pour créer un tel mécanisme* »¹².

31. Plus récemment, dans ses observations finales adoptées à l'issue de l'examen en septembre 2013 du second rapport périodique du Koweït au titre de la CDE, le Comité des droits de l'enfant, tout en prenant acte de l'existence d'un projet de loi portant création d'une institution nationale des droits de l'homme, s'est dit préoccupé du fait « *...que ce processus a été très lent et qu'il n'y a encore aucun mécanisme indépendant dans l'État partie qui a pour mandat de surveiller régulièrement et d'évaluer les progrès réalisés dans la mise en œuvre de la Convention et qui est habilité à recevoir et examiner les plaintes des enfants...* »¹³.

II. Faiblesse des mécanismes de contrôle aménagés par la Charte arabe des droits de l'homme

Les mécanismes régionaux jouent un rôle fondamental pour la promotion et la protection des droits de l'homme, ainsi qu'il a été souligné dans le paragraphe

¹¹ CRC/C/BHR/CO/2-3, 17 juin 2001, Paras. 14-15.

¹² CEDAW/C/KWT/CO/3-4, 18 octobre 2011, Para 54. See for more details, "THE RIGHT TO EDUCATION IN THE ARAB STATES- REVIEW OF NATIONAL LEGAL AND POLICY FRAMEWORKS-KUWAIT, Supra, Para 21.

¹³ CRC/C/KWT/CO/2, 29 octobre 2011 », Paras. 19-20.

37 de la Déclaration et Programme d'action de Vienne, adoptée par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme le 25 juin 1993, où il est rappelé que ces mécanismes régionaux « ...devraient renforcer les normes universelles en la matière énoncées dans les instruments internationaux pertinents et la protection de ces droits...(et) ...qu'il est nécessaire d'envisager la possibilité de créer là où il n'en existe pas encore des mécanismes régionaux et sous-régionaux pour la promotion et la protection des droits de l'homme ».

L'idée d'une Charte arabe des droits de l'homme a été lancée depuis 1970 et n'a pu être réalisée qu'en 1994, date où elle a été adoptée, dans sa première version, par la Ligue des Etats arabes. L'opinion générale était, cependant, que cette charte dans sa version de 1994, du reste signée par un seul Etat et qui n'avait recueilli aucune ratification, était largement en deçà des normes internationales de protection des droits de l'homme. Rapidement, un consensus s'était formé quant à la nécessité de procéder à une totale révision de la charte en vue de répondre aux diverses critiques formulées par certains pays arabes ainsi que par les diverses organisations non gouvernementales internationales et arabes.

Le texte dans sa version de 1994 a été amendé par les représentants des Etats membres de la Commission arabe permanente des droits de l'homme au cours des deux sessions spéciales tenues en juin et octobre 2003 consacrées à la « mise à jour » de la Charte arabe des droits de l'homme.

Cependant, l'étude des révisions ainsi proposées en 2003 a révélé qu'elles souffraient de carences normatives et institutionnelles, incitant la Ligue des Etats arabes à recourir à une équipe de consultants internationaux, choisis parmi les membres d'organes de traité et rapporteurs spéciaux de l'Organisation des Nations Unies, ainsi chargés de la tâche de rédiger un avant-projet de Charte arabe dans une nouvelle version, dont le texte a été approuvé par la Commission arabe permanente des droits de l'homme, avec quelques modifications –toutes régressives par rapport au texte proposé par les experts–, et a été par la suite adoptée en mai 2004, à Tunis, lors du 16^e Sommet de la Ligue des Etats arabes. La Charte est entrée en vigueur le 15 mars 2008 – deux mois après la date de ratification d'un septième Etat, les Emirats arabes unis, conformément à son article 49 qui exige sa ratification par sept Etats membres de la Ligue¹⁴.

Deux idées complémentaires, quoique contradictoires, permettent de résumer, en substance, l'état de la Charte arabe des droits de l'homme dans sa version

¹⁴ Les sept premiers pays ayant ratifié la Charte sont : la Jordanie (28 octobre 2004), l'Algérie (11 juin 2006), Bahreïn (18 juin 2006), la Libye (7 août 2006), la Syrie (6 février 2007), la Palestine (28 novembre 2007) et les Émirats arabes unis (15 janvier 2008).

de 2004, à savoir qu'il s'agit là, sans doute, d'un texte ambivalent dont les dispositions s'avèrent, en général, harmonisées avec les principes et tendances majeurs du droit international des droits de l'homme, d'une part (A) et, d'autre part, qu'il s'agit, en même temps, d'un texte ambivalent comportant plusieurs lacunes (B), touchant notamment à la faiblesse des mécanismes de contrôle y aménagés (C).

A. La Charte arabe des droits de l'homme de 2004, un texte substantiellement harmonisé avec les principes et tendances majeurs du droit international

Cette affirmation peut être vérifiée, avant tout, au niveau des principes généraux proclamés par l'article 1^{er} de la Charte arabe des droits de l'homme, consacrant et reprenant même à la lettre les principes d'universalité, d'indivisibilité, d'interdépendance et d'indissociabilité des droits de l'homme, tels que proclamés par la Déclaration et Programme d'action de Vienne de 1993¹⁵.

La Charte arabe des droits de l'homme s'avère également tout à fait en harmonie avec le droit international dans sa définition des différentes catégories de droits de l'homme, tant les droits civils et politiques que les droits économiques, sociaux et culturels, où des concepts modernes ont été soigneusement inclus et affirmés, révélant la marque indubitable des experts ayant été associés à la rédaction de l'avant-projet de ladite Charte.

¹⁵ Article 1^{er} de la Charte arabe des droits de l'homme : « *La présente Charte vise, dans le cadre de l'identité nationale des États arabes et du sentiment d'appartenance à une civilisation commune, à réaliser les objectifs suivants:*

- a. *Placer les droits de l'homme au cœur des préoccupations nationales dans les États arabes de façon à en faire de grands idéaux qui orientent la volonté de l'individu dans ces États et lui permettent d'améliorer sa réalité en accord avec les nobles valeurs humaines;*
- b. *Inculquer à l'être humain dans les États arabes la fierté de son identité, la fidélité à sa patrie et l'attachement à sa terre, à son histoire et à ses intérêts communs et faire en sorte qu'il s'imprègne d'une culture de fraternité humaine, de tolérance et d'ouverture sur autrui, conformément aux principes et aux valeurs universels et à ceux qui sont proclamés dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme;*
- c. *Préparer les nouvelles générations dans les États arabes à une vie libre et responsable dans une société civile solidaire fondée sur l'équilibre entre la conscience des droits et le respect des obligations et régie par les valeurs d'égalité, de tolérance et de modération;*
- d. *Enraciner le principe selon lequel **tous les droits de l'homme sont universels, indivisibles, interdépendants et indissociables** ».*

Ainsi, en est-il, par exemple, de l'article 3 de la Charte arabe des droits de l'homme, dans ses paragraphes (b) et (c) relatifs au principe de non-discrimination, faisant obligation à chaque Etat partie de « ...garantir à tout individu relevant de sa juridiction le droit de jouir des droits et des libertés énoncés dans la présente Charte sans distinction aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la croyance religieuse, l'opinion, la pensée, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou le handicap physique ou mental » et appelant ces mêmes Etats parties à prendre « ...les mesures requises pour garantir l'égalité effective dans l'exercice de tous les droits et de toutes les libertés consacrés par la présente Charte, de façon à assurer une protection contre toutes les formes de discrimination fondées sur l'un quelconque des motifs mentionnés au paragraphe précédent »;

Ainsi en est-il, également, de l'article 4 de la Charte arabe des droits de l'homme définissant les droits non susceptibles de dérogation, y compris en cas de situation d'urgence exceptionnelle mettant en danger l'existence de la nation et proclamée par un acte officiel, et dont la liste dressée par le paragraphe (b) s'avère plus complète que la liste qui en est dressée dans le reste des instruments internationaux et régionaux, tels que la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Convention américaine sur les droits de l'homme, ce qui rend la Charte de concert avec la jurisprudence internationale et l'observation générale n° 29 adoptée par le Comité des droits de l'homme¹⁶ ;

Ainsi en est-il, par ailleurs, des dispositions de la Charte arabe des droits de l'homme consacrées spécifiquement aux droits économiques, sociaux et culturels, où une attention particulière est apportée à des droits comme le droit au travail et à des conditions de travail équitables et décentes (article 34), le droit à la liberté syndicale et au libre exercice des activités syndicales (article 35), le droit à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales (art. 36), le droit au développement (article 37), le droit de chacun à un niveau de vie suffisant pour lui-même et sa famille (art. 38), et le droit à la santé (art. 39).

Ainsi en est-il, de surcroît, des dispositions de l'article 40 relatifs aux droits des personnes handicapées, mentalement ou physiquement, consacrés avec un

¹⁶ Observation générale n° 29 « États d'urgence (art. 4) », CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 août 2001.

haut degré de précision mettant la Charte arabe véritablement à l'avant-garde au niveau international et régional¹⁷.

Devant la Cour, les migrants invoquaient une violation des articles 3 et 13 CEDH et 4 du protocole additionnel n° 4 (interdiction des expulsions collectives d'étrangers).

B. La Charte arabe des droits de l'homme de 2004, un texte essentiellement ambivalent et lacunaire

Après avoir accueilli de façon positive la signature de la Charte arabe des droits de l'homme, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme a diffusé, le 30 janvier 2008, un communiqué critique soulignant que le texte reste incompatible avec les normes internationales¹⁸. Plusieurs dispositions de la Charte arabe des droits de l'homme prêtent, en effet, à critique pour des raisons qui peuvent être ramenées aux considérations suivantes :

¹⁷ Article 40 de la Charte arabe des droits de l'homme : « *Les États parties s'engagent à assurer aux personnes mentalement ou physiquement handicapées une vie décente qui garantisse leur dignité, ainsi qu'à renforcer leur autonomie et à faciliter leur participation effective dans la société;*

- a. *Les États parties fournissent gratuitement des services sociaux à toutes les personnes handicapées, apportent à celles d'entre elles qui en ont besoin un soutien matériel, directement ou par le biais de leur famille ou de la famille qui s'occupe d'eux, et font tout ce qui est nécessaire pour éviter leur placement en institution. Dans tous les cas, ils prennent en compte l'intérêt supérieur de la personne handicapée,*
- b. *Les États parties prennent toutes les dispositions nécessaires pour lutter par tous les moyens possibles contre les handicaps, notamment par le biais de programmes de santé préventive et d'efforts de sensibilisation et d'éducation;*
- c. *Les États parties fournissent tous les services d'enseignement appropriés aux personnes handicapées en tenant compte de l'importance de leur intégration dans le système d'enseignement, ainsi que de l'importance de la formation professionnelle, de la préparation à exercer une activité professionnelle et de la fourniture d'un emploi approprié dans le secteur public ou privé;*
- d. *Les États parties fournissent tous les services de santé appropriés aux personnes handicapées, y compris des services de réadaptation pour leur intégration dans la société;*
- e. *Les États parties assurent aux personnes handicapées la possibilité d'utiliser tous les services collectifs publics et privés. ».*

¹⁸<http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=15698&Cr=Arbour&Cr1=droits> [archive]

1. L'ambiguïté dans la formulation de certains droits civils et politiques

Cette contribution renvoie, à cet égard et à titre d'exemple, aux dispositions de l'article 24 (c) de la Charte arabe des droits de l'homme aux termes desquelles : « *Tout citoyen a le droit de se porter candidat ou de choisir ses représentants dans des élections libres et régulières et dans des conditions d'égalité entre tous les citoyens assurant la libre expression de sa volonté* ». La formulation reste incomplète en ne précisant pas, à l'instar des exigences mentionnées à l'article 25, (b) du Pacte international relatifs aux civils et politiques, à savoir la nécessité que le vote ait lieu « *...au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs* ».

D'autres insuffisances sont liées au renvoi par nombre de dispositions de la Charte arabe des droits de l'homme aux législations en vigueur, ce qui est de nature à limiter le degré de contrainte impliqué pour les Etats parties:

Ainsi en est-il de l'article 26, paragraphe (a) reconnaissant le droit de toute personne qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat partie de jouir de la liberté de circuler et de choisir librement son lieu de résidence, où que ce soit sur ce territoire « *...dans le respect des lois en vigueur* », ce qui contredit les dispositions des articles 12 et 13 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques lesquelles n'admettent aucune limitation à cet égard ;

Ainsi en est-il, également, de l'article 30 (a) relatif à la liberté de pensée, de croyance et de religion, « *...qui ne peut faire l'objet d'aucune restriction non prévue par la loi* », ce qui renferme la même limitation contraire aux dispositions de l'article 18 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques.

2. L'ambiguïté dans la formulation des droits des femmes

Les dispositions de Charte arabe des droits de l'homme de 2004 marquent, sans doute, une avancée significative par rapport au texte de 1994 qui éludait largement la question des droits des femmes. Ainsi, l'égalité femme-homme est plusieurs fois mentionnée et affirmée tant dans le préambule, que dans l'article 3 et ses paragraphes (a) et (b), précités. L'article 34, paragraphe (d) comporte, pour sa part, une protection complète du droit de la femme au travail, en disposant, conformément aux textes internationaux de référence : « *Il est interdit de faire une distinction entre l'homme et la femme dans l'exercice du droit de bénéficier de manière effective d'une formation, d'un emploi, de la protection du travail et d'un salaire égal pour un travail de valeur et de qualité égales* ».

Une formulation ambiguë introduite par le paragraphe (c) du même article 3 de la Charte a suscité, toutefois, quelques commentaires, en autorisant la "*discrimination positive introduite au profit de la femme par la Shari'a islamique et les autres lois divines*". Hormis cette mention qui ouvre la porte à des interprétations susceptibles de nuire au principe de l'égalité en droits, le texte du paragraphe (c) dudit article 3 de la Charte est largement conforme, nous semble-t-il, aux dispositions de la CEDAW¹⁹.

3. La négation des droits des non-citoyens

La Charte pose une question de principe en ne consacrant parfois des droits qu'au bénéfice des seuls citoyens des Etats-parties. Ainsi en va-t-il du droit à la liberté de réunion et à la liberté de rassemblement pacifique (article 24), du droit au travail (article 34) et du droit à la sécurité sociale (article 36). Bien que le droit international autorise des distinctions justifiées et proportionnées en fonction du statut de la personne, cela ne peut concerner les droits en question qui sont universels.

4. Le maintien de la peine de mort pour les enfants mineurs

C'est là, sans doute, la contradiction majeure de la Charte arabe des droits de l'homme dont l'article 7 (a)²⁰, tout en interdisant la prononciation de la peine de mort contre des personnes âgées de moins de 18 ans, semble en même temps en autoriser l'application en réservant le cas de « *disposition contraire de la législation en vigueur au moment de l'infraction* », ce qui est en contradiction formelle avec le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 6-5) et la Convention des droits de l'enfant (article 37, (a)).

Cette disposition est regrettable et se trouve même en décalage par rapport aux autres dispositions de la Charte arabe des droits de l'homme, elle-même, dé-

¹⁹ Article 3 (c) de la Charte arabe des droits de l'homme : « *L'homme et la femme sont égaux sur le plan de la dignité humaine, des droits et des devoirs dans le cadre de la discrimination positive instituée au profit de la femme par la charia islamique et les autres lois divines et par les législations et les instruments internationaux. En conséquence, chaque Etat partie à la présente Charte s'engage à prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir la parité des chances et l'égalité effective entre l'homme et la femme dans l'exercice de tous les droits énoncés dans la présente Charte* ».

²⁰ Article 7 (a) de la Charte arabe des droits de l'homme : « *La peine de mort ne peut être prononcée contre des personnes âgées de moins de 18 ans sauf disposition contraire de la législation en vigueur au moment de l'infraction* ».

diées au droit de l'enfant, y compris notamment les dispositions de l'article 33 (d) aux termes desquelles : « *Les Etats parties prennent toutes les dispositions législatives, administratives et judiciaires requises pour assurer la protection, la survie et le bien-être de l'enfant dans un climat de liberté et de dignité et pour faire en sorte que son intérêt supérieur soit, en toutes circonstances, le critère à la base de toutes les mesures le concernant qu'il s'agisse d'un enfant à risque ou d'un enfant délinquant* ».

C. Faiblesse des mécanismes de contrôle

Outre les insuffisances ci-dessus rappelées et résumées touchant à certaines dispositions définissant les droits de l'homme, la faiblesse de la Charte arabe des droits de l'homme provient essentiellement des mécanismes de contrôle y aménagés. La Charte se limite, sur ce point, à la mise en place d'un comité de sept membres, dit "Comité d'experts des droits de l'homme", chargé d'étudier des rapports produits par les Etats-parties « ...sur les mesures qu'ils auront prises pour donner effet aux droits et aux libertés reconnus dans la présente Charte et sur les progrès réalisés dans l'exercice de ces droits... ,un rapport initial au Comité dans un délai d'un an à compter de la date de l'entrée en vigueur de la Charte pour chacun d'eux et un rapport périodique tous les trois ans... » (Article 48 de la Charte). Jusqu'à la fin de l'année 2013, cinq pays arabes ont présenté leur rapport initial, à savoir la Jordanie, Bahreïn, l'Algérie, le Qatar et les Emirats arabes unis.

La faiblesse des mécanismes de contrôle résulte, en réalité, du fait de l'absence d'une procédure de présentation de communication et de plaintes, contrairement à tous les autres systèmes régionaux des droits de l'homme, à savoir la *Cour européenne des droits de l'homme* de Strasbourg, la *Cour interaméricaine des droits de l'homme de San José – Costa Rica* et la *Cour africaine des droits de l'homme et des peuples d'Arusha - Tanzanie*, instituée par le *Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples*, entré en vigueur le 25 janvier 2004.

Une révision de la Charte arabe des droits de l'homme est, en conclusion, vivement souhaitée. Elle est rendue, dans les conditions actuelles, encore plus aléatoire du fait des difficultés qui secouent toute la région arabe. La priorité semble être donnée aux initiatives citoyennes et aux mouvements de contestations populaires, dont les mots d'ordre scandés depuis Tunis ont appelé à la reconnaissance d'une valeur qui transcende tous les principes et droits reconnus dans l'ensemble des instruments internationaux et régionaux des droits de l'homme, à

savoir la dignité et la liberté, ainsi associées par les jeunes Tunisiens à un mouvement qui se met progressivement en place et qui pourra permettre à la jeunesse dans tous les Etats arabes d'inscrire éternellement l'humanité dans leur confiance !

IBRAHIM SALAMA*

Towards a socio-legal appraisal of religious intolerance: the challenge of the prohibition of incitement to hatred

I. Introduction

In recent years incidents involving hate speech, negative stereotyping in the media, worrisome rhetoric of public officials or by political parties, coupled with advocacy of religious, racial or national hatred, continue to be alarming trends which reverberate tragically across the globe, especially with technological advances and social media . This has provoked tensions which, at times, resulted in killings of innocent people, attacks on sacred sites and places of worship and calls for reprisals. At the outset, it should be made clear that these developments have not been restricted to a “believers vs. non-believers” framework or a Western versus Islam idea. Indeed, in recent times much of the violence – often with lethal consequences – has occurred between adherents of the same faith and in particular Islam.

Adherents to the different religious faiths have often been the victim of this trend which in political or sociological terms has been coined by some as a rise in xenophobia, Islamophobia, Christianophobia, or indeed Anti-Semitism. For the purpose of this paper I will discuss the both the history and legal framework in relation to religious intolerance before proceeding with a more detailed overview of human rights law in relation to the prohibition of incitement to hatred. I should immediately underline that this legal framework is equally valid and important to address acts against adherents of whichever religion or belief.

I should also stress that international human rights law protects individuals, not belief systems or religions per se. The High Commissioner for Human Rights¹ as

* Director of the Human Rights Treaties Division at the Office of the UN High Commissioner for Human Rights (OHCHR). The views expressed in this article do not necessarily reflect those of the United Nations and are to be attributed solely to the author.

well as the relevant international human rights mechanisms have held that it should be possible to scrutinise, openly debate, and criticise interpretations of religious doctrine as this leads to a healthy debate around religion and can enrich the enjoyment of the freedom of religion or belief. Indeed, contrary to what is often purported, freedom of expression and freedom of religion are not contradictory; they are mutually dependent and reinforcing. Freedom of religion cannot exist if freedom of expression is not respected. Likewise, freedom of expression is essential to creating an environment in which a constructive—though sometimes critical—discussion about religious matters could be held.

II. Religious Intolerance

A. History and Concept

Since time immemorial, religions have sought to express not only the human relationship with the divine, but also the values of tolerance, compassion and solidarity that should underpin human beings' interaction with one another.

And from the outset of the contemporary human rights movement, the drafters of the Universal Declaration recognised the need to clearly define what freedom of religion is and what it entails. The Universal Declaration states that such freedom includes freedom to manifest one's religion or belief in teaching, practice, worship and observance, either alone or in community with others, either in the private sphere or in the public domain.

Nevertheless, we cannot be but disheartened when reading or hearing almost daily accounts of religious intolerance, discrimination or even persecution all over the world.

Islamophobia, anti-Semitism, and Christianophobia are not new phenomena, and date from the time of the earliest contacts between religions and cultures. These concepts have been reflected in various resolutions of the Human Rights Council and the General Assembly. Moreover, Paragraph 150 of the Durban Programme of Action "calls upon States, in opposing all forms of racism, to recognize the need to counter anti-Semitism, anti-Arabism and Islamophobia worldwide, and urges all States to take effective measures to prevent the emer-

¹ See keynote speech by High Commissioner for Human Rights Navi Pillay, delivered at the King Abdullah University for Science and Technology in Jeddah, Saudi Arabia, on 19 April 2010.

gence of movements based on racism and discriminatory ideas concerning these communities". The Durban Review Conference Outcome Document (operative paragraph 12) also deplored "the global rise and number of incidents of racial or religious intolerance and violence, including Islamophobia, anti-Semitism, Christianophobia and anti-Arabism manifested in particular by the derogatory stereotyping and stigmatization of persons based on their religion or belief".

Such phobias can both refer to a sentiment held or to its practical consequences, i.e. the manifestations of this sentiment. Taking the example of Islamophobia, in general terms, and drawing on the words of the former Special Rapporteur Racism, Mr. Doudou Diène, this concept can refer to a "baseless hostility and fear vis-à-vis Islam, and as a result a fear of and aversion towards all Muslims or the majority of them. On a wider level, it also refers to the practical consequences of this hostility in terms of discrimination, prejudices and unequal treatment of which Muslims (individuals and communities) are victims and their exclusion from major political and social spheres".² From a socio-cultural point of view, the increasing prevalence of e.g. Islamophobia in many societies could be seen as the result of various factors among which ignorance hardened by a lack of openness as well as, at times, by media approaches. Another factor, at least as important, is the rise of political extremism and religious fundamentalism which paradoxically mutually enforce each other and lead to reciprocal prejudice. Political manipulation against a religion or belief could perfectly enhance fundamentalist trends among some followers of this religion of belief. I should note an important implication of this, namely that some Muslims can inadvertently play an important part in the rise or demise of Islamophobia.

Religious symbols are often at the center of discussions about religious intolerance. When dealing with the issue of religious symbols, two aspects need to be taken into account. On the one hand, many individuals across the world are prevented from identifying themselves through the display of religious symbols, while on the other hand some countries require people to identify themselves through the display of religious symbols, for example the wearing of religious dress in public.

The preceding is present within a number of religions and indeed religious symbols remain a subject of controversy in various countries. Examples of affected believers and their religious garments or ornaments include Muslims wearing headscarves, Jews wearing yarmulkes, Christians wearing crucifixes, collars and

² Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, Doudou Diène, A/HRC/9/12, 2 September 2008.

nuns' habits, Hindus displaying a bindi, Buddhists wearing saffron robes, Sikhs wearing turbans or kirpans as well as followers of Bhagwan (Osho) wearing reddish-coloured clothing. There are different levels of regulation or prohibition on the wearing of religious symbols including constitutional provisions, legislative acts at the national level, regulations and mandatory directives of regional or local authorities, rules in public or private organizations or institutions (e.g. school rules) and court judgements.

The intensity of possible adverse effects for individuals who do not abide by the regulations or prohibitions also depends on the respective field of application.

The obligation to wear religious dress in public, for example, in certain countries was particularly criticized by the Special Rapporteur of Freedom of Religion or Belief, Mr. Abdelfattah Amor, who stated that "women are among those who suffer most because of severe restrictions on their education and employment, and the obligation to wear what is described as Islamic dress".³ He reported on instances of punishment by whipping and/or a fine and a growing number of women being attacked in the streets, or even killed after being threatened for failing to wear religious symbols.

The controversy under international human rights law tends to centre on possible limitations on the freedom to manifest one's religion or belief, e.g. according to article 29 (2) of the Universal Declaration on Human Rights, article 18 (3) of the International Covenant on Civil and Political Rights, article 1 (3) of the Declaration, article 9 (2) of the European Convention on Human Rights (ECHR) and article 12 (3) of the American Convention on Human Rights (AmCHR). Generally speaking, these clauses only accept such limitations as are prescribed or determined by law and are necessary - in a democratic society - to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others. The list of permissible reasons for intervention notably does not include additional grounds stipulated for different human rights (such as the right to freedom of expression), e.g. national security or the reputations of others.

B. Religious Intolerance and Human Rights Law

The complex sociological nature of the notion of Islamophobia, Christianophobia and anti-Semitism has often shifted discussions to a debate overly political in

³ Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Mr. Abdelfattah Amor, E/CN.4/1998/6, para. 60.

nature. Therefore, and in order to clarify the human rights law aspects of the issue at hand, it is important to dissect these notions further.

One could distinguish between: (a) intolerant and prejudicial mind-set; (b) religious discrimination; (c) violence perpetrated against members of religious or belief communities, and (d) incitement to religious hatred

First, racial and religious intolerance towards specific ethnic or religious groups should be addressed by Governments through a wide range of measures aimed at educating people and providing them with a space to dialogue, and adopt policies to promote a tolerant and indeed respectful societies. It should be made clear that while intolerant mentalities by themselves do not yet constitute human rights violations, they do, however, provide the intellectual ground for potential violations. Intolerant mentalities become a human rights issue as soon as they are publicly expressed and when they amount to advocacy of racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence.

Second, discrimination against members of religious or belief communities prevents them from fully enjoying all their human rights. It adversely affects their right to freedom of religion or belief but also has a negative impact on the enjoyment of other human rights or fundamental freedoms. Indeed, other civil and political rights, such as equality before the law, right to a fair trial, freedom from arbitrary detention, freedom from torture, freedom of movement, and freedom of assembly and association may be at stake. Similarly, economic, social and cultural rights, such as the rights to work, adequate food and housing, health, education and to take part in cultural life, may be adversely affected. In accordance with international human rights law, States have the duty to refrain from discriminating against individuals or groups of individuals based on their ethnicity and/or religion or belief; to prevent such discrimination, including from non-State actors; and to take steps to ensure that, in practice, every person in their territory enjoys all human rights without discrimination of any kind.

Here I shall pause and reiterate the importance of avoiding any hierarchy in the different manifestations of religious discrimination. Also, I should draw attention to the intra-religious dimension as such forms can be of the most tenacious manifestations of religious discrimination and often lead to the persecution of intra-religious minorities.

Third, acts of violence perpetrated against members of religious or belief communities constitute a blatant human rights violation, for example, with regard to the right to security of the person or ultimately to the right to life, as prescribed by articles 9 and 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights. In implementing their obligations under the international human rights treaties,

States need to take all necessary and appropriate measures to investigate these acts, prosecute and sanction the perpetrators in accordance with international human rights law, and compensate the victims.

Fourth, the notion of incitement to religious hatred is inter-twined with that of the freedom of opinion and expression and has gained much attention in recent years. The following part of this paper will be dedicated to this topic though I will also touch upon other issues such as religious symbols. Subsequently, I will address some thoughts for the way forward.

III. The Prohibition of Incitement to Hatred

A. The International Covenant on Civil and Political Rights

A mandatory starting point in analysing incitement to hatred is the International Covenant on Civil and Political Rights and its well defined standards on freedom of expression.

Freedom of expression is a corner stone in human rights law. Freedom of expression pre determines the exercise and defence of all other human rights. The Human Rights Committee has referred to it as indispensable for the full development of the person and the foundation stone for every free and democratic society. It allows individuals to defend all their rights, to demand a fair trial or affordable health care and permits them to denounce injustice. But at the same time freedom of expression is not absolute. International law foresees restrictions on the freedom. For example, article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights allows certain restrictions but only when they are provided by law; and are necessary for respect of the rights or reputations of others or for the protection of national security, public order or of public health or morals.

In addition, article 20 of the Covenant also requires the prohibition of propaganda for war as well as any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence.

These restrictions provide us with the key to understanding how human rights law deals with incitement to hatred. However, applying the restrictions in practice is not without its challenges. It may indeed be quite difficult to distinguish between prohibited forms of speech and speech that is merely offensive or just

disrespectful, for there is no firmly agreed definition of hate speech in international law. And perhaps neither should there be one, as the right not to be offended does not exist in human rights law. Instead, we have a number of slightly different regional and national approaches.

The Human Rights Committee – the Committee overseeing the implementation of the Covenant - has for its part stated its opinion that the prohibition of racial hatred and incitement to discrimination is compatible with and complements the freedom of expression. Importantly, the Committee has indicated that any measures prohibiting racial hatred or incitement to discrimination must satisfy the test for restrictions on freedom of expression that I just outlined, namely: they are provided by law; and are necessary for respect of the rights or reputations of others or for the protection of national security, public order or of public health or morals. The Committee has also stressed the importance of the laws being applied by independent bodies which provide all guarantees of due process and legal remedy.⁴

The Committee's jurisprudence illustrates the difficulty in balancing competing rights and obligations. Its approach has been to do so on a case-by-case basis, taking into account the particular circumstances and implications of the case at hand. In any case, finding the right balance requires an approach that is the least intrusive interference with freedom of expression while at the same time protecting individuals from incitement to hatred.

As one example of such case-by-case balancing, in the case of *Ross v. Canada* (Communication no. 736/1997), Malcolm Ross alleged that a denial of his right to express his religious views violated article 19 of ICCPR. He had worked as a school teacher for 15 years during which time he published books and made public statements denigrating the Jewish faith and ancestry. Upon a complaint by a Jewish parent from Mr. Ross' school district, the provincial Human Rights Board of Inquiry noted that "a teacher's off-duty conduct can impact on his or her assigned duties and thus is a relevant consideration". Pursuant to the Board of Inquiry's order, the school board subsequently transferred the author to a non-classroom teaching position in the school district later he was laid off his job). In this decision, the Human Rights Committee recalled that the exercise of the right to freedom of expression carries with it special duties and responsibilities, which are of particular relevance within the school system, and concluded that "the removal of the author from a teaching position can be considered a restriction necessary to protect the right and freedom of Jewish children to have a school

⁴ See for more detail the Human Rights Committee's General Comment on Freedom of Opinion and Expression, available at <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/GC34.pdf>

system free from bias, prejudice and intolerance” (para. 11.6). Furthermore, the Human Rights Committee held that article 18 of ICCPR had not been violated because the actions taken against the author “were not aimed at his thoughts or beliefs as such, but rather at the manifestation of those beliefs within a particular context” (para. 11.8).

The annex to this paper contains a number of examples of jurisprudence by either the Human Rights Committee or the Committee on the Elimination of Racial Discrimination in relation to freedom of expression and the prohibition of incitement to hatred.

B. The International Convention on the Elimination of Racial Discrimination

A second document, the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination or ICERD, which was adopted by the General Assembly in 1965, was actually the first international treaty to directly deal with the question of hate speech.

Article 4 of the ICERD requires States to work to eradicate all incitement to racial discrimination. Dissemination of ideas based on racial superiority or hatred; acts of violence or incitement to such acts against any race; and the provision of assistance to racist activities must be declared punishable by law.

It is interesting to review some of the practice of the CERD Committee in applying these prohibitions. In the case of *The Jewish Community of Oslo v. Norway*, the Committee considered a case of a group known as the ‘Bootboys’ which organized and participated in a march in commemoration of the Nazi leader Rudolf Hess. The leader of the march, Mr. Sjolie, made a speech in honour of Rudolph Hess. The Supreme Court of Norway found that penalizing approval of Nazism would involve prohibiting Nazi organizations, which it considered would go too far and be incompatible with the right to freedom of speech. The majority also considered that the statements in the speech were simply Nazi rhetoric, and did nothing more than express support for National Socialist ideology.. The majority held that the speech contained derogatory and offensive remarks, but that no actual threats were made, nor any instructions to carry out any particular actions.

The Committee disagreed with the Court. In its view, Mr. Sjolie’s speech contained ideas based on racial superiority or hatred and the deference to Hitler and his principles must in the Committee’s view be taken as incitement to racial dis-

crimination, if not violence. The Committee also noted that the prohibition of all ideas based on racial superiority or hatred is compatible with freedom of expression. As a result, the Committee concluded that the statements of Mr. Sjolie, given that they were of exceptionally/manifestly offensive character, violated the Convention.

Similarly, in its practice, reviewing reports prepared by States, the Committee has emphasized the importance of prohibiting incitement to hatred. For example, the Committee consistently reminds states of obligations to prohibit all organizations, including mass media, which promote and incite racial discrimination. It also welcomes changes in penal law that recognize the serious nature of incitement to racial discrimination.

In one instance, the Committee recommended that the State consider extending the crime of incitement to cover offences motivated by religious hatred against immigrant communities. The Committee has also recommended the introduction of provisions designating racist motivations – and more recently motivations of religious hatred – in crimes as aggravating circumstances.

While CERD deals with racial and ethnic issues, it nevertheless constitutes an entry point for addressing Islamophobia as it has interpreted its mandate to also deal with religious issues – including Islamophobia – when a link between religious affiliation and ethnic origin can be established.

C. Some Challenges to Addressing Incitement to Hatred

Determining the right balance between protecting freedom of expression and prohibiting incitement to hatred is, at times, fraught with difficulties. I wish to identify just two challenges in the current context.

1. Distinguishing advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence from other speech

A clear challenge is that of threshold, or in other words how to determine whether a statement constitutes “advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence” or is merely offensive or even a legitimate exercise of freedom of speech.

The Committee on the Elimination of Racial Discrimination held a thematic discussion on racist hate speech when this question was discussed. It was noted that there is no agreed threshold for determining what sort of speech should be prohibited. Based on on-going research, some suggested using 'severity' as a determining factor. Severity could be determined by examining who made the statement, what was in the statement, and the timing of the statement. For example, was the timing such as to make the likelihood of harm imminent? Similarly, was the speaker in a position of authority with the potential to be followed by millions or a lone individual?

In a case before the Human Rights Committee, a minority view considered incitement to hatred under article 20 of the Covenant in the case of *Faurisson v. France* (communication no. 55/1993, see annex). In that case, the members relied on statements by the Minister of Justice that 'characterized the denial of the existence of the Holocaust as the principal vehicle for anti-Semitism'. They also noted 'the notion that in the conditions of present-day France, Holocaust denial may constitute a form of incitement to anti-Semitism cannot be dismissed'.

Ultimately, the decision of the majority did not refer to incitement to hatred under article 20 but instead determined the case under article 19, i.e. on freedom of expression. Nonetheless, the comments of the minority on the context of speech are helpful in better understanding when speech might be considered incitement to hatred.

2. Freedom of speech and blasphemy/'defamation of religions'

In recent years, there have been challenges with regard to the dissemination of expressions which offend certain believers. It has fuelled extensive national discussions and has also permeated debates in international fora.

As an example on the national level, I would like to refer to the controversy after the publication of Salman Rushdie's novel 'The Satanic Verses' in the United Kingdom 25 years ago. In 1991, the Divisional Court in question still confirmed that the offence of blasphemy remained confined to protect only the Christian religion as exemplified by the established Church of England. After her country visit to the United Kingdom in 2007, the Special Rapporteur on freedom of religion or belief criticised this discriminatory blasphemy offence and recommended its decriminalization, especially as the Racial and Religious Hatred Act had just entered into force. The Houses of Parliament discussed this issue and in 2008

abolished the common-law offences of blasphemy and blasphemous libel in England and Wales. This domestic example illustrates a shift towards protecting individuals against incitement to religious hatred, rather than affording protection to religions per se.

Another example of this tension at the international level has been the use of the term ‘defamation of religions’. Indeed, for more than a decade the UN Commission on Human Rights and its successor body, the UN Human Rights Council, had been deadlocked in a debate on this very issue.

However, in March 2011, the Human Rights Council moved the debate forward by adopting resolution 16/18, without a vote. This resolution contains a comprehensive roadmap for a coordinated and international effort to combat intolerance, negative stereotyping and stigmatization of, and discrimination, incitement to violence, and violence against persons based on religion or belief.

IV. The Rabat Plan of Action

With a view to clarifying the international legal framework regarding incitement to hatred and stemming from its readiness to assist Member States in the implementation of their treaty obligations, the Office of the High Commissioner for Human Rights took the initiative to organize – in 2011/2012 – a series of expert workshops on the prohibition of advocacy to national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence as reflected in article 20 ICCPR.⁵ These workshops, held in all regions of the world, involved three UN Special Rapporteurs — on Freedom of Opinion and Expression, Freedom of Religion or Belief, and Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance — as well as 45 experts from different cultural backgrounds and legal traditions.

Through these workshops, we have learned that many Governments, in response to current challenges, have reinforced existing laws and introduced new punitive measures on hate speech that go beyond prohibiting incitement. In particular, experts participating the OHCHR regional workshops provided exam-

⁵ For further information including all background documents and experts papers produced please visit <http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Articles19-20/Pages/Index.aspx>

ples of the negative impact of anti-blasphemy laws; problems relating to curbing freedom of information and the use of the Internet; harassment of journalists and human rights defenders; and instances where members of minorities are persecuted through the abuse of vague or counter-productive legislation, jurisprudence and policies.

In addition, the proceedings shed light on the problem of insufficient national legislation or of vague and unclear provisions that are conducive to misuse. Discussions also demonstrated the uneven and ad hoc application of these laws, compounded often by the absence of dedicated and properly equipped institutions to implement or adjudicate them.

The outcome document – the Rabat Plan of Action – brings together ideas, expert analysis of State practices and lessons learned from the various regions of the world.⁶ Together with a number of other relevant initiatives and mechanisms, including follow-up to Human Rights Council resolution 16/18, the Rabat Plan of Action is part of an effort to provide all stakeholders with ideas, recommendations and practical tools to effectively address the international prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence.

The most important feature of the Rabat Plan of Action, in my view, is that it is the fruit of a transparent expert-led participatory process that goes beyond merely legal analysis. The Rabat PoA offers a comprehensive framework and a set of tools to States, parliaments, the judiciary, civil society actors, including faith based institutions and indeed also regional and international organizations — to help better discuss issues with the aim of implementing existing international human rights norms.

In terms of legislation, the Rabat Plan encourages States to define incitement to hatred narrowly, noting that “[t]he broader the definition of incitement to hatred is in domestic legislation, the more it opens the door for arbitrary application of these laws.” Restrictions on freedom of expression should therefore pass the three part test of legality, proportionality and necessity, “i.e. such restrictions must be provided by law, be narrowly defined to serve a legitimate interest, and be necessary in a democratic society to protect that interest.”

⁶ For the text of the „Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence“, please check the addendum to the annual report of the High Commissioner for Human Rights, A/HRC/17/Add.4 dated 11 January 2013.

For the development of jurisprudence, the Rabat Plan offers a six-part threshold for national courts to consider when assessing whether a specific instance of speech ought to be criminally prohibited or punished as incitement.

With respect to government policies, the Rabat Plan notes that States must act broadly to ensure intercultural dialogue in a variety of forums and promote pluralism, so that minorities and indigenous peoples have the opportunities to make meaningful contributions to national discussions, as well as a means to combat intolerance and discrimination with society. The Rabat Plan underlined the duty of positive speech that is incumbent on politicians and indeed religious leaders and which entails promptly speaking out against instances of hate speech whenever they occur. It also recommends that States promote public education on human rights and sensitize law enforcement and security forces regarding questions concerning the prohibition of incitement to hatred. The Rabat Plan also outlines several recommendations to the UN and other stakeholders, including civil society organizations, to create and support mechanisms and dialogues to foster intercultural and inter-religious understanding and learning. While a legal response remains important, legislation is only part of a larger toolbox to respond to the challenges of hate speech. Any related legislation should be complemented by initiatives coming from various sectors of society geared towards a plurality of policies, practices and measures nurturing social consciousness, tolerance and understanding change and public discussion. This is with a view to creating and strengthening a culture of peace, tolerance and mutual respect among individuals, public officials and members of the judiciary as well as rendering media organizations and religious/community leaders more ethically aware and socially responsible. States, media and society have a collective responsibility to ensure that acts of incitement to hatred are spoken out against and acted upon with the appropriate measures in accordance with international human rights law.

The Rabat plan of action also includes clear recommendations addressed to non-State actors over and beyond to Government officials and State institutions. Indeed, it clearly sets out that both political and religious leaders should refrain from using messages of intolerance or expressions which may incite to violence, hostility or discrimination. These leaders also have a crucial role to play in speaking out firmly and promptly against intolerance, discriminatory stereotyping and instances of hate speech. It should be made clear that violence can never be tolerated as a response to incitement to hatred.

Furthermore, the Rabat plan of action recommends that non-governmental organisations, national human rights institutions as well as other civil society

groups should create and support mechanisms and dialogues to foster intercultural and inter-religious understanding and learning.

V. Concluding Remarks: The Way Forward

Clearly there are a number of avenues laid out by the international human rights mechanisms to address the issue of religious intolerance and incitement to hatred. I mentioned earlier the relevant treaty bodies, the Human Rights Committee and the Committee on the Elimination of Racial Discrimination. In addition, there are the Special Procedures of the Human Rights Council, which are independent experts appointed by the Human Rights Council and responsible for certain thematic or country-specific issues.

The mandate of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief is of particular relevance. The Special Rapporteur, currently Mr. Heiner Bielefeldt, has recently engaged in a constructive dialogue with States by sending them communications to seek clarification on credible allegations of incidents and governmental actions incompatible with the provisions of the 1981 Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief. These communications cover a wide range of serious issues in a wide range of thematic areas, including allegations of disappearances, torture, arrest and detention of individuals belonging to religious minorities or belief communities. Other major issues are inter-communal violence, death threats against and discrimination of converts as well as statements inciting violence directed against members of religious minorities. The Special Rapporteur has also taken up allegations of public manifestations of religious intolerance, stigmatization of persons based on their religion or belief and public announcements of disrespectful acts. Further cases involve attacks on places of worship and religious tensions related to religious sites, including cemeteries.

I also illustrated the value of the Rabat plan of action. This important instrument will, however, not alone achieve the task of constructing a solid framework for a society of diversity and tolerance. For no law or policy could. Legislation, and its interpretation, is just one part of the larger toolbox we need to employ in order to respond to the challenges of hate speech in a society where old boundaries are crumbling. Experience shows that the more civil society is free and active the more successful societies overcome negative stereotyping and incitement to hatred. Also governments need to be proactive and put in place intuitions, policies and initiatives that promote tolerance and equality.

We need to create greater empathy and intercultural dialogue. Such dialogues have to be grounded in human rights law. The role of human rights law should be understood beyond its prohibitive aspect. The duty to positive speech is in my view a human rights responsibility that requires analysis and promises to be conducive to filling a gap of understanding and of protection of human rights. Religious leaders need to be more involved in reaching out constructively to other confessions. The 2008 Faith in human rights statement, signed by high-level representatives of the various religions stands as one good example that was not followed up on as it should.⁷ Moreover, greater involvement of media would be of immense use in this respect. Broadcast and print media can adopt self-regulatory standards to prohibit the use of racist terms and to stop reporters from relying on stereotypes, consciously or ignorantly. They can commit to ensuring a diverse workforce, reporting factually and progressively on sensitive topics, and ensuring that a proper complaints mechanism is set up. And digital media should also seek to address these issues.

Can people of different backgrounds, history and religion live together, and remain true to themselves without pushing others away? In a world where we all encounter more strangers than ever before, and where societies are increasingly multi-cultural, this is a very real challenge but not an impossible mission.

In a context of escalating prejudice, it is my hope that the important initiative taken in the Rabat Plan of Action will help boost the full implementation of our international human rights obligations, and so help to break the world's many vicious cycles of hatred and vengeance.

⁷ The 2008 Faith in Human Rights statement is available at: http://www.oikoumene.org/en/folder/documents-pdf/faith_human_rights.pdf

ABDOULAYE SOMA*

Vers une juridiction pénale régionale pour l'Afrique ?

Introduction

Le jugement des Africains par les Africains et pour les Africains. Tel semble être désormais le leitmotiv de l'Union africaine. Ces derniers moments, l'organisation panafricaine semble vouloir privilégier la répression pénale internationale des criminels africains par des juridictions africaines pour le compte des victimes africaines. Il y a une propension à la régionalisation de la répression pénale internationale qui se manifeste sur le continent africain. Elle cristallise un certain développement du droit international pénal, aboutissant à la création de juridictions pénales internationales à vocation régionale sous l'égide de l'organisation continentale panafricaine.

Dans un premier sens, le droit international pénal peut être entendu largement comme l'ensemble des règles et des institutions juridiques gouvernant l'incrimination et la répression des infractions qui, soit présentent un élément d'extranéité, soit sont d'origine internationale¹. Il ne se distingue pas alors du droit pénal international dans cette conception. Dans un second sens, le droit international pénal recouvre strictement l'ensemble des normes internationales qui ont pour but la prohibition et la sanction de comportements attentatoires à l'ordre public international². Autrement, le droit international pénal a trait aux aspects pénaux du droit international public et peut être conçu comme l'ensemble des règles et des institutions qui gouvernent l'incrimination et la répression des infractions définies par l'ordre juridique international. En ce sens,

* Agrégé des Facultés de droit, Directeur du Centre d'Etudes et de Recherches sur le Droit International et les droits de l'Homme (CERDIH)- Université Ouaga 2- Burkina Faso.

¹ Jean Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.391. ; Anne-Marie La Rosa, *Dictionnaire de droit international pénal*, Paris, PUF, 1998, p.36.

² Olivier de Frouville, *Droit international pénal. Sources, incriminations et responsabilité*, Paris, Pedone, 2012, pp.3 et s.

on peut distinguer le droit international pénal, qui relève de l'ordre juridique international³, du droit pénal international, qui relève de l'ordre juridique interne⁴. Celui-ci, dans cette distinction, a plutôt trait aux aspects internationaux du droit pénal national et désigne précisément les règles de droit pénal interne s'appliquant à des situations criminelles présentant un élément d'extranéité, c'est-à-dire un élément par lequel l'ordre juridique interne d'un Etat est en rapport avec l'étranger⁵. Le développement du droit international pénal est étroitement lié au développement des juridictions pénales internationales.

Les juridictions pénales internationales sont des instances créées par des Etats agissant collectivement et ayant le pouvoir de juger les auteurs présumés de crimes internationaux⁶. Après la première guerre mondiale, le traité de Versailles du 28 juin 1919 prévoyait la création d'une juridiction pénale à composition internationale incluant des juges des Etats-Unis, du Royaume-Uni, de la France, de l'Italie et du Japon. Ce tribunal devait être compétent pour juger le Chef de l'Etat allemand, Guillaume II, mis en cause pour « offense à la morale internationale et à l'autorité sacrée des traités »⁷. L'expérience fut vaine. Cette juridiction pénale internationale ne vit jamais le jour. Le Kaiser n'a pu être jugé, les Pays-Bas où il s'était réfugié ayant refusé de l'extrader pour le motif que l'infraction qui lui était reprochée avait une nature politique. Il est constant dans le droit extraditionnel traditionnel que les auteurs d'infractions politiques ne sont en principe pas extradables⁸. A l'issue de la Deuxième guerre mondiale, les alliés vainqueurs relancèrent l'idée d'une juridiction pénale internationale pour juger les hauts responsables de guerre allemands et nipons. Pour l'Allemagne, le statut du Tribunal militaire international de Nuremberg (TMIN), qui était annexé à l'accord de Londres, fut adopté le 8 août 1945. Pour le Japon, le statut du Tribunal militaire international de Tokyo (TMIT), qui était annexé à la proclamation spéciale du commandant en chef suprême des forces armées des puissances alliées, fut adopté le 19

³ Hervé Ascensio, « La banalité des sources du droit international pénal par rapport aux sources du droit international général », in Mireille Delmas-Marty, Emanuela Fronza et Elisabeth Lambert-Abdelgawad (dir.), *Les sources du droit international pénal*, Paris, Société de législation comparée, 2004, pp. 403-409.

⁴ Henri Donnedieu de Vabres, *Introduction à l'étude du droit pénal international*, Paris, Sirey, 1922, p.6 ; Claude Lombois, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 1979, pp.10 et s. ; André Huet et René Koering, *Droit international pénal*, Paris, PUF, 1994, p.21 et s.

⁵ Olivier de Frouville, *Droit international pénal. Sources, incriminations et responsabilité*, op.cit., Paris, Pedone, 2012, p.5.

⁶ Jean Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op.cit. p.628.

⁷ v° article 227 du traité de Versailles.

⁸ André Balazs, « Les aspects juridiques du problème de l'extradition des criminels de guerre », Genève, éd. Vierra, 1996, p.30.

janvier 1946. Ces deux premières juridictions pénales internationales effectives purent alors poursuivre, juger et condamner plusieurs criminels de guerre des puissances de l'Axe⁹. Depuis lors, l'idée d'une juridiction pénale internationale permanente est restée toujours latente dans l'esprit de la communauté internationale, mais ne put jamais se concrétiser à cause notamment des oppositions systématiques des grandes puissances dans le contexte de la Guerre froide. Ce n'est qu'à la fin de celle-ci qu'un accord a pu être trouvé au sein du Conseil de sécurité de l'ONU pour la création de deux tribunaux *ad hoc*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), pour s'occuper du contexte criminel des Balkans, et le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR)¹⁰, pour s'occuper du contexte génocidaire rwandais. La création, sous l'égide de la communauté internationale, de juridictions chargées de sanctionner les auteurs d'infractions internationales commises dans un contexte criminel national spécifique se poursuit avec la mise en place des tribunaux pénaux internationalisés ou mixtes, à l'instar du Tribunal spécial pour la Sierra-Léone (TSSL)¹¹. Les travaux de l'Assemblée générale des Nations Unies pour l'institution d'une instance pénale permanente mondiale qui ont commencé en 1948 vont connaître une longue léthargie jusqu'après la Guerre froide. Ce n'est qu'en 1990 que l'Assemblée générale saisit la Commission de droit international (CDI) pour examiner, dans le cadre des travaux sur l'élaboration du projet de code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, les questions relatives à une cour pénale internationale (CPI). La CDI réussit à adopter en 1994 le projet de statut de la CPI. Ce texte servira de base aux négociations aboutissant à l'adoption, lors de la conférence de Rome, du statut de la CPI le 17 juillet 1998. Ce statut est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002 et la CPI a été opérationnalisée dès lors.

La CPI s'est montrée très active sur les situations criminelles en Afrique. Elle a bénéficié de la coopération des Etats africains, dont plusieurs lui ont déféré des situations nationales pour qu'elle poursuive les auteurs présumés de crimes internationaux relevant de sa compétence. Cependant, très récemment, les rapports entre la CPI et l'Afrique sont devenus houleux¹². Certaines poursuites engagées par la CPI en Afrique sont critiquées par l'Union Africaine. Cette dernière a alors mis en route un projet de création d'une juridiction pénale régionale

⁹ Robert Kolb, *Droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 27 et s.

¹⁰ Hervé Ascensio, « Les tribunaux *ad hoc* pour l'ex Yougoslavie et pour le Rwanda », in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp.795-808.

¹¹ Roswitha Petry, « Les tribunaux internationaux », in Laurent Moreillon et autres (éd.), *Droit pénal humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp.39-55.

¹² James Mouangue Kobil, « L'Afrique et les juridictions internationales pénales », *Cahier Thucydide*, n° 10, 2012, pp.1-61.

pour l'Afrique¹³, à la suite de la création des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour le jugement d'Hissène Habré¹⁴. C'est un mouvement tout à fait inédit, aussi bien en droit international général, qu'en droit international africain. Comme on peut le constater, dans toute l'histoire du droit international pénal, les juridictions pénales internationales ont toujours semblé être placées sous l'égide de la communauté internationale dans son ensemble. Qu'il s'agisse du TMIN et TMIT, des tribunaux pénaux *ad hoc*, TPIY et TPIR, ou des tribunaux pénaux internationalisés comme le TSSL, ou encore de la CPI, la création d'une juridiction pénale internationale intéresse la société internationale dans son ensemble. Les crimes internationaux dont la répression est visée concernent l'ordre public international dans son unité et sa globalité. Il y avait une vocation générale à l'universalité pour les juridictions pénales internationales. La dynamique actuelle de l'Union Africaine est de créer une juridiction pénale internationale à vocation régionale, destinée à sanctionner les crimes commis sur le sol africain suivant des incriminations définies et admises par le droit international africain. Ce mouvement de régionalisation du droit international pénal général par la création d'une juridiction pénale régionale par l'Union Africaine, à côté de la CPI, ne cesse d'interroger. Il suscite plusieurs réflexions pouvant se rapporter notamment à la légalité, à la légitimité, à l'opportunité, à l'originalité, à l'opérationnalité, à l'efficacité et à la durabilité d'une telle juridiction pénale régionale en Afrique. Toutes ces questions ne peuvent être traitées dans le cadre de cette modeste contribution. Ce qui intéresse essentiellement et principalement sur ce projet inédit c'est d'apprendre sur le contexte ou le prétexte de l'émergence de cette juridiction pénale régionale africaine, ainsi que sur sa compétence telle qu'elle se dessine dans le projet. Dans cette perspective, il est fondamental de se demander s'il y a lieu pour l'Union Africaine de se doter d'une juridiction pénale régionale. Quelle est la justification de l'émergence d'une juridiction pénale régionale en Afrique ? Quelle est la compétence prévue de la juridiction pénale régionale pour l'Afrique ?

La problématique est basique au double sens d'élémentaire et de fondamentale. Elle permet de comprendre les aspects principaux de la création, de l'organisation et du fonctionnement de la juridiction pénale régionale en projet sur le continent africain. De ce point de vue, le sujet revêt un grand intérêt, car

¹³ Belingene Kahombo, « Le projet de création d'une juridiction pénale panafricaine », *The Rule of Law, Librairie Africaine d'Etudes Juridiques de la Fondation Konrad Adenauer*, vol.7, 2013, pp.1-26.

¹⁴ Mutoy Mubiala, « Chronique de droit pénal de l'Union africaine. Vers une justice pénale régionale en Afrique », *Revue internationale de droit pénal*, vol.83, 2012, pp.547-557.

dans ce mouvement inédit du régionalisme pénal africain, ce qui intéresse de prime abord c'est d'en comprendre les linéaments, pour mener toute réflexion sur le processus. Le sujet est également d'actualité, dans la mesure où le processus de mise en place de cette juridiction pénale régionale par l'Union Africaine est encore en cours et reste à être finalisé et opérationnalisé ; les projets de statuts élaborés en 2012, discutés en 2013, sont en cours de finalisation.

Par rapport à un tel projet dans un tel processus, notre objectif est de chercher à décrypter le contexte de la naissance de la juridiction pénale régionale africaine et d'examiner ses champs de compétence, pour éventuellement permettre une appréciation de sa raison d'être et des problèmes qu'elle peut poser. C'est ainsi qu'il nous semble approprié de réfléchir dans un premier temps sur son émergence (I). Nous réfléchirons dans un second temps sur sa compétence (II).

I. L'émergence

L'Union Africaine est résolument engagée dans son projet de mise en place d'une juridiction pénale régionale. Le processus est à un stade tellement avancé qu'il nous semble irréversible. On peut d'abord chercher à comprendre les raisons qui ont conduit l'organisation panafricaine à entreprendre un tel projet (A). On peut ensuite chercher à comprendre la structuration de cette juridiction dans l'ordre juridique africain (B).

A. Les raisons

L'Union Africaine, en tant qu'organisation internationale, n'est pas partie au statut de Rome de la CPI. Toutefois, la majorité des Etats membres de l'Union Africaine sont parties à ce statut. Pourquoi l'Union Africaine a-t-elle senti le besoin de mettre en place une juridiction pénale internationale propre à côté de la CPI ? Les raisons qui président à l'initiative de l'Union Africaine d'engager un tel projet peuvent être schématisées en deux catégories. Il y a d'une part l'existence de frictions internationales (1). Il y a d'autre part une volonté de spécialisation régionale (2).

1. Les frictions internationales

La coopération entre l'Afrique et la juridiction pénale internationale à vocation mondiale qu'est la CPI a été convenable jusqu'à une période récente. Cette

collaboration harmonieuse, marquée par la saisine de la CPI ou le déferrement de certains accusés par des Etats africains, sera ternie par des frictions¹⁵. Ces tensions qui amènent l'Union Africaine à envisager la création d'une instance pénale régionale sont tout autant normatives qu'institutionnelles.

Les frictions normatives sont les difficultés éprouvées et exprimées par l'Afrique à l'égard de certaines règles et mécanismes du droit international pénal applicables devant la CPI. Une première règle concerne l'immunité. Devant la CPI, l'immunité généralement accordée aux hautes autorités politiques de l'Etat par l'ordre constitutionnel n'est pas opérante, en vertu de l'article 27 du statut de Rome¹⁶. Sur ce fondement, la CPI est habilitée à poursuivre n'importe qu'elle autorité de l'Etat, présumée auteur de crime relevant de sa compétence. C'est ainsi par exemple que dans le contexte de la crise au Darfour, elle a lancé contre Oumar El Béchir, Président de la République, un mandat d'arrêt le 4 mars 2009 pour crime de guerre et crime contre l'humanité, puis un autre le 12 juillet 2010 pour génocide, ainsi que contre Ali Kosheib, chef de la milice pro-gouvernementale des Janjawids, et Hassan Haroun, Ministre de l'intérieur¹⁷. De même, dans le contexte de la crise libyenne de 2012, un mandat d'arrêt est délivré le 27 juin 2011 contre Mouammar Kadhafi, Chef de l'Etat, son fils Saif Al-Islam et le chef des services de renseignements Abdallah Al-Senoussi pour crimes contre l'humanité. L'Union Africaine semble avoir une lecture classique du droit international des immunités. Cette lecture semble s'appuyer sur l'article 98 du statut de la CPI. Elle refuse l'anéantissement absolu des immunités par le droit international pénal. Une seconde règle concerne le pouvoir de sursis à enquêter ou à poursuivre accordé au Conseil de sécurité par l'article 16 du statut de Rome. Pour l'Union Africaine, ce pouvoir est excessif et devrait au moins être contrebalancé par l'attribution d'une faculté équivalente à l'Assemblée Générale de l'ONU¹⁸.

Les frictions institutionnelles sont les tensions entre l'Union Africaine et les organes de mise en œuvre du Statut de Rome. Selon l'article 13 du Statut, le Conseil de sécurité a la compétence de saisir la CPI. D'après l'interprétation qu'on

¹⁵ James Mouangue Kobila, « L'Afrique et les juridictions internationales pénales », *op.cit.*

¹⁶ Xavier Aurey, « Article 27. Défaut de pertinence de la qualité officielle », in Julian Fernandez et Xavier Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, pp.843-860.

¹⁷ Pierre Bertholot, « La CPI face à la tragédie du Darfour », *Géopolitique africaine*, n°35, 2009, pp. 235-252.

¹⁸ Union Africaine, Doc Assembly/AU/13 (XIII) du 3 juillet 2009, Assembly/Au/Dec.366(XVII) du 1^{er} juillet 2011, EXT/Assembly/AU/Dec.1 du 12 octobre 2013, Doc Assembly/AU/Dec.493 (XXII) du 31 janvier 2014.

peut en faire, suivant la logique du droit international général, cette disposition habilite le Conseil de sécurité à déférer toute situation criminelle à la CPI, même concernant les Etats qui ne sont pas parties au statut de Rome¹⁹. C'est ainsi d'ailleurs que le Conseil de sécurité a déféré la situation du Soudan et celle de la Libye à la CPI, entraînant la poursuite des personnalités de ces deux Etats. L'Union Africaine a officiellement protesté contre ces poursuites et a officiellement demandé au Conseil de sécurité d'utiliser son pouvoir de l'article 16 du statut de la CPI pour suspendre ces poursuites²⁰. Devant le refus tacite du Conseil de sécurité, elle a officiellement demandé à ses Etats membres de ne pas coopérer avec la CPI dans ces poursuites²¹. Selon le même article 13, le procureur de la CPI peut ouvrir une enquête *proprio motu*. Celui-ci a utilisé cette disposition pour se saisir de la situation de crise consécutive aux élections de 2008 au Kenya, contre l'avis de l'Union Africaine, engendrant la poursuite du Président Uhuru Kenyatta et du Vice-président William Ruto notamment. L'Union Africaine a réitéré son opposition aux poursuites et à la coopération de ses membres²². Ces incidents ont probablement cultivé en l'Union Africaine une volonté de spécialisation régionale²³

2. La spécialisation régionale

Avec son projet de juridiction pénale régionale, l'Union africaine semble privilégier la poursuite des criminels Africains par les Africains²⁴. Pourtant, elle avait pleinement coopéré avec la CPI dans l'exercice de sa compétence sur le sol africain. L'Afrique se révèle être à la fois pourvoyeur et pourfendeur de la CPI. Cette double attitude, apparemment contradictoire et schizophrénique, est parfaitement intelligible et rime à deux considérations.

¹⁹ Abdoulaye Tine, « Article 13. Exercice de la compétence », in Julian Fernandez et Xavier Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, *op.cit.*, pp.605-618.

²⁰ Décision sur la mise en œuvre des décisions de la Conférence relatives à la CPI. Cf. Union Africaine Assembly/AU/Dec.366(XVII) du 1^{er} juillet 2011. V° aussi Doc Assembly/AU/13 (XIII) du 3 juillet 2009.

²¹ Dorette-Flore Ongondo, « La Cour pénale internationale : réflexion sur la saisine », *Gas.Pal*, 2009, pp. 3687-3691.

²² Doc Assembly/AU/Dec.493 (XXII) du 31 janvier 2014.

²³ Moussa Bienvenue Haba, « L'offensive de l'Union Africaine contre la Cour pénale internationale : la remise en cause de la lutte contre l'impunité », <http://www.cdiph.ulaval.ca/bloque/loffensive-de-lunion-africaine-contre-la-cour-penale-internationale-la-remise-en-cause-de-la>, Consulté le 20 juillet 2014.

²⁴ Belingene Kahombo, « Le projet de création d'une juridiction pénale panafricaine », *op.cit.*

L'Afrique est favorable à la poursuite des criminels africains avec l'implication des Etats africains. En effet, les Etats africains ont adhéré à l'esprit de la CPI, qui est de mettre un terme à l'impunité des auteurs de crimes internationaux²⁵. Ils ont majoritairement ratifié le statut de Rome. Ils ont été proactifs dans la saisine de la CPI. Les situations criminelles de l'Ouganda, de la Centrafrique, de la République démocratique du Congo, de la Côte d'Ivoire et du Mali ont été déférées par les Etats africains eux-mêmes. Toutes les poursuites engagées dans ces situations ne font l'objet d'aucune contestation de l'Union Africaine. La coopération entre l'Afrique et la CPI de ce point de vue est tout à fait harmonieuse²⁶.

L'Afrique est défavorable à la poursuite des criminels africains sans l'implication des Etats africains. Les tensions entre l'Afrique et la CPI ont commencé à partir des premières saisines extra-africaines de la CPI²⁷. Les situations d'Etats africains déférées à la CPI par un organe non africain ne rencontrent pas l'assentiment et la coopération totale de l'Afrique. C'est ainsi que certaines poursuites engagées dans les situations du Darfour au Soudan et de la Libye déférées par le Conseil de sécurité sont réprochées par l'Union Africaine²⁸. C'est ainsi également que certaines poursuites engagées contre des personnalités du Kenya, dont la situation est examinée sur initiative du Procureur de la CPI, sont contestées par l'Union Africaine²⁹. La voie de saisine de droit commun de la CPI semble être, aux yeux de l'Union Africaine, la saisine par l'Etat concerné. C'est une vision souverainiste de la mise en branle de la répression pénale internationale, que l'on peut comprendre dans cette dynamique apparente de focalisation de la CPI sur l'Afrique.

Par ailleurs, le projet de création d'une juridiction pénale régionale africaine semble être motivé également par la poursuite de certaines hautes personnalités africaines par la CPI, notamment dans le contexte du Soudan et du Kenya. Dans ces deux situations criminelles, plusieurs poursuites et plusieurs mandats d'arrêt sont lancés par la CPI, sans toutefois susciter une résistance de l'Union Africaine. On constate que dans ces situations, l'opposition de l'Union Africaine ne se manifeste que concernant la poursuite des plus hautes personnalités politiques toujours en fonction dans l'Etat. Il est symptomatique à cet égard que c'est limitativement les procédures contre Oumar El Béchir, Chef de l'Etat soudanais, de Uhuru Kenyatta et William Ruto, respectivement Président et Vice-président du

²⁵ Préambule du statut de Rome de la CPI.

²⁶ James Mouangue Kobil, « L'Afrique et les juridictions internationales pénales », *op.cit.*

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ Moussa Bienvenue Haba, « L'offensive de l'Union Africaine contre la Cour pénale internationale : la remise en cause de la lutte contre l'impunité », *op.cit.*

²⁹ *Ibidem.*

Kenya, qui sont rejetées par l'Union Africaine. Celle-ci pense que ces poursuites entravent les processus de pacification qu'elle a engagés dans ces pays³⁰. Elle pense surtout que l'engagement de telles poursuites sans une participation africaine en amont, et leur maintien nonobstant un avis contraire de l'Afrique en aval est une atteinte à la « dignité, la souveraineté et l'intégrité du continent », qu'elle se doit de préserver et sauvegarder³¹. Une des manières de défendre ces valeurs lui semble résider dans la création d'une instance pénale internationale propre au continent. Cette instance, qui est en projet mérite d'être étudiée dans sa structuration.

A. La structuration

Il s'agit d'étudier la juridiction pénale régionale africaine, non seulement dans la structure institutionnelle et juridictionnelle de l'Union Africaine, mais aussi dans sa structure organisationnelle propre. Au premier point de vue, on verra qu'il s'agit d'une instance pénale dans la juridiction générale africaine (1). Au second point de vue, on examinera les instances de la juridiction pénale africaine (2).

1. Une instance pénale dans la juridiction générale africaine

En réalité, c'est improprement que l'on parle de juridiction pénale régionale en Afrique. Ce qui est ainsi appelé, n'est en réalité qu'une section d'une juridiction générale de l'Union Africaine. En effet, lorsqu'elle se crée en l'an 2000, l'Union Africaine devait disposer des deux juridictions au moins³². Elle devait avoir une cour de justice, en tant qu'organe judiciaire principal³³. Cette cour était conçue pour avoir une compétence générale, à l'image de la Cour Internationale de justice au sein des Nations Unies. L'Union Africaine devait également avoir une cour spéciale dans le domaine de la protection des droits de l'homme, à savoir la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP). Celle-ci était prévue pour être l'organe juridictionnel pour administrer le contentieux de l'application et de l'interprétation des instruments de sauvegarde des droits de

³⁰ Union Africaine, Doc Assembly/AU/13 (XIII) du 3 juillet 2009, Assembly/Au/Dec.366(XVII) du 1^{er} juillet 2011, EXT/Assembly/AU/Dec.1 du 12 octobre 2013, Doc Assembly/AU/Dec.493 (XXII) du 31 janvier 2014.

³¹ Mutoy Mubiala, « Chronique de droit pénal de l'Union africaine. Vers une justice pénale régionale en Afrique », *op.cit.* ; Union africaine, Dec Assembly/AU/Dec.296 (XV) du 27 juillet 2010.

³² Blaise Tchikaya, « La juridictionnalisation du règlement des conflits internationaux en Afrique », *RDP*, n°2, 2006, pp.159-186.

³³ Article 5 de l'Acte constitutif de l'Union Africaine.

l'homme et des peuples par l'Union Africaine, à l'image de la Cour interaméricaine des droits de l'homme au sein de l'Organisation des Etats américains³⁴. La CADHP a été créée par le protocole de Ouagadougou du 9 juillet 1998, et la Cour de justice a été créée par le Protocole de Maputo du 11 juillet 2003. Dans le processus d'opérationnalisation de ces juridictions, l'Union africaine, justifiant de certaines difficultés financières et techniques qui résulteraient de l'existence et du fonctionnement de ces deux juridictions, entreprend leur fusion en une seule juridiction, à savoir la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (CAJDH). Le statut de la nouvelle juridiction générale a été adopté le 1^{er} juillet 2008 à Sharm El Sheikh. Il n'est pas encore en vigueur. La CAJDH n'est donc pas encore opérationnée³⁵. Il était prévu qu'elle comporte deux sections : une section des affaires générales et une section des droits de l'homme et des peuples³⁶. A la suite des frictions entre l'Afrique et la CPI, l'Union Africaine décide de se doter d'une possibilité régionale de répression pénale internationale. L'organisation panafricaine entreprend alors d'ajouter une compétence pénale à sa juridiction générale³⁷. C'est ce processus qui aboutit à la création d'une troisième section de la CAJDH, en l'occurrence la Section de droit international pénale, tel qu'il ressort du projet de protocole portant les amendements au protocole relatif au statut de la CAJDH de 2012 (le projet de protocole)³⁸.

Comme on le voit, ce qu'on appelle conventionnellement ici juridiction pénale régionale africaine n'est que la partie d'un tout juridictionnel. Il ne s'agit pas d'une juridiction autonome à l'image de la CPI, qui a une personnalité juridique internationale, ou du TPIR par exemple. Elle n'a ni la personnalité juridique, ni l'autonomie institutionnelle. Elle est une section, une des instances spécialisées, de la juridiction générale de l'Union Africaine encore en projet. Il est clair que si le projet se concrétise, l'instance sera pleinement compétente pour poursuivre et juger les crimes internationaux, comme la CPI. De ce point de vue, il est important d'examiner sa structuration interne, c'est-à-dire d'analyser les différentes instances de la juridiction pénale africaine.

³⁴ Fatsah Ougouergouz, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Gros plan sur le premier organe judiciaire africain à vocation continentale », *AFDI*, n° 52, 2006, pp.213-240.

³⁵ James Mouangue Kobil, « Article 1. Création de la Cour », in Maurice Kamto (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de cour africaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp.1215-1241.

³⁶ Barsac Tessa, *La Cour africaine de justice et des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2012, pp.16 et s.

³⁷ Décision sur le rapport intérimaire de la Commission relatif à la mise en œuvre des décisions sur la CPI, Doc Assembly/AU/Dec.493 (XXII) du 31 janvier 2014.

³⁸ Belingene Kahombo, « Le projet de création d'une juridiction pénale panafricaine », *op.cit.*

2. Les instances de la juridiction pénale africaine

La juridiction pénale régionale africaine comprend des instances de jugement et des instances d'enquête.

Concernant les instances de jugement, l'alinéa 2 de l'article 16 du projet de protocole prévoit que « la Section du droit international pénal de la Cour est dotée de trois (3) chambres : une Chambre Préliminaire, une Chambre de Première Instance et une Chambre d'Appel. ». La chambre préliminaire est compétente pour émettre des ordres et des mandats pour les besoins de l'enquête ou des poursuites, de la protection des témoins et des victimes, ainsi que de la présentation des preuves. La chambre de première instance est la première instance de jugement des personnes accusées par la juridiction. Elle fait office d'instance d'appel contre les actes de la chambre préliminaire. La chambre d'appel, conformément au principe du double degré de juridiction en droit international pénal, reçoit et conduit les appels interjetés par le procureur ou l'accusé contre les décisions de recevabilité, de condamnation ou d'acquittement, ainsi que les peines de la chambre de première instance³⁹ (art.19 bis). La chambre d'appel, examine s'il y a erreur de procédure, de droit ou de fait, peut confirmer, infirmer ou réviser la décision attaquée. Ses arrêts sont définitifs⁴⁰.

Concernant les instances d'enquête, l'article 22 A prévoit que le bureau du procureur comprend un procureur et deux procureurs adjoints. Il est essentiellement responsable de l'investigation et de la poursuite des crimes relevant de la compétence de la juridiction. C'est lui qui conduit l'enquête sur les crimes commis, les suspects, les victimes, les témoins et la collecte des preuves. Il s'appuie sur l'administration de la juridiction qui est assurée par le greffe. Il a compétence pour ordonner des enquêtes d'office, s'il reçoit des informations laissant penser qu'un crime relevant de la compétence de la juridiction a été commis dans un Etat africain.

Comme on peut le constater, il n'y a pas de différences fondamentales entre les instances de la juridiction régionale africaine et celles des autres juridictions pénales comme la CPI ou le TPIY, ni dans leur nature, ni dans leurs compétences⁴¹. A ce titre, il convient d'examiner plus en profondeur la compétence de la juridiction pénale régionale africaine.

³⁹ Article 19 bis du projet de protocole.

⁴⁰ Article 18 du projet de protocole.

⁴¹ Mohamed Bennouna, « La Cour pénale internationale », in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, pp. 809-824 ; Roswitha Petry, « Les tribunaux internationaux », in Laurent Moreillon et autres (éd.), *Droit pénal humanitaire*,

II. La compétence

La section de droit international pénal de la CAJDH sera compétente pour assurer la répression des crimes internationaux en Afrique, sans préjudice de la compétence de la CPI sur le continent. Dans cette dynamique, il importe d'examiner le champ de compétence de la juridiction pénale régionale africaine (A). Il importe d'étudier également la concurrence de compétence entre celle-ci et la CPI en Afrique (B).

L'Union Africaine est résolument engagée dans son projet de mise en place d'une juridiction pénale régionale. Le processus est à un stade tellement avancé qu'il nous semble irréversible. On peut d'abord chercher à comprendre les raisons qui ont conduit l'organisation panafricaine à entreprendre un tel projet (A). On peut ensuite chercher à comprendre la structuration de cette juridiction dans l'ordre juridique africain (B).

A. Le champ de compétence

Instituée par l'Union Africaine, la juridiction pénale régionale aura évidemment compétence sur les crimes internationaux commis sur le sol africain, à partir de son opérationnalisation. La détermination de ses compétences territoriale et temporelle ne mérite pas de développement spécial. Ce qui est déterminant dans la compréhension du champ de compétence pénale de cette juridiction en projet c'est sa compétence matérielle (1) et sa compétence personnelle (2).

1. La compétence matérielle

La compétence matérielle concerne les crimes relevant de la compétence de la juridiction⁴². Suivant le projet de protocole, la juridiction pénale régionale africaine sera compétente pour réprimer 14 infractions, à savoir le génocide, le crime contre l'humanité, le crime de guerre, le crime relatif au changement anticonstitutionnel de gouvernement, la piraterie, le terrorisme, le mercenariat, la corruption, le blanchiment d'argent, la traite des personnes, le trafic illicite de stupéfiants, le trafic illicite de déchets dangereux, l'exploitation illicite des ressources

op.cit., 2009, pp.39-55 ; Jean Marc Sorel, « Les tribunaux mixtes ou hybrides », in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, *Droit international pénal, op.cit.*, pp.843.

⁴² Caroline Laly-Chevalier, « Article 5. Crime relevant de la compétence de la Cour », in Julian Fernandez et Xavier Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article, op.cit.*, pp.369-388.

naturelles, et le crime d'agression⁴³. Sa compétence matérielle est complexe et impressionnante. On y trouve des crimes internationaux de droit commun réprimés par les juridictions nationales agissant en vertu de la compétence universelle et du principe *aut dedere aut judicare*, notamment la piraterie et le trafic de stupéfiants⁴⁴. On y trouve également toutes les infractions internationales relevant de la compétence de la CPI, en l'occurrence le génocide, le crime contre l'humanité le crime de guerre et le crime d'agression⁴⁵. On y trouve enfin et surtout de nouveaux crimes jamais consacrés en droit international, notamment le crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement, le crime d'exploitation illicite des ressources naturelles et le crime de trafic illégal de déchets dangereux.

C'est là peut-être que le projet africain de juridiction pénale régionale trouve sa justification, sa raison d'être et cristallise une contribution de l'Afrique au développement du droit international pénal⁴⁶. D'une part, cette troisième et nouvelle catégorie d'infractions internationales se justifie spécifiquement dans le contexte du continent africain, et ne trouverait véritablement pas de pertinence dans un instrument normatif répressif à vocation universelle⁴⁷. Les actes incriminés par ces infractions sont fort typiquement africains. Ils ont une prégnance et une résonance particulières pour l'Afrique. Par exemple le crime de changement anticonstitutionnel de gouvernement incrimine le putsch, le coup d'Etat et de façon générale les actes de destitution forcée d'un gouvernement démocratiquement élu⁴⁸. Le phénomène est emblématique en Afrique en ce moment⁴⁹. De la même manière, le crime d'exploitation illégale des ressources naturelles incrimine en réalité la violation de la souveraineté des Etats sur leurs richesses et ressources naturelles, notamment, la fraude, la tromperie, la contrainte, la corruption, l'illégalité, la violation des standards environnementaux dans la conclusion de contrats d'exploitations de ressources naturelles⁵⁰. C'est un certain développement du droit international que d'aboutir à une responsabilité pénale inter-

⁴³ Article 28 A du projet de protocole.

⁴⁴ Robert Kolb et Damien Scallia (éd.), *Droit international Pénal*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, pp.14 et s.

⁴⁵ Caroline Laly-Chevalier, « Article 5. Crime relevant de la compétence de la Cour », *op.cit.*

⁴⁶ Roland Adjovi, « L'Afrique dans le développement de la justice pénale internationale », *Annuaire Africain de Droit International*, Vol. 14, 2006, pp.3-28.

⁴⁷ Mireille Delmas-Marty, « Les crimes internationaux peuvent-ils contribuer au débat entre universalisme et relativisme des valeurs ? », in Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, *op.cit.*, pp.59-67.

⁴⁸ Article 28 E du projet de protocole

⁴⁹ Djacoba L. Tehindrazanarivelo, « Les sanctions de l'Union Africaine contre les coups d'Etat et autres changements anticonstitutionnels de gouvernement : potentialités et mesures de renforcement », *Annuaire africain de droit international*, vol.12, 2004, pp.255-308.

⁵⁰ Article 28 L bis du projet de protocole.

nationale dans la violation de la souveraineté d'un Etat sur ses ressources⁵¹. Cette infraction tire son intérêt de la prévalence d'un ensemble d'actes et de phénomènes qui inhibent la contribution des immenses ressources naturelles africaines au développement économique des Etats du continent.

On peut bien constater que le projet de développement d'un droit et d'une juridiction en matière pénale à vocation régionale en Afrique n'enlève pas à la nature, ni au contenu des crimes internationaux en droit international pénal général. Les infractions consacrées au niveau mondial sont réaffirmées au niveau régional, et même plus. Les éléments constitutifs des infractions communes entre l'échelle mondiale et l'échelle continentale sont quasiment identiques. Au plan africain, comme au plan universel, la répression de ces infractions met en jeu des personnes déterminées, qu'il convient de préciser.

2. La compétence personnelle

La compétence personnelle concerne les personnes soumises à la juridiction de l'organe. De ce point de vue, il convient d'examiner la qualité des justiciables, mais également la qualité de ceux qui ont compétence pour les poursuivre.

La logique même du droit international pénal est d'organiser la répression pénale internationale des individus mis en cause dans la perpétration de crimes définis par l'ordre juridique international⁵². Le droit international pénal régional africain ne déroge pas à cette philosophie. La juridiction pénale africaine aura compétence pour juger les personnes physiques présumées auteurs d'un des crimes relevant de sa compétence. Certains crimes ne peuvent être commis qu'à titre privé, comme la piraterie, le trafic de stupéfiants⁵³. D'autres crimes peuvent être commis par l'individu soit à titre privé, soit à titre d'agent de l'Etat. Parmi ces crimes internationaux, il y a le crime d'agression⁵⁴. Même si c'est l'Etat qui commet un tel crime, ce sont les individus, assumant les responsabilités décisionnelles de l'Etat, qui seront sanctionnés. Le tribunal militaire international de Nuremberg avait déjà signifié que « ce sont les hommes et non des entités abstraites qui commettent les crimes »⁵⁵. C'est ce que fait la CPI. Tout comme la CPI, la juridiction africaine n'a pas compétence pour juger les personnes âgées de moins de 18 ans au moment où elles étaient présumées commettre le crime,

⁵¹ Blaise Tchikaya, « L'Union Africaine et l'émergence d'un nouveau droit international », *Géopolitique Africaine*, n° 44, 2012, pp.145-154.

⁵² Olivier de Frouville, *Droit international pénal. Sources, incriminations et responsabilité*, Paris, Pedone, 2012, pp.3 et s.

⁵³ Robert Kolb et Damien Scallia (éd.), *Droit international Pénal, op.cit.*, pp.14 et s.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Jugement du 14 novembre 1947 du Tribunal militaire international de Nuremberg.

selon l'article 46 D du projet de protocole. En sus, en Afrique, et différemment de la dynamique actuelle de la répression pénale internationale, la Cour a compétence sur les personnes morale, à l'exception de l'Etat⁵⁶. Cela signifie qu'une entreprise transnationale, une association peut être tenue pour responsable, en tant que telle, d'un crime international et sanctionnée à ce titre. Cette responsabilité pénale internationale des personnes morales, qui peut doubler la responsabilité pénale internationale de l'individu, est très déterminante pour certaines infractions internationales africaines, comme le crime d'exploitation illégale des ressources naturelles ou le trafic illicite de déchets dangereux, car en général, ce sont les personnes morales qui sont responsables des actes incriminés. Il y a là un grand développement du droit international général, en matière de responsabilité internationale des personnes privées. Il y a également un grand développement du droit international pénal, avec la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales. Ces développements ne peuvent que susciter de l'intérêt pour cette régionalisation du droit international pénal par l'Union Africaine. Par ailleurs, contrairement à ce qu'on aurait pu penser, le projet de protocole réaffirme le défaut de pertinence de la qualité officielle⁵⁷, le défaut de pertinence de l'action sous ordres, pour se dégager de la responsabilité ou plaider une diminution de peine. Il consacre également la responsabilité du supérieur hiérarchique⁵⁸.

Devant la juridiction africaine, 4 organes peuvent déférer une personne ou une situation au procureur. Il s'agit de l'Etat Partie, du Conseil de paix et sécurité de l'Union Africaine, de la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union Africaine et du procureur *proprio motu*⁵⁹. La différence avec la CPI sur cette question est l'adjonction de l'organe plénier de l'organisation, car l'Afrique s'était exprimée en faveur de l'attribution à l'Assemblée générale de l'ONU de certaines compétences devant la CPI, notamment celle du sursis à poursuivre ou juger⁶⁰.

⁵⁶ Article 46 C du projet de protocole.

⁵⁷ Toutefois, « sans préjudice des immunités prévues par le droit international », dispose le projet de protocole. Cette suite de mots risque de poser d'énormes problèmes d'interprétation dans la répression pénale en Afrique.

⁵⁸ Article 46 B du projet de protocole.

⁵⁹ Article 46 F du projet de protocole

⁶⁰ Union Africaine, Doc Assembly/AU/13 (XIII) du 3 juillet 2009, Assembly/Au/Dec.366(XVII) du 1^{er} juillet 2011, EXT/Assembly/AU/Dec.1 du 12 octobre 2013, Doc Assembly/AU/Dec.493 (XXII) du 31 janvier 2014.

En tout état de cause, on voit qu'il y a des points communs entre le droit applicable devant la juridiction pénale régionale africaine avec celui applicable devant la CPI. Cette concurrence de compétence mérite examen.

B. La concurrence de compétence

Il y a une concurrence de compétence entre la CPI et la juridiction pénale africaine résultant du projet de régionalisation du droit international pénal en Afrique. La concurrence est à la fois *ratione loci*, *ratione personae* et *ratione materiae*, tant les deux juridictions ont compétence pour connaître de certains crimes communs commis sur le sol africain, par les Africains. Cette concurrence de compétence est un des problèmes majeurs que pose le régionalisme pénal africain, faisant suite aux récriminations faites par l'Afrique à la CPI. On approfondira la réflexion sur le problème que pose cette solution (1). On réfléchira ensuite sur la solution à apporter au problème posé (2).

1. Le problème de la solution

Après une phase de collaboration exemplaire, les rapports institutionnels entre la CPI et l'Afrique sont devenus difficiles. L'Union Africaine semble critiquer notamment la poursuite des chefs d'Etat et de gouvernement pendant leur mandat, le déferrement de situations africaines à la CPI sans implications des acteurs africains concernés, le déséquilibre de pouvoir pénaux entre la puissance du Conseil de sécurité et l'impuissance de l'Assemblée générale devant la CPI⁶¹. Elle a recherché une solution à ce problème. Initialement, l'intention avait été d'amener tous les Etats africains à se retirer du statut de Rome de la CPI. A la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement convoquée pour discuter de cette solution, la raison a dissuadé de la consolider. L'Union Africaine a préféré engager le projet de doter sa juridiction continentale d'une compétence propre dans la répression des crimes internationaux commis sur le sol africain⁶². Commence alors le mouvement de développement d'un droit et d'une juridiction à vocation pénale et régionale en Afrique. Si cette solution comporte des mérites, entre autres l'originalité concernant certaines incriminations et certains justiciables, le développement du droit international africain et la contribution africaine

⁶¹ James Mouangue Kobila, « L'Afrique et les juridictions internationales pénales », *op.cit.*

⁶² Décision sur le rapport intérimaire de la Commission relatif à la mise en œuvre des décisions sur la CPI, Doc Assembly/AU/Dec.493 (XXII) du 31 janvier 2014.

au développement du droit international général⁶³, elle ne comporte pas moins de difficultés. Elle crée potentiellement une concurrence, voire une compétition, entre la juridiction pénale générale et la juridiction pénale régionale. Le processus interroge sur la coordination dans l'exercice des compétences concurrentes de ces deux juridictions. Les Africains peuvent-ils être soustraits à la juridiction de la CPI ? La CPI a-t-elle encore un avenir heureux avec le continent africain, qui est son client exclusif et privilégié ? Ce questionnement sur la coexistence des deux juridictions compétentes sur l'espace continental africain doit être pris au sérieux, pour éviter le désastre des conflits positifs de compétence, et surtout celui des conflits négatifs de compétence ou de la neutralisation de ces deux compétences. Si l'Afrique se refuse de soumettre certaines personnes à la juridiction de la CPI, elle doit développer les mécanismes permettant de lutter contre leur impunité en les soumettant à sa juridiction régionale. Celle-ci devra fonctionner conformément aux standards internationaux de la justice pénale internationale et suivant les garanties de répression et de protection offertes par la communauté internationale. En toute hypothèse, la régionalisation du droit international pénal par l'Union Africaine ne saurait aboutir à un affaïssement du niveau de progrès réalisé dans la lutte contre la criminalité et l'impunité internationales, et dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Par ailleurs, un des grands problèmes soulevés par la solution africaine est celle de l'opérationnalité et de l'efficacité de la juridiction pénale régionale en projet. Actuellement, certaines personnes, comme El Béchir, sont de fait extraites par l'Union Africaine à la compétence juridictionnelle de la CPI. Ces personnes sont soumises à la compétence de la juridiction régionale qui n'est pas encore opérationnelle. Il y a donc pour ces personnes comme un vide juridictionnel dans leur sanction pénale. Ce vide ne peut être comblé que par l'opérationnalisation de la juridiction régionale. L'opérationnalisation de celle-ci reste alors est des défis de la solution africaine. Elle est exigée, sous peine pour l'Union Africaine d'être tenue pour pourvoyeur d'un paradis pénal à des criminels internationaux de haut niveau. Au delà de l'opérationnalité, le problème de l'efficacité reste également une des grandes questions et des grandes attentes de la solution africaine. On sait que la justice pénale internationale est coûteuse⁶⁴. L'aboutissement d'un

⁶³ Pacifique Manirakiza, « La contribution africaine au développement de la justice pénale internationale », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 40, 2009-2010, pp. 410-477; Roland Adjovi, « l'Afrique dans le développement de la justice pénale internationale », *op.cit.*

⁶⁴ Daniel Wippman, « The cost of international justice », *AJIL*, vol.100, 2006, n° 4, pp.861-881.

procès pénal international est dispendieux⁶⁵. Le fonctionnement d'une juridiction pénale internationale permanente l'est encore davantage⁶⁶. L'Afrique, qui se caractérise par de dramatiques faiblesses économiques de ses Etats est-elle en mesure de tenir les promesses d'une autonomisation pénale ? C'est là une question délicate⁶⁷. En toute hypothèse, dans la mesure où le processus africain semble irréversible, la communauté internationale doit jouer le rôle qui est le sien de ne pas le laisser périliter, sinon tout le système pénal international serait compromis. Le problème de la solution africaine étant posé, il convient de scruter des pistes de solution du problème.

2. La solution du problème

Nous ne réfléchissons pas sur les problèmes économiques et financiers que posent les défis de l'opérationnalité et de l'efficacité de la juridiction pénale régionale en projet au sein de l'Union Africaine. Peut-être le volontarisme, la détermination et la coopération des Etats africains suffiront à lever ces inquiétudes. Il est certain que la contribution de la communauté internationale sera importante à cet égard.

Nous voudrions réfléchir plutôt sur les solutions techniques à trouver au problème de la coexistence et de la coordination de la compétence des deux juridictions pénales internationales. Autant dans le statut de la CPI que dans le statut de la juridiction régionale est affirmé le principe de leur complémentarité avec les juridictions pénales nationales⁶⁸. Actuellement, on essaie de comprendre et de mettre en œuvre ce principe de complémentarité entre la CPI et les juridictions nationales⁶⁹. La création d'un niveau intermédiaire de juridiction pénale régionale vient complexifier la situation. Comment s'insère-t-elle dans l'architecture des juridictions pénales chargées de réprimer les crimes internationaux ? C'est une

⁶⁵ Olivia Nederlandt et Damien Vandermeersch, « Le tribunal pénal international pour le Rwanda et le tribunal spécial pour la Sierra Leone : quel bilan à l'heure de la clôture de leurs travaux ? », in Diane Bernard et Damien Scalia, *Vingt ans de justice pénale internationale*, Bruxelles, La Charte, 2014 pp.189-217.

⁶⁶ Lola Maze, « Article 115. Ressources financières de la Cour et de l'Assemblée des Etats parties », in Julian Fernandez et Xavier Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article, op.cit.*, pp.2055-2070.

⁶⁷ Daniel Marc Sweeney, *Prospects for the financing of an international criminal court*, Discussion paper, New York, Institute for global Policy, 1996, p.1.

⁶⁸ Article 1 du statut de la CPI ; article 46 H du projet de protocole.

⁶⁹ Abdoul Aziz Mbaye et Sam Sansan Shoamanesh, « Article 1. La Cour », in Julian Fernandez et Xavier Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article, op.cit.*, pp.311-325.

question fondamentale dans la répartition des compétences juridictionnelles entre les niveaux mondial, régional et national ?

A cette question, nous entrevoyons une solution essentiellement axée sur deux principes du droit international. Le principe de subsidiarité et le principe de complémentarité. Le principe de subsidiarité, qui aboutit à poser la compétence du cadre institutionnel le plus proche⁷⁰, impliquerait la compétence primaire des juridictions nationales, la compétence secondaire de la juridiction régionale, puis enfin la compétence dernière de la juridiction internationale, chaque niveau juridictionnel prenant les affaires non traitées par le niveau antérieur. Le principe de complémentarité posé dans le statut de Rome, qui signifie que la CPI est compétente si l'Etat ne veut ou ne peut pas poursuivre⁷¹, aboutirait à un dialogue des juridictions pour affirmer la compétence de tel ou tel niveau de juridiction en fonction de l'adéquation et de l'avantage comparatif qu'il y aurait à y poursuivre tels ou tels auteurs de crimes internationaux. En tout état de cause, dès lors que le codéploiement futur entre le système pénal international actuel et le système pénal régional africain en formation semble inévitable, voire souhaitable, il convient de prêter une attention singulière aux solutions à dégager pour un fonctionnement harmonieux et efficace de chaque système. Ce qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est que le droit pénal régional africain fait partie intégrante du patrimoine pénal universel. La lutte contre l'impunité doit être la considération primordiale dans le traitement de ce processus accéléré de développement du droit international africain et du droit international pénal général⁷². Si par rejet mutuel de systèmes les criminels internationaux restent impunis, l'échec est imputable à la communauté internationale dans son ensemble, quelles que soient les erreurs des acteurs en cause.

⁷⁰ Joe Verhoeven, « Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité », in Francis Delpérée (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp.375-389 ; Philippe Brault, Guillaume Renaudineau et François Sicard, *Le principe de subsidiarité*, Paris, La Documentation française, 2005, pp. 9 et s.

⁷¹ Abdoul Aziz Mbaye et Sam Sansan Shoamanesh, « Article 1. La Cour », in Julian Fernandez et Xavier Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article, op.cit.*, pp.311-325.

⁷² Blaise Tchikaya, « L'Union Africaine et l'émergence d'un nouveau droit international », *Géopolitique Africaine*, n° 44, 2012, pp.145-154.