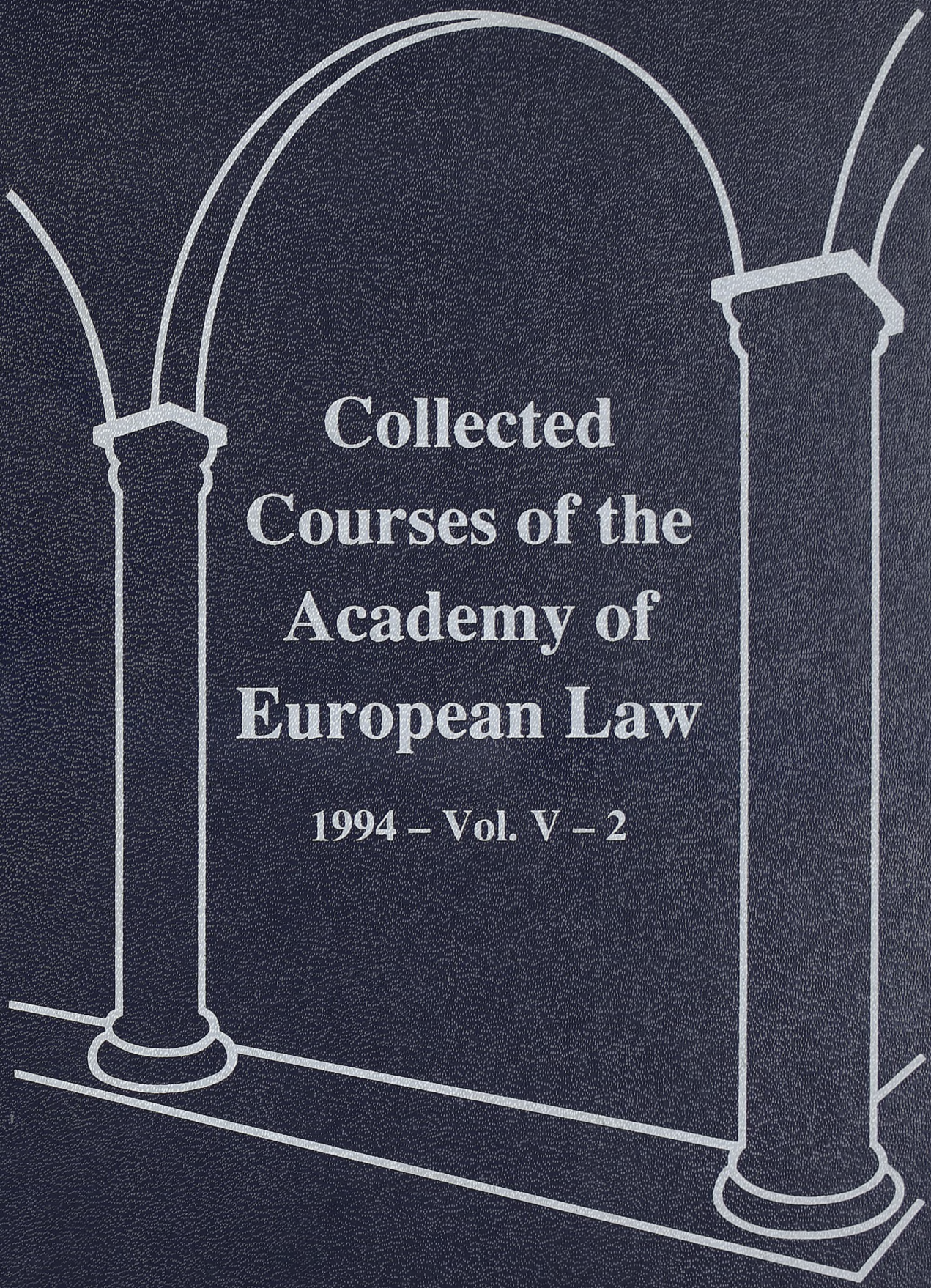


Collected Courses of the Academy of European Law

1994 – Vol. V – 2

European University Institute Martinus Nijhoff Publishers

Collected Courses of the
Academy of European Law

1994, Vol. V – 2

Academy of European Law

Florence

Directed by

Antonio Cassese, Renaud Dehousse and Joseph H. H. Weiler

Collected Courses of the Academy of European Law

Recueil des cours de l'Académie de droit européen

1994

The Protection of Human Rights in Europe

Vol. V Book 2

European University Institute, Florence
Academy of European Law

MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS
THE HAGUE / BOSTON / LONDON

A C.I.P. Catalogue record for this book is available from the Library of Congress.

ISBN 90-411-0334-1

Published by Kluwer Law International,
P.O. Box 85889, 2508 CN The Hague, The Netherlands.

Sold and distributed in the U.S.A. and Canada
by Kluwer Law International,
675 Massachusetts Avenue, Cambridge, MA 02139, U.S.A.

In all other countries, sold and distributed
by Kluwer Law International,
P.O. Box 85889, 2508 CN The Hague, The Netherlands.

This publication should be cited as *AEL* Vol. V Book 2

Cover design: Francesco Cassese

Printed on acid-free paper

All Rights Reserved
© 1997 Kluwer Law International
Kluwer Law International incorporates the publishing programmes of
Graham & Trotman Ltd, Kluwer Law and Taxation Publishers,
and Martinus Nijhoff Publishers.

No part of the material protected by this copyright notice may be reproduced or
utilized in any form or by any means, electronic or mechanical,
including photocopying, recording, or by any information storage and
retrieval system, without written permission from the copyright owner.

Printed in the Netherlands

General Table of Contents

Volume V Book 2
The Protection of Human Rights in Europe

Principal Abbreviations xiii

RENÉ JEAN DUPUY, *L'Europe planétaire* 1

CHRISTINE CHINKIN, *Women's Human Rights: Guaranteed by Universal Standards or Discounted by Cultural Bias?* 11

MICHELE DE SALVIA
Principes directeurs d'une procédure pénale européenne: la contribution des organes de la Convention européenne des droits de l'homme 59

PETER LEUPRECHT, *General Course Human Rights in the New Europe* 135

ALAIN PELLET
Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire 193

Index of Decisions by Transnational Courts 273

Volume V Book 1
European Community Law

EMILE NOËL
Conférence inaugurale
Perspectives de développement de l'Union européenne

JOSÉ LUIS DA CRUZ VILAÇA, *The Developement of the European Judicial System before and after Maastricht*

DAVID O'KEEFFE, *General Course in European Community Law*
The Individual and European Law

LEIGH HANCHER, *Towards a European Common Future?*
The Evolving European Environmental Constitutional Framework

TREVOR C. HARTLEY, *Introduction to the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention*

JOSÉ MARÍA BENEYTO
'Transforming Competition Law Through Subsidiarity?

GIANDOMENICO MAJONE
The European Community as a Regulatory State

The Academy of European Law

The Academy of European Law was established by the European University Institute in 1990. Its main activity is the holding of summer courses in the law of the European Community and the protection of human rights in Europe.

The Academy offers the opportunity of attending courses given by leading authorities from all over the world. Lecturers offer their own evaluation and analysis of Community law, the European Convention on Human Rights and other topics concerning European law. The lectures are published in the present annual publication.

All courses are held in English or French. Students must be fluent in one of these languages and have at least a passive knowledge of the other. Participants are expected to stay in Florence for the duration of the course and should attend all the courses. Participation in the summer session is open to law students, law teachers and those in legal practice. Enrolment numbers are limited and admission is based on merit.

A limited number of participants who already have some advanced knowledge in the fields of Community law and the law of the European Convention on Human Rights may request to sit a written examination. Successful candidates will be awarded the Diploma of the Academy in European Law. Exceptionally the Diploma may be awarded *cum laude*. Applicants should indicate if they wish to be candidates for the Diploma in their application. Those who wish to be considered for the Diploma must include in their applications details of courses they have already attended in Community law and on the European Convention on Human Rights together with other experience they have in these fields.

For further information please contact
European University Institute
Academy of European Law
Villa Schifanoia
Via Boccaccio, 121
I-50133 FIRENZE
Italy
(telephone (055) 4685725/46851, fax 4685717)

The Officers of the Academy

The Directors: Professors Antonio CASSESE, European University Institute, Florence, Renaud DEHOUSSE, European University Institute, Florence and Joseph H.H. WEILER, Harvard Law School and European University Institute

Administrator: Dr. Fabián PEREYRA

Secretary: Ms Annick BULCKAEN

Publications: Ms Angelika LANFRANCHI, Ms Barbara CIOMEI

Associate: Ms Sieglinde SCHREINER-LINFORD

Advisory Committee

Prof. Daniel BARDONNET, Professor at the University of Paris II, Member of the Institut de droit international, Paris

Judge José Luís DA CRUZ VILAÇA, President of the Court of First Instance, Luxembourg

Mr Jean-Louis DEWOST, Director General of the Legal Service of the Commission of the European Community, Brussels

Judge Ole DUE, Judge at the Court of Justice of the European Community, Luxembourg

Prof. René Jean DUPUY, Former Professor at the Collège de France, Member of the Institut de droit international, Paris

Prof. Pierre-Marie DUPUY, Professor of International Law, University of Paris II

Prof. Patrick MASTERSON, President of the European University Institute, Florence

Prof. Rein A. MULLERSON, London School of Economics and Political Science

Mr Emile NOËL, Honorary President of the European University Institute, Florence, Honorary Secretary-General of the Commission of the European Community

Prof. Carl Aage NØRGAARD, President of the European Commission of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg

Dr Jean-Claude PIRIS, Director General of the Legal Service to the Council of Ministers of the European Community, Brussels

Judge José Maria RUDA, Former President of the International Court of Justice, President of the Iran-U.S. Claims Tribunal, Member of the Institut de droit international, The Hague

Judge Rolv RYSSDAL, President of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg

Prof. Bruno SIMMA, Professor of International Law, Institut für Völkerrecht, Ludwig-Maximilians Universität, Munich

Judge Nicolas VALTICOS, Judge at the European Court of Human Rights, Former Secretary-General of the Institut de droit international, Geneva

List of Principal Abbreviations
Table des principales abréviations

ABl.	Amtsblatt
AC	Appeal Cases
ACP	Africa-Carribean-Pacific States; Pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (Lomé Conventions)
Ad.L.Rev.	Administrative Law Review
AEL	*Collected Courses of the Academy of European Law*
A.E.L.E.	Association européenne de libre échange
AETR	Accord européen relatif au travail des équipages des véhicules effectuant des transports internationaux par route
AFDI	*Annuaire français de droit international*
AID	Association internationale de Développement
AIEA	Agence internationale pour l'énergie atomique
AJCL	*American Journal of Comparative Law*
AJIL	*American Journal of International Law*
All ER	All England Law Reports
AMGI	Agence multilatérale de garantie des investissements
Annuaire	*Annuaire* de la CEDH
Ann. CDI	*Annuaire* de la Commission du droit international
Appl.	Application (European Commission of Human Rights)
ArchVR	*Archiv des Völkerrechts*
ASDI	*Annuaire suisse de droit international*
ASE	Agence spatiale européenne
ASEAN	Association of South-East Asian Nations
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal Fédéral Suisse
AYBIL	*Australian Yearbook of International Law*
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BEI	Banque européenne d'investissement
BERD	Banque européenne pour la reconstruction et le développement
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BIRD	Banque internationale pour la reconstruction et le développement
BISD	Basic Instruments and Selected Documents of the GATT
Bull.EC Suppl.	*Bulletin of the European Communities, Supplement*
BVerfG (E)	Bundesverfassungsgericht (Collected Decisions)
BVerwG (E)	Bundesverwaltungsgericht (Collected Decisions)

BYbIL	*British Yearbook of International Law*
Cal. W. Int'l L.J.	*California Western International Law Journal*
Cambridge L.J.	*The Cambridge Law Journal*
Can. Y.B. Int'l L.	*Canadian Yearbook of International Law*
Cass.	Cour de cassation (française)
Cass. Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CCT	Common Customs Tariff
CE	Communautés européennes
CDDH	Comité directeur des droits de l'homme
CDE	*Cahiers de droit européen*
CDI	Commission du droit international (Nations Unies)
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CEE	Communauté économique européenne
CEEA	Communauté européenne de l'énergie atomique
CEDIN	Centre de droit international de Nanterre
CES	Comité économique et social
CFCs	Chlorofluorocarbons
CIJ Rec.	Cour international de Justice Recueil
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CITES	Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora
CJCE Rec.	Cour de Justice des Communautés européennes Recueil
CMLR	Common Market Law Reports
CML Rev.	*Common Market Law Review*
Colum.J.Trans.L.	*Columbia Journal of Transnational Law*
Colum. L. Rev.	*Columbia Law Review*
Com. Doc.	Document de la Commission européenne
Com.EDH	Commission européenne des droits de l'homme
Conseil Doc.	Document du Conseil européen
Corte Cost.	Corte Costituzionale
C.P.E.	Coopération politique européenne
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
CSCE	Conference on Security and Cooperation in Europe; Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe
DB	*Der Betrieb*
Dec. E.P.	Declaration of European Parliament
Debs. PE	Débats du parlement européen
Dec.	Decision; décision
DHMM	Documents du Comité directeur des Mass Media
Dir.	Directive; directive
DÖV	*Die Öffentliche Verwaltung*
DR	Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights
DS	Recueil Dalloz Sirey
DSU	Dispute Settlement Understanding (Annex 2 of the WTO Agreement)

DVBl.	*Deutsches Verwaltungsblatt*
EAEC/Euratom	European Atomic Energy Community
EBRD	The European Bank for Reconstruction and Development
EBU	European Broadcasting Union
EC	European Communities
ECHR	European Convention on Human Rights
ECJ	European Court of Justice
ECLR	*European Competition Law Review*
ECR	European Court Reports (Reports of the Court of Justice of the European Communities, Luxembourg)
ECSC	European Coal and Steel Community
ECOSOC	Economic and Social Council; Conseil économique et social
ECU	European Currency Unit; Unité monétaire européenne
EEA	European Economic Area
EEC	European Economic Community (Treaty)
EEE	Espace économique européen
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EHRR	European Human Rights Reports
EIB	European Investment Bank
EIRR	*European Industrial Relations Review*
EJIL	*European Journal of International Law*
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EL Rev.	*European Law Review*
EMIT Group	GATT Working Group on Environmental Measures and International Trade
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EMS	European Monetary System
EP	European Parliament
EPC	European Political Cooperation
EP Doc.	European Parliament Document
EP Debs	European Parliament Debates
EPIL	Encyclopedia of Public International Law
ESA	European Space Agency
EuGRZ	*Europäische Grundrechte Zeitschrift*
ERTA	European Road Transport Agreement
EUI	European University Institute
Eur. Bus. L. Rev.	*European Business Law Review*
Eur. Comm. H.R.	European Commission of Human Rights
Eur. Court H.R.	European Court of Human Rights
EuR	*Europarecht*
EuZW	*Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*
EWS	*Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*
FAO	Food and Agriculture Organization
FMI	Fond monétaire international

FIDE	Fédération internationale pour le Droit européen
Fordham Int'l. L.J.	*Fordham International Law Journal*
Foro it.	*Foro italiano*
Foro pad.	*Foro padano*
FRG	Federal Republic of Germany
Fs.	Festschrift
G.A. Res.	General Assembly (of the United Nations) Resolution; Résolution de l'Assemblée générale des Nations unies
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade; Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
GATT 1947	GATT concluded in 1947
GATT 1994	GATT incorporated into the 1994 Agreement on the WTO
Ga.J.Int'l. & Comp.L.	*Georgia Journal of International and Comparative Law*
Gazz Uff	Gazzetta Ufficiale
Giur. Cost.	Giurisprudenza Costituzionale
GNP	Gross national product
GRUR Int.	*Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und internationaler Teil*
GSP	General System of Preferences
GYIL	*German Yearbook of International Law*
Harv. Int'l L.J.	*Harvard International Law Journal*
Harv. L. Rev.	*Harvard Law Review*
HCR	Haut-Commissaire des Nations unies pour les réfugiés
HRLJ	*Human Rights Law Journal*
HR Rev.	*Human Rights Review*
IAEA	International Atomic Energy Agency
IAEO	International Atomic Energy Organization
IATA	International Air Transport Association
ICAO	International Civil Aviation Organization
ICJ Reports	International Court of Justice Reports
ICLQ	*International and Comparative Law Quarterly*
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
ILO	International Labour Organization
IMF	International Monetary Fund
ITU	International Telecommunications Union
IUE	Institut universitaire européen
IYIL	*Italian Yearbook of International Law*
J. Common Mkt. Stud.	*Journal of Common Market Studies*
JCP	*Jurisclasseur périodique*
JDI	*Journal de droit international*
JOCE	Journal officiel de la Communauté européenne
JORF	Journal officiel de la République française
Journal of the ICJ	*Journal of the International Commission of Jurists*
JWT	*Journal of World Trade*

Law.Soc.Gaz.	*Law Society Gazette*
LDC	Less developed country
Leb.	*Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (Lebon)*
LIEI	*Legal Issues of European Integration*
LLDC	Least developed country
LQR	*Law Quarterly Review*
MEAs	Multilateral Environmental Agreements
MEP	Member of European Parliament
MFN	Most Favored Nation
Mich. L. Rev.	*Michigan Law Review*
Mich.J.Int'l L.	*Michigan Journal of International Law*
MLR	*Modern Law Review*
MPE	Membre du Parlement européen
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NGO	Non-Governmental Organization
NILR	*Netherlands International Law Review*
NJ	*Nederlandse Jurisprudentie*
NJW	*Neue Juristische Wochenschrift*
NLJ	*New Law Journal*
NVwZ	*Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*
NYIL	*Netherlands Yearbook of International Law*
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OAS	Organization of American States
OAU	Organization of African Unity
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
O.E.A.	Organisation des Etats américains
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OJ	Official Journal of the European Community
ÖJZ	*Österreichische Juristen-Zeitung*
O.L.P.	Organisation pour la libération de la Palestine
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONG	Organisation non-gouvernementale
O.N.U.	Organisation des Nations unies
O.T.A.N.	Organisation du traité de l'Atlantique Nord
O.U.A.	Organisation de l'unité africaine
PE Doc.	Documents du Parlement européen
PCIJ Reports	Permanent Court of International Justice Reports
PLO	Palestine Liberation Organization
PPM	Process and Production Method
P.V.D.	Pays en voie de développement
QB	Queen's Bench (U.K. Law Reports)
RabelsZ	*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*
RAE	*Revue des affaires européennes*
RBDI	*Revue belge de droit international*

RdC	*Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*
RDE	*Rivista di diritto europeo*
RDH/HRJ	*Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal*
RDI	*Rivista di diritto internazionale*
Rec.	*Recueil* (selon le cas des arrêts de la CIJ, de la CJCE ou du Conseil constitutionnel français)
Reg.	Regulation; règlement
Res.	Resolution; résolution
R.F.A.	République fédérale d'Allemagne
RGDIP	*Revue générale de droit international public*
RHDI	*Revue hellénique de droit international*
R.I.C.R.	*Revue internationale de la Croix-Rouge*
RIDC	*Revue internationale de droit comparé*
R.I.S.	*Relations internationales et stratégiques*
RIW	*Recht der Internationalen Wirtschaft*
RMC	*Revue du marché commun*
RMT	*Rechtsgeleerd Magazjin Themis*
RSDIE	*Revue suisse de droit international et de droit européen*
RTDE	*Revue trimestrielle de droit européen*
R.T.D.H.	*Revue trimestrielle des droits de l'homme*
RUDH	*Révue universelle des droits de l'homme*
SEA	Single European Act
SEC	Securities and Exchange Commission, Decisions and Reports
Série A	Publication de la Com.EDH: Arrêts et décisions
Série B	Publication de la Com.EDH: Mémoires, plaidoiries, documents
SDN	Société des Nations
SEW	*Social-Economische Wetgeving*
SFI	Société financière internationale
S.M.E.	Système monétaire européen
SPS	Sanitary and Phytosanitary Measures
Stb	Staatsblad van het koninkrijk der Nederland
Syr.J.Int.L. and Comm.	*Syracuse Journal of International Law and Commerce*
TBT	Technical Barriers to Trade
TIAS	Treaties and International Agreements Series
TPRM	Trade Policy Review Mechanism
TREMS	Trade Related Environmental Measures
TRIPS	Trade Related Intellectual Property Rights
UK	United Kingdom
UN	United Nations
UNCED	United Nations Conference on Environment and Development 1992
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNEP	United Nations Environment Programme

UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization; Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture
UNGA	United Nations General Assembly
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
U.N.Jur.Y.B.	*United Nations Juridical Yearbook*
UNSC	United Nations Security Council
UNTS	United Nations Treaty Series
UNY	United Nations Yearbook
U. Pa. L. Rev.	*University of Pennsylvania Law Review*
US, USA	United States of America
U.S.C.A.	United States Courts of Appeals
USSR	Union of Sovereign Socialist Republics
Va.J.Int'l L.	*Virginia Journal of International Law*
Vand.J.Trans.L.	*Vanderbilt Journal of Transnational Law*
VN	*Vereinte Nationen*
WEU	Western European Union
WHO	World Health Organization
WIPO	World Intellectual Property Organization
WLR	Weekly Law Reports
WTO	World Trade Organization
Yale J. Int'l L.	*The Yale Journal of International Law*
WuW	*Wirtschaft und Wettbewerb*
YB	Yearbook of the European Convention on Human Rights
YEL	*Yearbook of European Law*
ZaöRV	*Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*
ZERP	Zentrum für Europäische Rechtspolitik
ZfZ	*Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern*
ZHR	*Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*
ZRP	*Zeitschrift für Rechtspolitik*

L'Europe planétaire

par

RENÉ JEAN DUPUY

Academy of European Law (ed.),
Collected Courses of the Academy of European Law, Volume V, Book 2, 1–10.
© 1997 *Kluwer Law International. Printed in the Netherlands.*

Biographie

Né à Tunis le 7 février 1918

Président de l'Institut de droit international

Membre de l'Académie des Sciences morales et politiques (Institut de France)

Professeur honoraire au Collège

Carrière universitaire

Professeur honoraire au Collège de France (depuis 1990)

Membre de l'Institut de France (Académie des Sciences morales et politiques)

Membre du Curatorium de l'Académie de droit international de La Haye, ancien secrétaire général de l'Académie, 1966-85, institution dont la moitié des activités se déroulent en français

Fondateur et Président de l'Université Senghor d'Alexandrie d'Egypte (Université internationale de langue française au service du développement africain)

Docteur Honoris Causa

de la Johannes Gutemberg Universität, Mayence

de l'Université Jagellone de Cracovie,

de l'Université de Montréal

Académies

Membre correspondant de l'Académie d'Athènes

Membre correspondant de la Real Academia de las Sciencias Morales y politicas de Madrid

Membre de l'Académie du Royaume du Maroc

Membre de l'Académie Europea, Londres

Fonctions

Président de l'Institut de droit international
Président de l'Académie de la Paix et de la Sécurité internationale
Président d'honneur de la Société française de droit international

Distinctions

Commandeur de la Légion d'Honneur
Commandeur de l'Ordre National du Mérite
Commandeur des Palmes Académiques

Publications principales

Le nouveau panaméricanisme, Paris, Pedone (1956)

Le droit international, Paris, Presses Universitaires de France (1963, 9ème édition, 1993)

La pensée politique, en collaboration avec J. Imbert et A. Morel, Presses Universitaires de France, Coll. Thémis (1969)

La politique de Nietzsche, Coll. Idées Politiques, Armand Colin (1969)

L'Océan partagé, Paris Pedone (1979)

La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire, UNESCO (1986)

La clôture du système international. La cité terrestre, Presses Universitaires de France (1989, Grand Prix de Philosophie de l'Académie Française)

L'humanité dans l'imaginaire des Nations, Paris, Julliard (avril 1991)

Benjamin Constant, De l'esprit de conquête et de l'usurpation, présentation et notes, éditions de l'imprimerie nationale (1971)

Traité sur le nouveau droit de la mer, Bruxelles, Bruylant (1991).

L'Europe planétaire

La vocation planétaire de l'Europe appartient à sa nature. Impatients de courir au-delà de la dernière vague, des hommes sont partis de ses terres pour aborder toutes les rives du monde. L'Europe a fait l'inventaire de la planète. Emportée par ses découvertes, elle y a répandu ses valeurs, elle est devenue pour les autres une référence universelle. L'émergence sur un monde aujourd'hui exigu, de cultures et de civilisations naguère encore ternies par son ombre, la réduit-elle maintenant à une référence régionale?

*

* *

Que l'Europe se pense comme universelle est une vérité qui, pour avoir été souvent répétée, n'en est pas moins incontestable. Elle est seule à tendre à intégrer la diversité des hommes. Cette faculté provient d'une richesse faite de contradictions: la raison et le mythe, le scepticisme et la foi se disputent l'âme européenne. Pour ne s'en tenir qu'aux trois derniers siècles, on constate des passages par des attitudes de philosophie sociale dissemblables mais complémentaires. On est allé de l'humanisme au positivisme et du positivisme à la modernité.

Le siècle des Lumières, en magnifiant le droit de la nature et des gens, tenait tous les hommes comme doués de raison et en tirait pour conséquence l'ouverture du droit international à tous les peuples. Considéré par des personnes comme Condorcet, comme perfectible, par l'éducation et le progrès, était promis à une promotion égalitaire.

Tout système socio-culturel reposant sur des valeurs, des conduites et des produits, on constate que celui de l'Europe a exporté ces trois éléments. Son rayonnement dans l'ordre des valeurs, religieuses ou philosophiques, a été complété par celui de ses idéologies politiques: elle a donné naissance à Adam Smith et à Karl Marx et a ouvert le monde aux deux courants qui allaient se la disputer. Les conduites européennes ont également connu une certaine expansion, mais c'est par l'intermédiaire de ses produits que l'Europe les a répandues. Ils étaient la concrétisation de la modernité sécrétée par elle à partir du XIXe siècle.

L'essor du machinisme et des techniques est alors allé de pair avec celui du positivisme. Il continuait les Lumières par son optimisme et sa croyance au progrès linéaire, mais celui-ci n'était accessible qu'aux détenteurs du savoir, il s'en écartait par la discrimination et la hiérarchie qu'il introduisait dans les pays et entre eux sur la base de la puissance matérielle. Dès lors la primauté européenne se réalisait à la fois dans ses œuvres et dans ses pensées, les unes, par leur perfectionnement continu, garantissant la préémi-

nence des autres. L'Europe était une référence universelle car elle diffusait sur la planète des valeurs présentées et reçues comme des vérités d'évidence. Les Européens voyaient en elle des absolus, par définition, de portée générale. D'où cette démarche assimilatrice pour imposer ces valeurs à tous par le glaive, par la religion, par la révolution dont la pulsion conquérante universaliste a tant de fois été soulignée.

Aujourd'hui, ceux qui, hors d'Europe, s'inquiètent des coups portés aux ambitions universalistes de leurs dogmes, idéologiques ou religieux, par la révélation, faite par l'Europe, de la relativité des vérités, sont, en revanche, prêts à accepter celle des valeurs européennes et à souligner leur caractère régional. Ils ne s'en font pas faute.

*

* *

L'exaltation du droit à la différence réduit l'Europe à une référence régionale. C'est un fait: si, aujourd'hui, chacun veut être vu comme il se voit, c'est dans le tiers monde que cette revendication revêt sa plus grande intensité. Cependant on doit constater que ce refus de l'assimilation à l'autre, puise sa source dans des mouvements de pensée européens. C'est la noblesse de l'Europe que d'avoir exporté des valeurs-boomerangs que ses instituteurs et professeurs ont enseignées à des hommes qui devaient, par la suite, s'en réclamer pour rejeter sa domination. Les droits de l'homme les droits des peuples à disposer d'eux-mêmes ont ainsi joué un rôle émancipateur bien des fois reconnu. Par ailleurs, les anthropologues et ethnologues européens ont enseigné la relativité culturelle. Opérant une manière de révolution copernicienne, ils ont, en affirmant l'égale valeur des systèmes culturels, supprimé le centre de référence qui privilégiait celui de l'Europe.

Les conséquences qu'on en tire peuvent se borner à l'affirmation des identités, dans une acceptation mutuelle de toutes. Elle peut prendre une orientation agressive, et prétendre exclure les autres. Cette attitude radicale pousse à s'enfermer dans sa différence et à a se nourrir de l'illusion d'une orgueilleuse solitude. Elle est une forme de racisme. Elle conduit à jeter sur le monde un regard morcelant, chacun se voulant cloisonné. C'est la négation de la nature humaine et des droits de l'homme. Il est piquant de voir des personnages qui se veulent révolutionnaires soutenir ainsi une doctrine qui fut celle des contre-révolutionnaires. Pour Edmund Burke, de Bernald, Joseph de Maistre, l'homme en soi n'existe pas. Et de se gausser de la Révolution française qui a proclamé une Déclaration des droits appartenant à un être abstrait, dépourvu de toute vérité. Ce reproche n'était pas sans fondement. Il a été repris au XIXe siècle par les écoles socialistes opposant l'homme situé dans sa condition prolétarienne au citoyen, catégorie impersonnelle, occultant toutes les différences de condition sociale. Mais il est deux démarches désespérantes: nier l'individu au nom de sa situation, nier sa situation au nom de la collectivité. En réalité, l'organisation du corps social suppose et l'af-

firmation des droits de la communauté, sans laquelle l'homme est un irresponsable replié sur ses droits comme sur son magot; et l'affirmation des droits de l'homme, sans laquelle la société devient une entité oppressive sinon meurtrière.

Au surplus, on ne peut méconnaître les retrouvailles de la liberté, célébrées périodiquement dans l'histoire par des hommes au sortir de l'asservissement. Dans *L'Ancien Régime et la Révolution*, Alexis de Tocqueville explique que le penchant naturel porte les hommes à l'égalité plutôt qu'à la liberté, mais qu'après un temps passé sous le poids des disciplines à finalité égalitariste, les peuples aspirent à retrouver la liberté. C'est pour cela qu'en 1989 des Tchèques sont descendus dans la rue et ont allumé des bougies dans la nuit et que des petits-fils de Confucius ont payé de leur vie à Tien-An-Men, le ralliement, qu'à leur insu, ils apportaient à la pensée d'un gentilhomme normand.

Enfin une communauté nationale ou culturelle ne peut, dans le monde actuel, ignorer la communauté internationale. La planète est petite, mais il n'y a pas d'ailleurs. Dans ce huis clos, tenir les autres pour l'enfer est préparer l'explosion de l'humanité. Les hommes et les peuples sont condamnés à cohabiter dans l'enclos planétaire. Comprendront-ils que la personne ne s'accomplit en plénitude que dans la relation?

Sans doute le dialogue des cultures est-il malaisé. Par nature, elles ne se convertissent pas et, dans l'histoire, elles tendent à l'hégémonie. Les efforts de compréhension et d'acceptation mutuelles demeurent faibles alors que la proximité éloigne le prochain. Mais il n'est pas d'autre issue que dans une tolérance dont la théorie a été élaborée en Europe et spécialement en France: la laïcité.

Procédant de la dualité des Royaumes, celui de César et celui de Dieu (ou de l'Esprit), elle laisse les hommes libres d'avoir une religion ou de n'en pas avoir, de se rallier à une philosophie ou d'en adopter une autre. Ce choix ressort au for interne. Dès lors que nul ne saurait se voir reprocher celui qu'il a fait, la coopération est possible entre tous sur des objets concrets au service du bien commun. L'humanité vivra en laïcité ou s'entretuera.

L'Europe, forte de son expérience, faite d'erreurs et de nécessités, peut être, sur ce plan, une utile référence.

Aussi, il semble bien qu'elle reste un modèle auquel on se reporte de l'extérieur.

*

* *

En dépit des contestations, l'universalisme européen n'en subsiste pas moins mais d'une manière toute différente. Il est passé d'un universalisme d'évidence à un universalisme de référence. Les valeurs européennes, quoique situées dans un espace culturel déterminé, restent un modèle auquel on se réfère de l'extérieur. Les autres systèmes, conscients de leur propre identité, même lorsqu'ils les attaquent et regrettent le pérennité de la référence qui leur est faite, ne peuvent les ignorer. Même s'ils estiment que ces valeurs sont spécifiques à l'Europe, les autres n'en finissent pas de se situer par rapport à elle. Car, inévitablement, s'affirmer différent, c'est s'affirmer dialectiquement.

Mais il y a plus. La culture européenne, depuis longtemps ouverte à l'esprit critique, n'est pas atteinte dans sa substance par la démarche qui s'en prend aux dogmes. Ce n'est pas d'aujourd'hui qu'elle les a malmenés. En réalité, même relativisé, l'esprit européen introduit le doute dans les ressortissants des systèmes clos. Car la culture relativisante européenne est toujours suffisamment universelle pour les atteindre. Cette universalité est maintenant non plus porteuse de vérités absolues, mais de certitudes provisoires. L'Europe récupère l'universalité sur le mode de la relativité et de l'esprit critique.

On ne peut plus lui reprocher de porter sur le monde un regard assimilateur. Elle assume aujourd'hui une fonction singulière: elle dégrade les systèmes figés et idolâtres, réduits, par ses analyses, à n'être que des représentations propres à une partie du monde ou à une région de la pensée.

Les mondes socio-culturels sont en désarroi sous le coup du défi que leur lance l'approche critique de la vérité. Un défi péremptoire: lesquels d'entre eux pourront le relever et résister à la corrosion que la nouvelle démarche de la pensée scientifique européenne fait subir aux certitudes venues de «l'éternel hier».

On pourrait s'étonner que les changements de repères de l'ordre de l'épistémologie consécutif à la modernité, entraînent des troubles aussi graves que les consciences si l'on oubliait qu'elle a précisément pour effet d'affecter fondamentalement le crédit fait à la vérité. La crise de la pensée contemporaine survient dans un milieu mental qui ne vénère plus Descartes, ni Comte et qui a reçu, après la révélation d'Einstein, les inquiétantes et séduisantes analyses de Freud et de ses successeurs.

La vérité «claire et distincte» de René Descartes a perdu de son rayonnement dès lors qu'on ne la croit plus nécessairement rationnelle ni universelle, que la science n'est plus censée construire une vérité objective, définitive. Les vérités scientifiques n'ont de pertinence qu'à l'intérieur d'une théorie, d'un système dans lequel elles sont élaborées. Ce sont des vérités systématiques. Pas de vérité scientifique qui ne se trouve dans un mouvement de l'intellect. Si elle se fixe, elle est déjà erreur. Le progrès de la science, selon Bachelard, est une rectification continue du savoir. «La vérité n'est pas

ce qui s'affirme, mais ce qui se cherche». Elle est en devenir. Ce qui n'implique pas la montée linéaire, conçue par l'optimisme scientiste du siècle passé, mais des ruptures, des sauts, successifs. Sans doute la vérité scientifique absolue se cache-t-elle dans un refuge, pour l'heure ou pour toujours inaccessible. On ne doute pas de son existence, mais les certitudes ne sont désormais qu'intérimaires. Et ce relativisme n'est pas le fait du scepticisme, puisque le vrai reste un inconnu à approcher sinon, peut-être, un jour, à atteindre.

Cette relativité est confirmée par une autre découverte de l'esprit européen: pas d'observations dans laquelle ne se trouvent impliqués et l'observateur et l'observatoire. Comment une vérité serait-elle pure objectivité alors qu'elle est vue d'un certain site, qu'elle est positionnée dans un secteur privilégié par celui qui croit la trouver. Pour Marx, elle se situait dans les rapports de production dont il tirait une cosmologie aujourd'hui dépassée. Toute vérité est située, mais elle n'est pas le produit de cette situation, elle est aussi générée par l'homme qui en vit. Or cet homme est libre et, pour une part au moins, imprévisible. Les séductions simplifiantes de l'historicisme ne peuvent l'emprisonner dans un déterminisme sécurisant.

Je ne connais qu'à travers les représentations que je me fais et le langage que j'utilise. Il n'y a de vérité que perçue, que parlée. Stimulants pour relancer toujours plus avant l'exploration scientifique, ces divers signes de la relativité des certitudes portent un coup terrible à tous les systèmes clos.

L'homme de science sollicité depuis toujours par la théorie, contestation des idées acquises, cède aujourd'hui à l'invite des idées folles dont l'analyse peut délivrer la part de vérité qu'elles dissimulaient. Dans ce monde, l'erreur est créatrice puisque accepter de la constater ranime une investigation qui se veut toujours ouverte.

Cette série de révélations est une injure insoutenable pour tous les intégrismes, religieux et idéologiques, qui ne survivent que par une glaciation des esprits, pour tous ceux qui prétendent assigner un dénouement à l'histoire, pour tous ceux qui ignorent ou veulent cacher que le désir de connaissance retrouve toujours les matins ensoleillés par la découverte.

Comment admettraient-ils qu'un dogme, mort depuis longtemps et conservé dans une langue de bois comme dans un sarcophage sacré, puisse être dénoncé comme une idole, comment renonceraient-ils à l'expansion hégémonique qu'ils espèrent de sa transmutation en vérité universelle? Alors qu'ils expriment une vérité qui ne se cherche pas, qui ne se cherche plus, figée dans un modèle tout fait, censé détenir le secret de l'histoire?

La modernité, entendue comme acceptation des certitudes difficiles, génératrices de nouveaux départs vers l'inconnu, ne peut que casser les vieux systèmes établis sur des valeurs érigées en absolu.

La perception croissante des voies de la conscience introduit entre les hommes des césures selon qu'ils sont disposés à y participer ou, au contraire, qu'ils cadenassent dans des citadelles une patrie mentale et les valeurs dont elle tient sa pérennité. La soif de la découverte et l'acceptation du risque d'erreur qu'elle comporte, ne peuvent qu'horrifier les gardes de ces sanctuaires. Car cette attitude critique échelonne, hiérarchise, périme et déclasse les cultures et les civilisations pétrifiantes. Et cependant, cette ouverture ne fait pas d'exclus. Tous les hommes sont appelés à poursuivre le travail de la création. Les uns l'assument dans une démarche spirituelle ouverte sur la recherche et l'approfondissement. D'autres s'appliquent à le vivre par exigence rationnelle, dans l'ordre de l'intellect.

Non contentes d'être réifiantes, les cultures idolâtres puisent leur ascendant dans une explication exclusive et définitive de l'humanité. La race, la classe, la nation promettent tour à tour un bonheur clés en main. Close est la cité livrée aux idoles. L'ouverture c'est la disponibilité. Le dogmatisme est son seul rejet. Dans une dialectique sans dénouement, thèse et antithèse ne conduisent plus à une synthèse, refuge ultime d'un dépassement bloqué. Le stade synthétique n'est pas le parcage offert à l'éternel repos de la dialectique. Il est le tremplin d'une nouvelle antithèse. Les cultures rénovantes, ouvertes et ouvrantes, travaillées par le désir de l'infini tirent leur vitalité de la conviction que la vérité est toujours à parfaire, que ses modèles ne sont que provisoires. Dans l'ordre politique et économique, cette attitude est essentiellement expérimentale. Dans l'ordre philosophique et religieux, elle donne à ceux qui vivent selon l'esprit de découverte, des chances d'incessant renouvellement. Tant il est vrai que, comme l'observe Malebranche, l'esprit a toujours du mouvement pour aller de l'avant. Aussi loin de l'immobilisme que de la table rase, on conçoit l'existence intellectuelle comme une aventure consciente que l'on n'a jamais pleinement l'histoire en main. Mais s'il arrive qu'on se projette ainsi dans l'utopie, c'est nanti de l'exigence critique. Cet impératif accompagne celui qui s'engage sur les prés où courent les idées jeunes. C'est par lui qu'elles peuvent livrer leur part de sagesse. L'intrusion de l'exigence critique dans l'histoire est reçue comme un scandale. Elle ajoute au drame de notre monde, même si certains ne peuvent vivre sans elle.

La liberté est un risque. L'Europe enseigne aujourd'hui qu'il vaut la peine d'être couru. Avec tous les hommes.

Women's Human Rights: Guaranteed by Universal Standards or Discounted by Cultural Bias?

by

CHRISTINE CHINKIN

Academy of European Law (ed.),
Collected Courses of the Academy of European Law, Volume V, Book 2, 11–58.
© 1997 *Kluwer Law International. Printed in the Netherlands.*

Table of Contents

I. Universality and Unity in Human Rights Law 19

A. Introduction 19
B. Human Rights Law and the West 20
C. An African Perspective: The Banjul Charter 22
D. Vienna and Beyond: Unity Reaffirmed 24

II. Cultural Relativism 26

III. Cultural Relativism and Women's Rights 29

A. The Denial of Women's Rights as Human Rights 29
B. Women Within Society: The Colonial Inheritance 31
C. Western Feminism and Third World Feminism 35
D. Women's Identity 39
E. Commitment to Human Rights Standards? 45

IV. The Search for Reconciliation 49

A. Legal Strategies 49
B. Challenge the Cultural Assertions: Who Benefits? 52
C. The 'World Traveller' 55

Biography

Christine Chinkin,* is currently Professor of Law, Dean and Head of Department at the University of Southampton. She studied law at the University of London (Queen Mary and Westfield College) and Yale Law School and has her PhD from the University of Sydney. Her main teaching and research interests are in the area of public international law, especially international dispute resolution, human rights law, international law and feminist legal theory and treaty law. She has taught in the United Kingdom, New York, the National University of Singapore and the University of Sydney. She has also held many visiting appointments, including at Hong Kong University, the Beijing Foreign Studies University, the University of Georgia (USA), and the State University of New York, Buffalo. In 1995 she was a Faculty member, International Human Rights, George Washington Law School and University of Oxford. Her publications include *Dispute Resolution in Australia*, Butterworths (with Dr. H. Astor); *Third Parties in International Law*, Oxford University Press; 'Feminist Approaches to International Law', 85 *American Journal of International Law* (1991) 613-45 (with H. Charlesworth and S. Wright) which won the Francis Deak prize awarded by the *American Journal of International Law* and many other articles on various aspects of international law. Professor Chinkin works with a number of women's non-governmental organizations and was the American Society of International Law and International Law association delegate accredited to the Fourth UN World Conference on Women and NGO Forum.

* The author thanks Urfan Khaliq for his excellent research assistance in the preparation of these lectures and for his information and insights, especially into Islamic law.

Principal Publications

– *Dispute Resolution in Australia* (with H. Astor) (1992) 338p.;

– *Settlement Week Evaluation Report, Paving the Way to Court Related ADR* (with M. Dewdney and B. Sordo) (1992);

– *Third Parties in International Law*, Monograph Series in International Law (1993) 385p.;

– *CEDAW No. 12, Report of the Twelfth Session of the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* (with K. Werksman) International Women's Rights Action Watch (1993);

– 'The Law and Ethics of Recognition: Cambodia and Timor', in P. Keal (ed.), *Ethics and Foreign Policy* (1992) 190-220;

– 'Women and Peace: Militarism and Oppression', in K. Mahoney and P. Mahoney (eds), *Human Rights in the 21st Century* (1993) 405-18;

– 'Peace and Force in International Law', in D. Dallmeyer (ed.), *Reconceiving Reality: Women and International Law* (1993) 203-30;

– 'The Peaceful Settlement of Disputes: A New Basis for Optimism?', in R.St.J. MacDonald (ed.), *Essays in Honour of Professor Wang Tieya* (1993) 165-79;

– 'Violence Against Women: A Global Issue', in J. Stubbs (ed.), *Women, Male Violence and the Law* (1994) 13-34 (with H. Charlesworth);

– 'Dispute Resolution and the Law of the Sea: Regional Problems and Prospects', in J. Crawford and D. Rothwell (eds), *The Law of the Sea in the Asian Pacific Region* (1995) 237-62;

– 'Feminist Approaches to International Law', 85 *AJIL* (1991) 613-45 (with H. Charlesworth and S. Wright);

– 'The Anatomy of International Disputes', 7 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (1991) 39-81 (with R. Sadurska);

– 'The Merits of Portugal's Case Against Australia', 15 *New South Wales Law Journal* (1992) 423-38, reprinted at the request of the editors as 'East Timor Moves into the World Court', 4 *EJIL* (1993) 206-22;

– 'A Gendered Approach to the International Prohibition of the Use of Force', 12 *Australian Yearbook of International Law* (1992) 279-93;

– 'A Gendered Analysis of Ius Cogens', 15 *Human Rights Quarterly* (1993) 63-76 (with H. Charlesworth);

– 'The Hunger Trap: Women, Food and Self-Determination', 14 *Mich.J.Int'l L.* (1993) 262-321 (with S. Wright);

– 'Sources of International Law: Entrenching the Gender Bias', in *Contemporary International Law Issues: Opportunities at a Time of Momentous*

Change (1993) 418-21, Joint Conference of the American Society of International Law and the Nederlandse Verenigung voor Internationaal Recht;

– 'Rape and Sexual Abuse of Women in International Law', 5 *EJIL* (1994) 326-41;

– 'Women's Human Rights: Legal Strategies for Enforcement', 9 *Interights Bulletin* (1995) 3-6.

I. Universality and Unity in Human Rights Law

A. Introduction

International law in the late 20th century makes a particular claim to universality in application, if not in origin. Organizationally, membership of the United Nations Organization is now nearly universal,[1] and the end of the Cold War has reduced the likelihood of veto-induced paralysis within the Security Council.[2] Substantively, the norms of the Charter are widely held to have become customary international law, binding upon all States including non-members.[3] Even in terms of enforcement there have been advances, with wider inclusion of dispute resolution clauses into treaties,[4] greater recourse to the International Court of Justice than at any other time in its history,[5] and increased use of United Nations enforcement mechanisms. This claim to universality has had special impact on the evolution of, and commitment to, human rights law since 1945.[6]

These lectures will provide a brief overview of the historical schism between civil and political rights on the one hand and economic, social and cultural rights on the other in light of claims to universality of human rights law. But claims of universality are met by demands for respect for diverse cultural traditions which have not been resolved by the apparent acceptance of the unity of all human rights. These demands have had perhaps their greatest adverse effect in the context of the recognition of women's rights as human rights. The lectures will examine the conflicts generated by claims of cultural relativism as justifying the continued subordination and denial of human rights to women, and will conclude with an analysis of attempts to resolve this impasse.

1 There were 185 member States of the United Nations as of 28 November 1994.

2 United Nations Charter, Article 27(3).

3 The Security Council has called upon non-members as well as member States to comply with its decisions. See, for example, SC Res. 661, 6 August 1990 imposing sanctions upon Iraq after that State's invasion of Kuwait. In *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council 276 (1970)*, ICJ Reports (1971) 16 (Adv. Op. 21 June) the Court called upon both members and non-members to recognize the illegality of South Africa's presence in Namibia.

4 See Chinkin, 'The Peaceful Settlement of Disputes: New Grounds for Optimism?', in R. MacDonald, *Essays in Honour of Wang Tieya* (1994) 165. See however the caution expressed in Koskenniemi, 'The Future of Statehood', 32 *Harv. Int'l L.J.* (1991) 397, at 402.

5 Highet, 'The Peace Palace Heats Up: The World Court in Business Again?', 85 *AJIL* (1991) 646. The trend has continued since the publication of Highet's article.

6 The promotion and protection of fundamental human rights and freedoms were among the purposes of the United Nations; United Nations Charter, Articles 1(3), 55 and 56.

B. Human Rights Law and the West

Modern human rights law derives primarily from Western philosophical thought determining the relationship between those who govern and those who are governed.[7] Of particular significance in its moulding have been the values enshrined in Judaeo-Christian morality, natural law principles, and the 18th century political theories associated with the rationalism of the French and American revolutions: Locke's social contract and natural rights theories; Montesquieu's theory of the separation of powers between the legislative, executive and judiciary; and Rousseau's theory of the sovereignty of the people.[8] The primacy given to Western concepts of international law in general after the Peace of Westphalia, 1648, with the rise of the European nation State and the spread of Western colonization, facilitated the incorporation of these principles into United Nations human rights law after 1945.[9]

The United Nations Universal Declaration of Human Rights, 1948 reflects its Western championship,[10] but nevertheless provides a 'unitary and universally valid concept of what values should be cherished by all States within their own domestic orders.'[11] Unity was achieved through the inclusion of both civil and political rights and economic, social and cultural rights, although greater space is given to the former.[12] This initial unity in the formulation of human rights standards was disrupted by the drafting of the separate United Nations International Covenants in 1966, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)[13] and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR).[14] The latter reflects the primary emphasis which has been given by socialist and developing States to the economic development of the State, through which all individuals may strive to achieve their full potential within the State. Primacy is

7 The term 'Western' is ambiguous. Colonial history meant that North and South America, Australia, and New Zealand shared common philosophical and religious roots at the time of the drafting of the international human rights instruments, while the States of Eastern Europe did not.

8 A. Cassese, *International Law in a Divided World* (1986) 288. For an overview of the historical development of human rights law see S. Davidson, *Human Rights* (1993) 1-23.

9 Although there were some earlier human rights concerns, notably the protection of minorities, human rights law has primarily developed since 1945.

10 10 December 1948, G.A. Res. 217 A (III). Western and Latin American States constituted a majority within the General Assembly in 1945. States which did not share the commitment to an international list of human rights (the former Soviet Union, Byelorussia SSR, Ukraine SRR, Czechoslovakia, Yugoslavia, Poland, South Africa and Saudi Arabia) chose to abstain rather than to vote against the Universal Declaration. Wholehearted enthusiasm by Western States in 1948 for an international legal regime for the protection of human rights should not be assumed: European States were still concerned about protecting their colonial interests while the United States continued to deny civil rights to its black population.

11 A. Cassese, *supra* note 8, at 299.

12 Only five out of thirty articles refer to economic, social or cultural rights.

13 16 December 1966, 993 UNTS 3 (125 ratifications, January 1994).

14 16 December 1966, 999 UNTS 171 (127 ratifications, January 1994).

therefore accorded to economic, social and cultural rights which require the State to provide benefits to, and supports for, its population (for example access to education, health services, and work). In contrast civil and political rights define the role of the individual within society and the limits of arbitrary interference by the State. The concept of inalienable, immutable and inherent civil and political human rights rests upon individual privacy guaranteeing mental and physical autonomy within the context of the rule of law.[15] Although the former rights are frequently associated with socialist States, it must be remembered that Roosevelt's four freedoms included 'freedom from want'.

The two Covenants were adopted by the General Assembly without any priority being allocated between them. Nevertheless the more forceful language of obligation and the more effective enforcement measures in the ICCPR have allowed a continuing Western assumption of greater weight to be accorded to that Covenant.[16] The international 'Bill of Rights' contained within the Universal Declaration and the Covenants is sometimes claimed to have become customary international law.[17]

Alongside the articulation of global standards for the protection of human rights, regional arrangements have been concluded. The two Western human rights treaties, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms[18] and the Inter-American Convention on Human Rights[19] reflect their historical, philosophical and conceptual origins. Values that might be denoted as human dignity within other philosophical traditions are articulated as legally protected rights within the Western tradition.[20] Primacy is given to

15 'The emphasis on individual liberty and freedom has been a distinctive feature of Western political and legal philosophy since the seventeenth century, associated particularly with the doctrine of natural rights.' Lloyd of Hampstead, *Introduction to Jurisprudence* (5th ed. 1985) 143.

16 For example, the obligation to 'take steps ... with a view to achieving progressively the full realization of the rights' in the ICESCR (Article 2(1)) contrasts with the immediate obligation 'to respect and ensure' the rights within the ICCPR (Article 2(1)). The Human Rights Committee was established by the ICCPR, Article 28(1) while the Economic, Social and Cultural Committee was not formed until 1986 by ECOSOC. There is no right of individual complaint under the ICESCR, a right available for the ICCPR through adherence to the First Optional Protocol, 19 December 1966, 999 UNTS 171.

17 For example in 1994 the International Law Association at its 66th Annual Meeting adopted the Final Report of the Committee on the Enforcement of Human Rights Law on the status of the Universal Declaration in national and international law. However not all provisions of these instruments are accepted as having acquired the status of customary international law; see further I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (4th ed. 1990) 578.

18 European Convention for the Protection of Fundamental Rights and Freedoms, Rome, 4 November 1950, ETS No. 5 and 10 Protocols. Protocol 11 was adopted in May 1994 but has not entered into force.

19 American Convention on Human Rights, San Jose, 22 November 1969, 1144 UNTS 123.

20 Cf., 'Many Western scholars concede that the broadly defined human values underlying the concept of human rights may be universally shared, but they insist that a distinction be made between the moral standards of human dignity, which all cultures share, and the

civil and political rights.[21] Enforcement mechanisms, including the possibility of litigation commenced by an individual against the State, are established.[22]

C. An African Perspective: The Banjul Charter

Although the growing numbers and influence of African and Asian groupings within the United Nations resulted in the inclusion of the right to self-determination in the International Covenants,[23] the realities of colonial domination in the 1940s had denied these States any significant input into the drafting of the Universal Declaration. Equally, struggles for national liberation dominated their political and social agendas as the pace of decolonization moved forward. While it is to be anticipated that different forms of social ordering and understandings of the place of the individual within society would lead to different concepts of human rights in those regions, it is unwise to attempt to generalize about a cultural approach to human rights in as vast and diverse an area as either Africa or Asia and the Pacific.

Nevertheless, the existence of the African Charter does allow for some assessment of formulated different perspectives, which is not possible in the case of Asia.[24] Four main distinctions can be noted between the African Charter and the Western-based human rights instruments. First, the Charter combines civil and political and economic social and cultural rights. As stated in its Preamble:

> [I]t is henceforth essential to pay particular attention to the right to development and that civil and political rights cannot be disassociated from economic, social and cultural rights in their conception as well as universality and that the satisfac-

specific human rights which are enforceable against the State, which are believed to be a modern European creation.' An-Na'im and Deng, 'Introduction', in A. An-Na'im and F. Deng, *Human Rights in Africa: Cross Cultural Perspectives* (1990) 1, at 3.

21 In Europe these are included within the separate European Social Charter, 18 October 1961, 529 UNTS 89. The American Convention, Article 26 is on economic, social and cultural rights while Articles 3-25 guarantee civil and political rights.

22 European Convention on Human Rights, Articles 25 and 46; Inter-American Convention, Articles, 44 and 62.

23 These States were supported by the socialist States in opposition to the political and economic interests of Western colonization and capitalism. Cassese points out that external self-determination was applicable to get rid of colonial or foreign domination while internal self-determination means 'the free choice of socialism.' A. Cassese, *supra* note 8, at 302.

24 There is no Asian human rights treaty articulating standards for that region, nor any institution comparable to the Council of Europe, the Organization of American States, or the Organization of African Unity. See Leary, 'The Asian Region and the International Human Rights Movement', in C. Welch and V. Leary (eds), *Asian Perspectives on Human Rights* (1990).

tion of economic, social and cultural rights is a guarantee for the enjoyment of civil and political rights.[25]

Second is the inclusion of group rights, the so-called third generation of human rights.[26] The inclusion of group rights reflects adherence to a communitarian ideal in Africa.[27] The most important of these collective rights is that of all peoples to self-determination but there are others: the right to equality; to free disposal of wealth and natural resources; to economic, social and cultural development; to peace and security; and to a satisfactory environment.[28] Their collective nature should not disguise their diverse contents, nor their different historical origins. The guarantee of collective rights assumes that the benefits will flow to individuals within the group and assumes that the interests of all members of the group will coincide, which may not always be borne out in practice. Articulation of collective rights generates a number of questions: How is the group to be defined? Who is to define the group, those that claim to be its members, or outsiders? How is membership to be retained? What is the relationship between rights of the group and the rights of individuals within the group and how are conflicts to be resolved? What is the relationship between collective rights and the right of State sovereignty? The Charter provides no guidance on these complex questions.

The third distinctive feature of the African Charter is the inclusion of individual duties as well as rights. Individuals bear a responsibility to comply with societal expectations and therefore must fulfill their obligations towards 'family and society, the State and other legally recognized communities and the international community.'[29] The explicit obligation in Article 29 'to preserve and strengthen positive African cultural values' in the spirit of tolerance, dialogue and consultation links these individual obligations to the preservation of African social structures and cultural traditions. Finally, the African Charter has no adjudicative machinery and emphasizes non-adversarial methods of dispute resolution, such as mediation.[30] The African

25 African Charter on Human Rights and Peoples' Rights, Banjul Charter), 27 June 1981, rep. 21 ILM (1982) 58; OAUDOC CAB/LEG/67/3/Rev. 5, Preamble Clause 7.

26 So-called first generation civil and political rights are liberty rights (the freedom from); second generation, economic, social and cultural rights, are equality and affirmative rights; third generation, peoples' rights, are solidarity rights; Vasak, 'Human Rights: A Thirty Year Struggle', *UNESCO Courier* (November 1977) 29.

27 Howard, 'Is there an African Concept of Human Rights', in R.J. Vincent (ed.), *Foreign Policy of Human Rights* (1986) 11, 13.

28 Cf., G. Shepherd, 'African People's Rights: The Third Generation in Global Perspective', in G. Shepherd and M.O.C. Anikpo, *Emerging Human Rights: The African Political Economy Perspective* (1990) 39.

29 Banjul Charter, Article 27. Articles 28 and 29 also concern duties to others.

30 Mediation is also included in the Charter of the Organization of African Unity, Addis Ababa, 25 May 1963, 479 UNTS 39, for example in the establishment of the Commission of Conciliation, Mediation and Arbitration of the OAU. This body never in fact handled any disputes which were submitted to ad hoc commissions. The 1977 Summit Conference

Commission of Human Rights is competent to receive inter-State and individual complaints. It must first attempt a friendly settlement of inter-State complaints before submitting a report of its findings to the States in question and the Assembly of the Organization of African Unity. The Assembly also must authorize any investigation of an individual (or group) complaint and any final report will only be published with its consent. The impossibility of any public, judicial interpretation of the Charter inhibits the growth of a regional human rights jurisprudence which might have assisted local judges when such cases come before them.[31]

D. Vienna and Beyond: Unity Reaffirmed

Globally, in addition to the two general human rights Covenants a number of specialist treaties have been concluded.[32] Like the Covenants they have now been widely ratified, by States from all geographic areas and from all spectrums of religious and political ideology.[33] The influence of the newly independent States was especially evident in the adoption of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, and the Convention against Apartheid, both of which are frequently cited as examples of *ius cogens*.[34] As in the Banjul Charter, the schism between civil and political rights and economic, social and cultural rights was bridged in these specialist

of the OAU resolved to replace the Commission with a Standing Committee; Kannyo, 'The Banjul Charter on Human and Peoples' Rights: Genesis and Political Background', in C. Welch *et al.* (eds), *Human Rights and Development in Africa* (1984) 128.

31 The Banjul Charter, Article 56 provides for the exhaustion of local remedies.

32 For example, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 December 1948, 78 UNTS 277 (107 ratifications); Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21 December 1965, 660 UNTS 195, (137 ratifications); International Convention on the Suppression and Punishment of Apartheid, 30 November 1973, G.A. Res. 3068 (XXVIII) (98 ratifications); Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 18 December 1979, G.A. Res. 34/180, (130 ratifications); Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, G.A. Res. 44/25 (152 ratifications); Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10 December 1984, G.A. Res. 39/46, (78 ratifications). Figures from Marie, 'International Instruments relating to Human Rights/Classifications and Status of Ratifications as of 1 January 1994', 15 *HRLJ* (1994) 51.

33 The United Nations World Conference on Human Rights endorsed the objective of universal ratification of the Children's Convention, a goal that does not seem unreachable in view of the large number of ratifications rapidly achieved since 1989; United Nations World Conference on Human Rights: Vienna Declaration and Programme of Action, 25 June 1993 UN Doc. A/Conf.157/23 (1993), II, para. 46. See Alston, 'The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights', in P. Alston (ed.), *The Best Interests of the Child* (1994) 1, at 2.

34 I. Brownlie, *supra* note 17, at 513. On the status of the prohibition of racial discrimination see *South West Africa Cases, (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase,* ICJ Reports (1966) 4, 298 (Judgment of 18 July) (Diss. Op. Tanaka J.); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council 276 (1970)*, ICJ Reports (1971) 16, 78-81, (Sep. Op. Ammoun J.).

Conventions, in a way that was not possible with the Covenants.[35] There has been increasing recognition that the personal freedom assured by civil and political rights can only operate meaningfully in the context of economic and social guarantees.

The Vienna World Conference on Human Rights, June 1993, held in the wake of the end of the Cold War, affirmed that all human rights derive from the dignity and worth of the human person and emphasized that the Universal Declaration on Human Rights constitutes a common standard of achievement for all peoples and all nations which has been followed through in the ICCPR and the ICESCR.[36] Despite opposition from some, especially Asian States,[37] the Conference reaffirmed the unity and indivisibility of all human rights, notably between economic, social and cultural rights and civil and political rights, as well as the universality of human rights. Similarly the United Nations International Conference on Population and Development held in Cairo in 1994, included entitlement to the rights and freedoms enshrined within the Universal Declaration as one of its guiding principles.[38]

However the apparent triumph of Western political and economic theory and practice, as epitomized by the collapse of socialist forms of government in Eastern Europe and the disintegration of the former Soviet Union, make it tempting to assume that despite this affirmation of unity, the primacy of civil and political rights operating within a capitalist economic framework has been assured.[39] States that were formerly within the Eastern block have made a commitment to civil and political rights and democracy through the accession to the European Convention on Human Rights.[40] Further, members

35 The Race Convention, Article 5(e) prohibits discrimination in economic, social and cultural rights while both the Women's and Children's Conventions include such rights within their provisions.

36 United Nations World Conference on Human Rights: Vienna Declaration and Programme of Action, I, para. 1: 'The universal nature of these rights and freedoms is beyond question.'

37 At the Regional Meeting for Asia held prior to the Vienna Conference, Asian governments insisted that universal human rights must be viewed in their national, regional, cultural and religious contexts. Report for the Regional Meeting for Asia of the World Conference on Human Rights, UN Doc. A/Conf.157/LACRM/12/Add. 1, at 5 (1993).

38 Report of the International Conference on Population and Development, UN Doc. A/Conf.171/13, 18 October 1994.

39 The question of human rights indicators became highly controversial when in its second Human Development Report the United Nations Development Programme ranked countries according to a Human Freedom Index prepared by a Western academic and based upon civil and political rights; Barsh, 'Measuring Human Rights: Problems of Methodology and Purpose', 15 *Human Rights Quarterly* (1993) 87.

40 Bulgaria (1992), the Czech Republic (1993), Hungary, (1992), Poland (1993), Romania (1994), Slovakia (1993), Slovenia (1994) have all acceded to the European Convention since 1989. Estonia and Lithuania have signed the Convention.

of the European Community have specified guarantees of human rights and democracy as a precondition to recognition of States in Eastern Europe.[41]

II. Cultural Relativism

Despite the broad-based acceptance of human rights norms evidenced by this body of treaty law and custom, human rights norms are widely disregarded in practice. The justification that accepted human rights standards are inapplicable in particular situations because they derive from Western legal theory and philosophy and conflict with local cultural or religious standards is not infrequently heard. The argument that different social, cultural, religious and political traditions justify different standards and interpretations of rights appears to grow in intensity and frequency even as the spread of international human rights instruments grows wider.[42]

Culture has been variously defined. The Oxford English Dictionary states that it is

> A particular form, stage or type of cultural development or civilization in a society; a society or group characterized by its distinctive customs, achievements, products, outlook etc.

Webster's Dictionary defines culture as

> customary beliefs, social forms and material traits of a racial, religious or social group.

Unlike human rights which are incorporated in legally binding texts, culture is not a legal term but one more properly belonging to anthropology and moral philosophy.[43] Nevertheless it is a primary source of normative systems creating expectations as to behaviour.[44] There is little agreement about its definition even among anthropologists. To some anthropologists 'culture is not merely an idea or mental state, but is an assignment of meaning to behaviour, a manifestation of social action'. Others prefer to see culture 'not as customs, usages, traditions or habit clusters, but as a set of control mech-

41 European Community Guidelines for the Recognition of New States in Europe and the Former USSR, rep. 41 *ICLQ* (1992) 477.

42 Alston points out that one of the effects of the Cold War was to suppress debates about cultural relativism 'in favour of an idealogically dominated East-West dispute' over the superiority of either civil and political or economic, social and cultural rights. The end of the Cold War has facilitated affirmation of unity of rights, but has opened the doors for the cultural debate; Alston, *supra* note 33, at 6.

43 Teson, 'International Human Rights and Cultural Relativism', 25 *VJIL* (1985) 869.

44 An-Naim, 'State Responsibility under International Human Rights Law to Change Religious and Customary Laws', in R. Cook (ed.), *Human Rights of Women (National and International Perspectives)* (1994) 167.

anisms for the governing of behaviour.'[45] Culture has also been defined within the United Nations framework. The UNESCO Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and Their Contribution to It (26 November 1976) defines culture in the Preamble as 'a social phenomenon resulting from individuals joining and co-operating in creative activities'.

Claims of cultural relativism are rejected by many human rights proponents because they deny the existence of universally applicable human rights standards and assert cultural difference to be relevant in standard setting.[46] Cultural relativism seeks to reinstate the priority of the international legal norms of State sovereignty and non-intervention in the domestic affairs of States,[47] which have been undermined by human rights law, through assertions of political, social and cultural self-determination against Western imperialism.[48] Claims for universal human rights law can be perceived not only as cultural imperialism, but also as a form of economic conspiracy whereby human rights instruments are used to support Western conceptions of free trade and capitalism. The integration of human rights standards into international development policy, for example through the World Bank or IMF programmes,[49] has been welcomed as a significant advance in ensuring the efficacy of human rights guarantees, but are deplored by cultural relativists as imposing unwarranted conditions upon national development programmes.

A number of critiques of claims for cultural autonomy can be made:[50] cultural relativism supports unacceptable practices; it provides no objective yardstick against which government behaviour can be assessed; it allows

45 Kim, 'Toward a Feminist Theory of Human Rights: Straddling the Fence between Western Imperialism and Uncritical Absolutism', 25 *Col. Hum. R. LR* (1993) 47, at 86.

46 Cf., Cultural relativism is the position 'according to which local, cultural traditions (including religious, political and legal practices) properly determine the existence and scope of civil and political rights enjoyed by individuals in a given society'. Teson, *supra* note 43.

47 United Nations Charter, Article 2(7).

48 The right to self-determination provides for peoples to 'freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.' ICCPR, ICESCR, Article 1.

49 Alston suggests that the fall of communism in Eastern Europe has facilitated the inclusion of human rights standards in development programmes. Through internal discussions in the World Bank and International Monetary Fund the issues have entered the mainstream of international development policy. Alston, 'Revitalising UN Work on Human Rights and Development', 18 *Melbourne ULR* (1991) 216. Cf., Kumado, 'Conditionality: An Analysis of the Policy of Linking Development Aid to the Implementation of Human Rights Standards', 50 *Review of the International Commission of Jurists, Special Issue on the UN Conference on Human Rights* (1993) 23.

50 See Teson, *supra* note 43; Kim, *supra* note 45; Renteln, 'The Unanswered Challenge of Relativism and the Consequences for Human Rights', 7 *Human Rights Quarterly* (1985) 514; A. An-Na'im (ed.), *Human Rights in Cross Cultural Perspectives* (1992); An-Na'im, 'Religious Minorities under Islamic Law and the Limits of Cultural Relativism', 9 *Human Rights Quarterly* (1987) 1.

human rights to become negotiable commodities; it reconstructs the domestic jurisdiction screen behind which authoritarian and tyrannical governments can shelter; it allows different conceptions of individuality and of what it means to be human within different societies; it is an underlying cause of the great discrepancy that so often exists between international practice and theory, allowing violations of human rights to become disregarded and accepted because of their dissonance with the society; it allows for changing standards of human rights guarantees according to changing social or religious mores, which do not always denote greater individual protection; it denotes paralysis and an inability to move forward in the articulation and guarantee of international standards; and it is based on the élitist assumption that human rights standards are good for people within some parts of the world but need not be obtained elsewhere.

These critiques appear overwhelming. From a solely legal perspective, while it is unarguable that the human rights conventions are rooted in Western philosophy, States from all political and religious ideologies have voluntarily accepted their obligations. Customary international law is also founded upon consent. The one regional Human Rights Convention framed outside a Western context, the Banjul Charter, does not differ significantly in the rights guaranteed (although Article 29 requires promotion of African values) and specifically incorporates universal standards, for example for the guarantee of women's rights.[51] Many African States have adopted constitutions based upon the Universal Declaration of Human Rights.[52] At Vienna the universality of human rights was stressed as well as their unity. Universality was addressed primarily in the controversial political context of development and initiatives which link human rights to aid programmes. The Conference recommended priority action to promote democracy, development and human rights. Thus it would appear that the claims of cultural relativism should be accorded little weight.

However they cannot be so readily dismissed. They carry considerable intellectual and political force where rejection leads to charges of ethnocentricity and cultural superiority.[53] Further, not all States have ratified the treaties and ratifying States have derogated from their obligations through substantive reservations,[54] 'claw back' provisions which reassert the supremacy of domestic law, and widespread rejection of compulsory inter-

51 Banjul Charter, Article 18: African States shall ensure the elimination of every discrimination against women and also ensure the protection of the rights of the woman and child as stipulated in international declarations and conventions.

52 For examples see A. Blaustein and G. Flunz, *Constitutions of the Countries of the World*, regular annual updates.

53 Cf., 'Cultural relativism dominates social, political and academic thought today...'. K. Barry, *Female Sexual Slavery* (1984) 163.

54 Coccia, 'Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights', 15 *Cal. West ILJ* (1985) 1.

national adjudication.[55] More pragmatically, it is apparent that human rights implementation will be impeded where there is dissonance between legally articulated standards and the deeply rooted customs and traditions of peoples. The likelihood of genuine compliance depends upon the degree of legitimacy that is felt within the relevant society. Thus insistence upon legalism fails to address the need for compliance which is the ultimate objective of human rights guarantees.[56]

III. Cultural Relativism and Women's Rights

A. The Denial of Women's Rights as Human Rights

The dissonance between the formal legal guarantees and the realities of observance is perhaps most evident in the context of women's rights. Prohibition of discrimination on the basis of sex was included within the United Nations Charter and was reiterated in the Universal Declaration of Human Rights, and both United Nations Covenants.[57] In 1979 these instruments were supplemented by the adoption by the General Assembly of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women which currently has over 146 States parties. At Vienna in 1993 the World Conference on Human Rights affirmed that the 'human rights of women and of the girl-child are an inalienable, integral and indivisible part of universal human rights', a statement that was repeated precisely as Principle 4 at Cairo. The Vienna Conference also identified gender-specific abuses as constituting violations of women's human rights. It affirmed that gender-based violence and exploitation, including 'those resulting from cultural prejudice' are incompatible with human dignity and must be eradicated.[58] It also stressed the importance of eliminating conflicts which may arise between women's rights and the harmful effects of certain traditional or customary practices, cultural prejudices or religious extremism and called for the integration of women's human rights throughout all United Nations human rights activities. Concerns that this strong language might be diluted in the 1995 Platform of Action agreed at the Fourth UN Conference on Women proved to be unfounded. The Beijing Declaration reaffirms commitment to ensuring the implementation of the human rights of women and the girl child as an 'inalienable, integral and

55 Compulsory jurisdiction clauses within human rights treaties have frequently been the subject of reservations; see the *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Case*, ICJ Reports (1951) 15 (Adv. Op. 28 May).

56 An-Na'im, 'Religious Minorities under Islamic law and the Limits of Cultural Relativism', *supra* note 50, at 3.

57 ICCPR, Articles 2 and 26; ICESCR, Articles 2(2) and 3.

58 The Vienna Declaration and Programme of Action, I, para. 18.

indivisible part of all human rights' and to building upon the progress made at the previous UN conferences, including Vienna and Cairo.[59]

It may be tempting to assume that this expression of political consensus, which built upon the earlier binding instruments, indicates full acceptance of women's rights. In reality women face a number of hurdles with respect to recognition and guarantee of their human rights. Women's rights are uniformly disregarded. Globally, women suffer death, physical and mental violence, legal and social restrictions upon their liberty, their freedom of movement and association, their access to education and to certain forms of employment and their ability to own or enjoy property, because they are women. Women remain unequal in personal relationships and are not free to make their own reproductive choices.[60]

In many instances the claim is made that such treatment does not constitute a violation of human rights, but reflects the accepted position of women within society. Practices such as female genital mutilation, bride burning, infanticide of female children, forced abortions, compulsory sterilization, and forms of vicious domestic violence occur globally and are committed by men of all religions, cultures and ideologies against women, because they are women.[61] Offenders do not appear before the courts nor are their acts counted in official statistics because of the silence of women and the connivance of authorities who regard such matters as part of the normal state of affairs or justified as a necessary part of the State's need to regulate its population, or to progress economic development.[62] Defences of honour exculpate a man killing a woman whom he suspects of infidelity, but do not apply to women.[63] Women's universal subordinate position and lack of economic and real power is not merely a matter of local chance. It is a structural characteristic of the nation state.[64] As Margaret Schuler observes, the dominance

59 Beijing Declaration adopted by the Fourth World Conference on Women: Action for Equality, Development and Peace, Beijing, 15 September 1995.

60 For the condition of women worldwide see *Women: Challenges to the Year 2000* (United Nations 1991); H. Pietila and J. Vickers, *Making Women Matter: The Role of the United Nations* (1991); *The World's Women 1970-90: Trends and Statistics* (United Nations 1991). For analysis of these conditions as denial of the human rights of women see Bunch, 'Women's Rights as Human Rights: Towards a Revision of Human Rights', 12 *Human Rights Quarterly* (1990) 486; G. Ashworth, *Changing the Discourse: a Guide to Women and Human Rights* (Change Thinkbook IX 1993); J. Kerr (ed.), *Ours by Right* (1993); K. Tomasevski, *Women and Human Rights* (1993); R. Cook (ed.), *Human Rights of Women* (National and International Perspectives) (1994); Chinkin, 'Women's Rights as Human Rights under International Law', in C. Gearty and A. Tomkins, *Understanding Human Rights* (1995) 553.

61 J. Connors, *Violence Against Women in the Family* (United Nations 1989).

62 *Ibid.*, at 5.

63 See Women's Rights Project and Americas Watch, *Criminal Injustice Violence Against Women in Brazil* (1991) for an account of the operation of the defence of honour in Brazil.

64 Many different analyses of the causes of male violence against women have been made. It is apparent that no one cause can explain either the overwhelming occurence of such violence, nor why many men are not violent. 'Certainly any explanation must go beyond the

of male power 'reduce[s] women to economic and emotional dependency, the property of some male protector.'[65] At Vienna women pointed out that cultural norms are frequently defined within the context of 'political and communal processes that have frequently excluded women.'[66] Analysis of women's rights demonstrates both the enormous gulf between what is and what should be, and between different conceptions of what should be.

Internally, challenges to the *status quo* through the assertion of women's right to equality with men are frequently seen as destabilizing, undermining the position of the family within society, and culturally challenging. The response is not infrequently further repression from all levels of authority: government policy; religious and community leaders and family members.[67] Support for women's rights from other States is resented as an unwarranted interference in the domestic affairs of the State. It is noticeable that while attacks on apartheid and racial discrimination formed the backdrop for the limitation of the domestic jurisdiction exception in international law, how a State treats its women, or allows its men to treat its women, is still regarded as protected from international scrutiny. The challenge for women is to determine whether common definitions of rights can be ascertained and implemented. The alternative is to accept that women's rights are doomed to be subordinated to cultural norms and practices.

B. Women Within Society: The Colonial Inheritance

The cultural relativist argument assumes dissonance between national, traditional assumptions about the position of women within society and human rights standards. This in turn requires examination of traditional practices and their grip upon society. Inevitably, the position of women in many third world countries today cannot be divorced from colonial history which is complex, bloody and replete with diverse and conflicting tensions. Only a few of these can be outlined here.

Under colonialism local women were used and abused by the men of the colonial power as a pool of cheap, available, and compliant labour in agricul-

individual characteristics of the man, the woman and the family and look to the structure of relationships and the role of society in underpinning that structure... Any explanation must, ... be seen against a background of gender inequality, wherein the victim of such violence is most often the woman and the perpetrator most often the man and wherein the structures of society – be they economic, political or legal – act to confirm this in equality.' J. Connors, *supra* note 61, at 33.

65 Schuler, 'Violence Against Women: An International Perspective', in M. Schuler (ed.), *Freedom from Violence: Women's Strategies From Around the World* (1992), at 11.

66 Sullivan, 'Women's Human Rights and the 1993 World Conference on Human Rights', 88 *AJIL* (1994) 152, at 157.

67 Cf., El Saadawi, 'The Political Challenges Facing Arab Women at the End of the 20th Century', in N. Toubia (ed.), *Women of the Arab World* (1988).

ture, local industry, plantations and domestic service. They were also available for sexual services which were often violent and invariably exploitative. For colonized men the subordination of their women mirrored their own domination; indeed the position of women within a colonized society in many ways symbolized the entire experience of colonization.[68] The corollary symbol is that liberation from colonization allows reassertion of male authority over one's 'own' women and perpetuates their treatment as the property of some male family member.

Sri Lankan feminist, Kumari Jayawardena, has described how the nationalist objective of the overthrow of colonial rule required simultaneously creating a national, indigenous identity around which local people could mobilize and internal reforms so as to present themselves as Western, 'civilized' and therefore worthy and capable of independence.[69] Colonized women were required to demonstrate their Westernization and education 'to enhance the modern and civilized image of their country'[70] and simultaneously to be 'the guardians of national culture, indigenous religious and family traditions.'[71] This latter role was facilitated by the colonial practice of leaving untouched often restrictive personal status laws based upon religion or custom, while imposing Western legal regimes for matters of public life, trade and commerce. Men, when operating in these public arenas, were expected to comply with Western regulations and practices but local behaviours were left largely untouched within the domestic sphere.[72]

Although women were active in national liberation movements in many parts of the world,[73] any goals of their own for restructuring society to ensure gender equality were inevitably marginalized and subordinated to the overall struggle against colonization. Claims for equality between men and women could be denigrated from within the nationalist movement as acceptance of the values of the colonizer. Feminists within such movements were vulnerable to attack for accepting the thinking of the colonial power, for embracing the culture of the oppressor and for being diverted from the primary objective which embraced local culture, ideology and religion. Halliday has pointed out that the belief that the spread of nationalism and nationalist ideas

68 This description is drawn from Chinkin, 'A Gendered Perspective to the International Use of Force', 12 *AYBIL* (1992) 279, at 280-2.

69 K. Jayawardena, *Feminism and Nationalism in the Third World* (1986) 60.

70 *Ibid.*, at 8.

71 *Ibid.*, at 14.

72 The exception was where the custom offended Western values as with the prohibition of sati.

73 Jayawardena gives accounts of feminist movements in Turkey, Egypt, Iran, Afghanistan, India, Sri Lanka, Indonesia, the Philippines, China, Vietnam, Korea and Japan. Cf., J. Chafetz and A. Dworkin, *Female Revolt, Women's Movements in World and Historical Perspective* (1986) which also describes feminist movements in China, Japan, India, Indonesia, Persia/Iran, Egypt, the Caribbean, Mexico, Argentina, Brazil, Chile, Peru and Uruguay.

was beneficial for women is flawed in that it ignores the reality of the subordination of women 'in a particular definition of their role and place in society'.[74] Nationalism entailed conformity to values that while indigenous were nevertheless defined by men.

Upon independence many States incorporated Western human rights values into their new constitutions. States which had been subjected to Western rule had had Western value systems imposed upon them through administrative bureaucracies, legal and educational systems. Those active in nationalist movements were moulded and developed by Western standards. Further they had learned the importance of using these tools in their own struggles:

> The nationalist strategies seeking independence from the West were consciously chosen from among means familiar to the West and sought legitimization in international political and legal structures using essentially the same Western symbols and common language. The secular nationalists' vision of the future, nourished by Western values was originally attractive to the domestic population and coherent to international spectators, for these nationalists spoke a secular political language replete with symbols of democracy, socialism, communism etc.[75]

However, constitutional guarantees of equality upon independence did not necessarily improve the position of women. Political and economic power within newly independent States continued to be dominated by men who had not had to commit themselves to gender equality as part of the goals of national liberation. Despite the guarantees of equality within the 1966 United Nations Covenants, neither Western nor socialist States provided either leadership or models for their implementation in domestic law during the 1960s when so many States gained independence. Domestic legislation on sex discrimination did not become common in the West until the 1970s and 1980s. For example, although legislation had been passed earlier on racial discrimination, the United Kingdom did not pass the Sex Discrimination Act until 1975 and the federal government in Australia did not legislate until the Sex Discrimination Act (Cth) 1984. Article 119 of the Treaty of Rome, provided for equal pay, but implementing directives did not come until later, for example the Equal Pay Directive, 75/117, the Equal Treatment Directive, 76/207 and the Social Security Directive, 79/7. The movement for the addition of the Equal Rights Amendment to the United States Constitution has not been successful. Sharon Hom points out that the priority given by social-

74 Halliday, 'Hidden from International Relations: Women and the International Arena', 17 *Millenium* (1988) 419.

75 Reisman, 'Islamic Fundamentalism and Its Impact on International Law and Politics', in M. Janis (ed.), *The Influence of Religion on the Development of International Law* (1991) 105, at 115. The author is discussing the impact of these trends on fundamentalist Islam but the point is of wider significance.

ist States to economic, social and cultural rights does not necessarily ensure better observance of women's rights. She cites the impact of the Chinese one child policy on women's rights.[76]

Generalizations about post-colonial history are unwise in that each State has played out its own destiny within its own context. Nevertheless some common regional trends which have been antithetical to the observance of human rights in general, and of those of women in particular, can be identified.

In Africa, for example, newly independent States seeking international political and economic support were caught in the polarization of Cold War global politics with the Soviet Union and the United States each seeking to extend their influence. Domestically too there was major change as political élites took and asserted power. Howard explains how the myth of a 'consensually-defined political system' can and was used to bolster one party systems within Africa which became open to abuse and corruption.[77] Constitutionally guaranteed civil and political rights became meaningless as the rule of law was supplanted through military coups in many States. The continuation of colonial boundaries guaranteed cross-border fighting between rival and separated tribal groups. Military expenditure, facilitated by the arms trade and the excessive willingness of both major powers to arm their proxies, outweighed other economic demands and the control and denial of food by powerful groups as an instrument of war have created widespread misery in countries such as Somalia, Ethiopia and the Sudan. Mass movements of peoples fleeing conflict or seeking sustenance have added to the hardships. Traditional notions of landholding and redistribution of wealth which had been torn apart by Western capitalist interests during colonization were not restored, but continued as part of national economic development. Transfer of land from subsistence and traditional farming to the growth of cash crops has contributed to rural poverty and food shortages, increasing the gaps between rich and poor. The appalling rate of deaths through armed conflict, starvation and desperate poverty are the indicators of human rights performance in Africa. It is facile to assert that lack of commitment to human rights in Africa stems from cultural dissonance rather than from other political and economic realities.[78] Any expression of a traditional or cultural perspective of human rights must be seen as mediated through the events of colonization, decolonization, the development of political élites and agendas, subsequent political internal and external rivalry and development programmes.

76 Hom, 'Female Infanticide in China: the Human Rights Specter and Thoughts Towards (An)Other Vision', 23 *Col. Hum. R. LR* (1991-2) 249.

77 Howard, *supra* note 27, at 11.

78 Cf., J. Ihonvbere, 'Underdevelopment and Human Rights Violations in Africa', in G. Shepherd and Anikpo, *supra* note 28, at 55.

In some States initial advances in the position of women made under secularized Western-leaning governments have been retracted by subsequent religious regimes.[79] Lama Abu-Odeh has used the metaphor (and reality) of the veil to describe the conflicting tensions for women:

> [women's] bodies seemed to be a battlefield where the colonial struggles of post-colonial societies were waged. On the one hand, the Western attire which covered their bodies carried with it the 'capitalist' construction of the female body: ... sexualized, objectified, thingified... However because capitalism never really won the day in post-colonial societies, but managed to cohabit successfully with pre-capitalist social formations (traditionalism) these women's bodies were also simultaneously constructed 'traditionally': 'chattelized', 'propertized' and 'terrorized' as trustees of family (sexual) honour.[80]

An interesting comparison between the impact of decolonization upon the acceptance of prohibition of race discrimination as a norm of international law and the failure similarly to accept gender discrimination can be drawn. The historical move towards decolonization and the legal rights to self-determination and non-discrimination on the grounds of race were interlocking and mutually reinforcing objectives. Yet self-determination includes the right of peoples to pursue freely their 'economic, social and cultural development.' Pursuit of national, cultural integrity incorporates traditional attitudes and customs with respect to women and therefore may conflict with the prohibition of gender discrimination. In addition, it was in the interests of the newly independent States to use the General Assembly to champion the prohibition of racial discrimination and to challenge apartheid in South Africa. Prohibition of gender-based discrimination had no such political weight and brought Western States into conflict with many of the oil producing Islamic States.

C. Western Feminism and Third World Feminism

Another layer of complexity is raised through the challenges that are expressed by third world women who allege that Western women see the issue of women's rights through Western lenses and themselves contribute to women's oppression elsewhere. This is a combined argument of essentialism and elitism. It is claimed that Western feminists ignore the historical realities of colonialism and the roles forced upon, or accepted by, women in colonized countries by both their own males and by Western men and women. Women

79 This does not mean that such changes were necessarily opposed by women. On the position of women in Iran, including support for the 1979 Islamic revolution see Afshar, 'The Emancipation Struggles in Iran: Past Experiences and Future Hopes', in H. Afshar (ed.), *Women, Development and Survival in the Third World* (1991) 11.

80 Abu-Odeh, 'Post-Colonial Feminism and the Veil: Considering the Differences', 26 *New England LR* (1992) 1527, at 1528.

who have had a long history of concern with women's issues that was played out in the context of the wider struggle for national liberation have a different understanding of what it is to be female from that of white Western women like myself. They may resent the latter assuming a monopoly on feminist objectives and strategies to achieve those goals. They have a loyalty and identification with other members of their own religious, political or social groups. Factors of class, history, economic well-being, religion, nationality, ethnic origin, and culture all identify and construct a person, as well as gender.[81]

The issues that concern Western women may not be those of concern to women elsewhere. Western feminism has in recent years been dominated by debates over the right to reproductive freedom, as expressed in the abortion debate, employment rights and pornography. These issues are of little practical concern to millions of women in the third world who are struggling for basic survival; to find sufficient food to feed their families and themselves; who are prohibited to have more than one child and are compulsorily sterilized or subject to forced abortion; who are required to bear many children in the national interest;[82] or whose lack of access to even elementary education make the concept of workplace rights laughable. Forced prostitution and trafficking in women and girls are of paramount concern, especially in Asia where economic conditions, physical force and fraud deny choice,[83] while Western feminists may support the freedom to exploit one's own body. Western women are justifiably accused of cultural bias, and of a failure to see other women as real women living within their own societies; the analogy to colonialism is striking. The commitment to incorporation of women's experiences which is a fundamental tenet of feminist methodology is seen as selective and silencing of those women who do not share similar experiences.[84] Women's experiences are diverse, rich and cannot be forced into a single framework.

81 This same debate has emerged strongly in the writings of Black-American feminists who argue that white feminists assume an essential feminine existence, history and condition which they do not share. See for example, B. Hooks, *Feminist Theory: From Margin to Center* (1984); Harris, 'Race and Essentialism in Feminist Legal Theory', 42 *Stanford LR* 581 (1990); T. Morrison (ed.), *Race-ing Justice, En-gendering Power* (1992); Wing and Merchan, 'Rape, Ethnicity, and Culture: Spirit Injury from Bosnia to Black America', 25 *Col. Hum. Rights LR* (1993) 1-48.

82 E.g., Saddam Hussain declared that 'our motto must be that each family produce five children boys and girls as God wishes, and that the family which does not produce at least four children deserves to be harshly reprimanded', Baghdad Radio, May 1986 rep. S. Ladin, *IWRAW to CEDAW Country Reports* (University of Minnesota, 1992) 9, n.7.

83 See, e.g., Anti-Slavery International, *The Anti-Slavery Reporter* (1994); Demleitner, 'Forced Prostitution: Naming and International Offense', 18 *Fordham Int'l L.J.* (1994) 163-97.

84 Bartlett, 'Feminist Legal Methods: Asking the Woman Question', 103 *Harv. L.R.* (1990) 829.

A focus of academic and activist concern in the West has been to challenge the overall canon of human rights law as gendered and inapplicable to all women in its assumption of male norms. While the universality of human rights law has long been challenged for its Western bias, feminist human rights lawyers are now exposing the myth of a homogeneous Western culture. Western culture, just like any other culture, comprises many diverse and contradictory influences. An illusion of uniformity has been frozen into the human rights texts.[85] Feminist scholars have pointed to just one predominant influence, the way in which the claim to universality of human rights conceals male bias. The values upon which human rights law is constructed, notably individual autonomy and privacy, are male values which are not necessarily shared by women.[86] Reliance upon a rule of law carries less appeal to those (including women) who have historically been oppressed by such laws. Substantive human rights law has failed to take account of the experiences of women and to provide legal guarantees against the harms women suffer,[87] but care must be taken not to reintroduce cultural assumptions in the definition of 'harm'.

These different debates can be illustrated by the attention that has been given in the West to female genital surgery,[88] a practice which takes place in over 25 countries throughout Asia, Africa and the Middle East.[89] It involves various degrees of surgery, often without anaesthetic, upon the female genitalia, ranging from the most complete operation, infibulation, to the lesser form, sunna.[90] Western women have typically viewed this practice with what has been called an 'arrogant perception' and have denounced it as barbaric, suppressing women's sexuality and perpetuating patriarchy.[91] Many have assumed a missionary-type zeal in denouncing it and have demanded that it

85 Bunting, 'Theorizing Women's Cultural Diversity in Feminist International Human Rights Strategies', 20 *Journal of Law and Society* (1993) 6.

86 West, 'Jurisprudence and Gender', 55 *Chicago LR* (1988) 1.

87 Charlesworth and Chinkin, 'The Gender of Jus Cogens', 15 *Human Rights Quarterly* (1993) 63.

88 There is a great deal of writing published in the West on the topic. See especially, Hosken, 'Female Genital Mutilation in the World Today: A Global Review', 11 *IJ Health Serv.* (1981) 45; Boulware-Miller, 'Female Circumcision: Challenges to the Practice as a Human Rights Violation', 8 *Harv. Women's LJ* (1985) 155; Slack, 'Female Circumcision: A Critical Appraisal', 10 *Human Rights Quarterly* (1988) 437.

89 The World Health Organization estimates that over 90 million females have been subjected to some form of genital surgery; 'Torture Not Culture', 63 *Amnesty International British Section* (September/October 1993) 8.

90 Infibulation involves the removal of the clitoris, inner and outer labia. The vaginal opening is sown up, leaving just a small hole for the passage of urine. In sunna the hood of the clitoris may be removed, although in some countries, notably Malaysia and Indonesia, it involves no more than the symbolic touching of the clitoris with a knife.

91 Gunning describes the arrogant perceiver as one who 'sees himself as the center of the universe.' The arrogant perceiver places a distance between the 'I' and 'the other' and brings only his own subjectivities to the subject, or person, under scrutiny. Gunning, 'Arrogant Perception, World Travelling and Multicultural Feminism: The Case of Female Genital Surgeries', 23 *Col. Hum. R. LR* (1992) 189, at 198-9.

be categorized as torture. Yet the practice does not fit easily into the conventional definition of torture. Torture is:

> any act by which pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted upon a person for such purposes as obtaining from him (sic) or a third person information or a confession ... or intimidating ... or for any reason based on discrimination of any kind ... when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity...[92]

Genital mutilation is not performed by a government agency but by people within the community, often family members, and therefore does not fall within this definition.[93] The emphasis on official action in the doctrine of State responsibility, coupled with the primacy traditionally given to civil and political rights by Western international lawyers and philosophers, has located the understanding of what behaviour constitutes violations of human rights law in the public arena.[94] Two responses to the failure to identify the practice as violative of human rights have been identified. One is to urge reconceptualization of the legal concept of rights (for example the prohibition of torture and the rights to life and liberty) in ways that take account of acts of violence committed against women by private actors. This approach has to some extent been attempted through the adoption of the General Assembly Declaration on the Elimination of Violence Against Women in December 1993 which defines violence as including 'female genital mutilation and other traditional practices harmful to women'.[95] Under the Declaration 'States should condemn violence against women and should not invoke any custom, tradition or religious consideration to avoid their obligations with respect to its elimination.'[96] The Beijing Platform for Action paragraph 232(g) requires states to take action to eliminate violence against women 'resulting from harmful, traditional or customary practices, cultural prejudices and extremism'. Paragraph 232(g) bis explicitly 'prohibits female genital mutilation wherever it exists' and requires that support be given to NGOs, community organization and religious institutions that are working to elimi-

92 Convention against Torture, Article 1.

93 The same is true of many violent acts committed against women; see MacKinnon, 'On Torture: A Feminist Perspective on Human Rights', in K. Mahoney and P. Mahoney, (eds), *Human Rights in the 21st Century* (1993) 405-18; Charlesworth and Chinkin, 'Violence Against Women: A Global Issue', in J. Stubbs (ed.), *Women, Male Violence and the Law* (1994) 13-34.

94 Charlesworth, Chinkin and Wright, 'Feminist Approaches to International Law', 85 *AJIL* (1991) 613-45, at 625-30. Charlesworth, 'The Public/Private Distinction and the Right to Development in International Law', 12 *AYBIL* (1992) 190; Engle, 'After the Collapse of the Public/Private Distinction: Strategizing Women's Rights', in D. Dallmeyer, *Reconceiving Reality: Women and International Law* (1993), at 143; Olsen, 'International Law: Feminist Critiques of the Public/Private Distinction', in D. Dallmeyer, *ibid.*, at 157.

95 G.A. Res. 48/104, 20 December 1993, Article 2(a).

96 *Ibid.*, Article 4. Cf. Vienna Declaration on Human Rights, II, 38.

nate it. However the Declaration is non-binding and is unlikely to be accepted as customary international law.[97] The second approach is to attempt to bring practices such as genital mutilation within other human rights norms such as the right to health, or the rights of girl children.[98]

While Western attention is focused upon such human rights based strategies, many women within cultures that practice female genital mutilation have also thought deeply about the issue and many have worked for its abolition. However, they realize, legal prohibition is insufficient to change long-established social behaviour. They are far more aware of the social and economic underpinnings of female genital surgery. They take into account that it is supported by women within the culture who value its function in maintaining social cohesion, an aspect which may be dismissed as 'false consciousness' by women from outside the culture. The assumption that female genital surgery will no longer be supported once local women have been made aware of the masculine oppression caused to them by its practice is both patronizing and insulting. What is perceived as an insensitive determination to have the practice labelled as torture by women who assume their own superiority can make women working within the culture feel that their efforts are undervalued and that they too are painted with the brush of barbarism. This in turn can force such women on the defensive and put them in the position of justifying practices they abhor.[99]

The claim for the redefinition of human rights to take account of women is weakened by divisions between women, while redefinitions will not resolve tensions between women from diverse cultures and backgrounds. Somehow a balance must be struck between emphasizing the inter-connectedness of all women and respecting the independent position of women in particular situations.[100]

D. Women's Identity

These factors combine to increase the complexity of the debate on cultural relativism in the area of women's rights. Western feminists can become paralysed by the dilemma of either denouncing what they perceive as oppres-

97 Chinkin, 'Sources of International Law: Entrenching the Gender Bias', in *Contemporary International Law Issues: Opportunities at a Time of Momentous Change*, Proceedings of the Second Joint Conference of the American Society of International Law and the Nederlandse Verenigning voor Internationaal Recht (1993) 418.

98 A number of writers have urged this strategy which has been labelled by Karen Engle the 'doctrinalist approach', Engle, 'International Human Rights and Feminism: When Discourses Meet', 13 *Mich.J.Int'l L.* (1992) 518.

99 Gunning gives the example of African feminists walking out in protest from a panel on genital surgeries at an international women's conference in 1980. Gunning, *supra* note 90, at 200.

100 Cf., Hom, *supra* note 76.

sive practices and risking alienating third world feminists, or leaving the practices unchallenged, thereby failing to give support to women in other countries and upholding the patriarchal *status quo*.[101] The swirling tensions that are caused by these conflicting debates can be illustrated by reference to four cases, each concerning a woman's identity and place within her own culture.

The first case is that of *Lovelace v. Canada* which was brought under the First Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights.[102] The complainant was a female member of the Maliseet Indian tribe who, in accordance with the Canadian Indian Act, had lost her right to live on the Tobique Indian reservation upon her marriage to a non-Indian. After her divorce she wished to return to the reservation where she had been raised. Unravelling this claim reveals multiple layers of identity and culture. The Indian tribe needed to maintain its collective identity as against the dominant culture of white Canada. But within this desire lies a cultural understanding (shared by the dominant culture) that women follow their husbands and thus lose their own distinctive identity and right 'to belong' upon marriage to an 'outsider'. Allowing the right of residence within the tribe to such men might contribute to the dilution of the identity of the group. Yet for women, acquisition of a husband's identity may not be legally permanent, as for example in the similar situation where alien women lose their right of residence in their husband's State upon divorce,[103] nor genuinely felt as part of a woman's own self. The practice complained about by Lovelace was also discriminatory as men who married out of the tribe did not suffer the same restriction. Another layer is the often favoured policy of a dominant culture to assimilate an indigenous population leading to loss of their distinctive identity.

The ICCPR does not guarantee collective rights (other than the right to self-determination in Article 1). The case was decided under Article 27:

> In those states in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, or to use their own language.

Article 27 only requires the State to refrain from interfering with minorities practicing their own culture. It imposes no obligation to support the culture, nor any obligation to afford the group legal personality or to protect its interests as opposed to those of the individual.[104] The Human Rights Committee

101 Charlesworth, 'Alienating Oscar' in D. Dallmeyer, *supra* note 94, at 4.
102 2 *Selected Decisions Human Rights Committee* (1981) 28.
103 See J. Bhabha and S. Shutter, *Women's Movement: Women Under Immigration, Nationality and Refugee Law* (1994).
104 Anghie, 'New Hope for Ethnic Peace', 33 *Harv. Int'l L.J.* (1992) 341.

held that 'persons who are brought up on a reserve who have kept ties with their community and wish to maintain these ties must normally be considered as belonging to that minority'. On the one hand this determination discounts the possibility of the group determining its own membership in accordance with its own values, and, on the other hand it ignores the issue of gender discrimination.[105]

The second case also raises issues of culture and identity. Unity Dow, a Botswanan, who had lived in Botswana all her life apart from brief visits abroad, married an American citizen. Her children were born and raised in Botswana. Two of her children were born after 1984 when the applicable Botswanan nationality law came into effect. Although the Botswana Constitution guarantees equality between men and women, the nationality law provides that only children born out of wedlock can acquire Botswanan citizenship through their mothers. However children whose fathers are Botswanan acquire citizenship of Botswana wherever they are born. The law also provides that foreign women who marry Botswanan citizens can apply for citizenship after two and a half years, while foreign men married to Botswanan women must wait ten years to apply for citizenship.

Again the underlying assumption is that women follow their husbands upon marriage, and that husbands provide financially for women. The law denies married women the right to hand on their own nationality (identity) to their children and assumes the continuation of identity between father and child.[106]

The law was challenged in the Botswanan courts on the grounds of wrongful discrimination against women. It was also claimed that the constitutional right to non-discrimination is required by Botswana's ratification of the African Charter of Human and People's Rights, which in Article 18 incorporates the international guarantee of women's rights. The trial court agreed that this law was discriminatory and contrary to the provisions of the Botswana constitution. It cited both the Women's Convention and the African Charter saying that:

> it is ... difficult if not impossible to accept that Botswana would deliberately discriminate against women in its legislation whilst at the same time internationally support non-discrimination against females or a section of them.

105 The Human Rights Committee did not find it necessary to consider the claim of sexual discrimination made under ICCPR, Article 26.

106 An unambiguous statement of this position is the Egyptian reservation to the Women's Convention, Article 9: it is clear that the child's acquisition of his (sic) father's nationality is the procedure most suitable for the child and that this does not infringe upon the principle of equality since it is customary for a woman to agree that the children shall be of the father's nationality. Note by the Secretary-General, *Declarations, reservations, objections and notifications of withdrawal of reservations relating to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, CEDAW/SP/1994/2.

Far from accepting a legal obligation to eliminate discrimination, in the Court of Appeal the Attorney-General argued that the Constitution should be interpreted in the light of a pervasive culture of discrimination. Indeed the government of Botswana urged that a decision in favour of Dow would greatly disturb societal cultural norms. The Court of Appeal disagreed and reaffirmed the significance of the ratification of the African Charter. 'There is a clear obligation on this country like on all other African States signatories to the Charter to ensure the elimination of every discrimination against their women folk.' This decision was followed by political protest, including suggestions of constitutional amendment through referendum. Fortunately these suggestions have not been acted upon.[107]

The third case raises issues of identity in another context and highlights especially the different places occupied by men and women within a particular (but not unique) culture. The wish of a widow, Wambui Otieno, to bury her husband's body on the couple's property was challenged by her brother-in-law's claim to bury it on Luo ancestral land in accordance with Luo custom.[108] The marriage had occurred across clans and was entered into under the African Christian Marriage Act (based upon English law) rather than under customary law. The couple left the Luo tribal lands and lived throughout their marriage in Nairobi. On his brother's death, the eldest surviving brother claimed burial rights under customary law to protect the family from adverse consequences that would result from violation of customary law. The Kenyan Court of Appeal upheld his claim.

Unlike in the *Lovelace* case, in this instance the State legislation conflicted with the interests of the defined group. While alive the dead man had minimized his ties to a group with which neither he nor his wife appeared to identify. Yet after death he was effectively held not to have been able to sever this identity and his wife's interests in her independent status under civil law were discounted. The Court of Appeal ruled that 'a Luo man can never opt out of custom, and that a woman married to a Luo man becomes part of his household and subject to his law regardless of the specific legal form of their marriage.'[109] Unlike Lovelace who wished to retain her own cultural identity after marriage against the traditions of the group, as a man he was unable to lose his. It is noticeable that there was no question of another claim resting upon the widow's own tribal identity and indeed under

107 In 1995 Dow finally benefitted from legislative change. The Botswana Nationality (Amendment) Act 1995 gave effect to the judicial decision. The author is grateful to the International Women's Rights Action Watch (University of Minnesota) for details of the *Unity Dow* case.

108 The description of the case is drawn from Goldfarb, 'A Kenyan Wife's Right to Bury her Husband: Applying the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women', 14 *ILSA JIL* (1990) 1.

109 *Ibid.*, at 9.

Kikuyu customary law women have no say in burials.[110] As in the *Lovelace* case, underlying assumptions about the respective roles of men and women in society and the family are apparent and gender-based discrimination disregarded.

In the final case, *Md Ahmed Khan v. Shah Bano Begum*, an Indian Muslim woman who had been married for over forty years was divorced by her husband.[111] Her husband, who was unwilling to pay maintenance in accordance with the Indian Code of Criminal Procedure, claimed application of Muslim Personal status law which limits the period and basis of payment.[112] Under this law a Muslim woman has two claims. The first is for maintenance during the period she must observe before remarriage, the idaat, which is held by most schools of Sunni thought to be three menstrual cycles. The second claim is related to the mahr which is a payment from the husband to the wife.[113] In the *Shah Bano* case the husband, a prominent lawyer with a monthly income of approximately sixty thousand rupees, claimed that his payment of maintenance at 200 rupees per month for two years and a dower of three thousand rupees during idaat relieved him from any further obligations under Muslim personal law. His former wife claimed maintenance under the Code of Criminal procedure of five hundred rupees a month.

The Supreme Court of India upheld her claim and attempted to resolve the conflict between the religious-based personal law and the secular criminal law by according priority to the latter. The decision aroused considerable opposition from within conservative elements of the Muslim population, where it was interpreted as an usurpation of the exclusive right of the Ullamah to interpret Muslim law and as undermining their right to have separate personal status laws. More progressive Muslims however accepted the secularization of a personal status law which disadvantaged women.

> The *Shah Bano* judgment ... polarized the Indian community, positioning secularist, progressive Muslims and fundamentalist Hindus on one side and traditional Muslims on the other.

110 *Ibid.*, at 5, n. 17.

111 *Md Ahmed Khan v. Shah Bano Begum* [1985] 3 SC Res. 844. For commentary on the case see Rahman, 'Religious Rights versus Women's Rights in India: A Test Case for International Human Rights Law', 28 *Colum.J. Trans.L.* (1990) 473; Coomaraswamy, 'To Bellow Like a Cow', in R. Cook, *supra* note 44; An-Na'im, 'Islam, Islamic Law and the Dilemma of Cultural Legitimacy for Universal Human Rights', in C. Welch and V. Leary, *supra* note 24, at 31, 43-6.

112 India Code of Criminal Procedure, section 125 provides destitute divorcees a claim against their ex-husbands. Maximum maintenance payments of 500 rupees a month are available to all destitute divorced women at the discretion of the magistrate.

113 The Supreme Court held that the mahr 'is an obligation imposed upon the husband as a mark of respect for the wife' and not a payment appertaining to divorce; Rahman, *supra* note 111, at 478.

Unwilling to accept the judicial decision, Muslim leaders activated political response through widespread street demonstrations and lobbied successfully the Indian Government. After election setbacks and fearful of further hostile response, the Indian Government undid the *Shah Bano* decision by passing the Muslim Women (Protection of Rights on Divorce) Act 1986.[114] Rhadika Coomaraswamy demonstrates how Shah Bano was burdened by three levels of adverse identifications: as a woman; as a Muslim woman within a predominantly Hindu society; and as a woman who sought guarantees beyond those supported by traditionalist Muslims.

In three of these cases (*Lovelace*, *Wambui Otieno* and *Shah Bano*) women's rights were set against religious or customary laws that maintained women's subordination and upheld stereotyped assumptions about women's identity. In the *Unity Dow* case deep-rooted assumptions about the position of women within the culture underpinned nationality legislation contrary to the Constitutional guarantee of equality. The Government evidently did not view the Constitution or its international obligations as an impediment to the continuation of cultural norms, although the judiciary did not agree. While the secular, national laws in the *Wambui Otieno* and *Shah Bano* cases supported the women's claims, these were disregarded at the judicial or political levels where women's demands for justice and non-discrimination were trumped by demands for the superiority of religious or customary ordering, or by fears of communal unrest. The *Unity Dow* case too was followed by demands for constitutional change to remove the legal requirement of equality. Even in the *Lovelace* case the need to prevent gender discrimination played no part in a decision based upon the right of an individual to maintain cultural identity. The cases also illustrate the importance of judicial attitudes towards international obligations, national legislation and customary law. In *Unity Dow* and *Shah Bano* the judiciary took a positivist approach to enacted law that did not prevail in *Wambui Otieno*. The sensitivity of judges to gender-issues is also a crucial factor in such cases. The so-called 'Victoria Falls' principles agreed by a number of Commonwealth judges in August 1994 on using international human rights law to develop the rights of women in national courts should be widely disseminated.

114 Despite its name, this legislation excludes all Muslims from section 125 of the Code of Criminal Procedure and codifies the law as it was before the case. Other provisions of the Act also have a negative impact upon women, see *ibid.*, at 481. The Act has been described by an Indian academic as 'a fraud on the Indian constitution'. Baxi, 'The Shah Bano Reversal: Coup against Constitution', in U. Baxi, *Inhuman Wrongs and Human Rights: Unconventional Essays* (1994) 89.

E. Commitment to Human Rights Standards?

Canada, and Kenya were parties to the Women's Convention,[115] while India had signed it but did not ratify it until 1993. Ironically, despite Botswana's failure to become a party to the Convention, this was the only case where it had any real impact. The Court's willingness to find that Botswana had incurred international obligations towards women through its ratification of the African Charter was a rare but welcome judicial contribution towards women's equality against cultural norms. States which discount international standards for the elimination of discrimination against women have a number of options: they can refuse to become parties to the Convention; if they do become parties they can fail to incorporate it into domestic law; their decision makers can choose to ignore it; or they can restrict their obligations through reservations and claw-back provisions.

Lack of real commitment to the principle of universal standards for the protection of women's rights is demonstrated by the number of reservations to the Women's Convention which uphold the priority to be accorded to cultural practices,[116] or religious requirements, notably those of the Shariah.[117] Claims made in the name of Islam have emerged as a major challenge to the universality of human rights, especially in the context of women and children's rights. A number of States, including Iraq, the Maldives, Egypt, Tunisia, Bangladesh, Libya and Morocco, have differently worded reservations to the common effect that the Convention is not binding in so far as its provisions conflict with Shariah law, or that the country is willing to comply provided that such compliance is not contrary to Shariah law. Libya's reservation, for example, is general and is not tied to any specific provision:

> The accession is subject to the general reservation that such accession cannot conflict with the laws on personal status derived from the Islamic Shariah.[118]

115 Canada ratified on 10 December 1981; Kenya acceded on 9 March 1984; India had signed the Convention on 30 July 1980 and ratified 9 July 1993. Botswana had signed the Declaration on the Elimination of Discrimination Against Women but not the Convention.

116 New Zealand has deferred to traditional customs within the Cook Islands by reserving Articles 2(f) and 5(a) 'to the extent that the customs governing the inheritance of certain Cook Islands chief titles may be inconsistent with those provisions.' Reservation made 10 January 1985. Secretary-General, *supra* note 106. Malawi withdrew a reservation that it did not regard itself bound by provisions of the Convention which 'require immediate eradication of such traditional customs and practices' on 24 October 1991. See further L. Lijnzaad, *Reservations to UN-Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?* (1995) Chapter 6.

117 For a full analysis of reservations to the Women's Convention and the applicability of the Vienna Convention regime see Cook, 'Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women', 30 *VJIL* (1990) 643; and Clark, 'The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women', 85 *AJIL* (1991) 281; L. Lijnzaad, *ibid.*

118 Reservation made 16 May 1989.

Egypt, has made a reservation to Article 2 of the Convention, the article which stipulates the fundamental obligation of States to take positive steps to eliminate discrimination in their national laws and constitutions and to take steps to ensure the practical realization of this principle:

> The Arab Republic of Egypt is willing to comply with the content of this article, provided that such compliance does not run counter to the Islamic Shariah.[119]

The Bangladesh reservation spells out the articles to which it is applicable, including Article 2:

> The Government of the People's Republic of Bangladesh does not consider as binding upon itself the provisions of Articles 2, 13(a) and 16(1) (c) and (f) as the conflict with the Shariah law based on Holy Qur'an and Sunna.[120]

Perhaps most sweeping is the reservation of the Maldives, which 'claws back' the international obligations supposedly incurred to domestic law:

> Furthermore the Republic of the Maldives does not see itself bound by any provision of the Convention which obliges to change its constitution and laws in any manner.[121]

These reservations are indeterminate and subject to compliance with the terms of the Convention to external norms, those of Islamic or domestic law.[122] They do not spell out what those demands are, nor the extent of any incompatibility. It is difficult, if not irresponsible, especially for a non-Muslim, to generalize about the beliefs of over 800 million people living under the laws of a number of different States and of their degree of conformity with the concept of human rights, in particular women's rights.[123] However it has been noted that despite the jurisprudential differences that exist across the Islamic world,[124] there is a considerable unity in certain aspects of Islam that are especially relevant to human rights law. The origin of

119 Reservation made 18 September 1981. Morocco made a similarly worded Declaration to Article 2, 21 June 1993.

120 Reservation made 6 November 1984. Iraq also included reservations to Article 2 along with other reservations, 13 August 1986.

121 Reservation made 1 June 1993.

122 The Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 27 states: A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty.

123 There is a large literature on this subject in English. See, in addition to the works cited below, Leites, 'Modernist Jurisprudence as a Vehicle for Gender Role Reform in the Islamic World', 22 *Col. Hum. R. LR* (1991) 251; Afshari, 'An Essay on Islamic Cultural Relativism in the Discourse of Human Rights', 16 *Human Rights Quarterly* (1994) 235; An-Na'im, 'The Rights of Women and International Law in the Muslim Context', 9 *Whittier LR* (1987) 491; Honarvar, 'Behind the Veil: Women's Rights in Islamic Societies', 6 *Journal of Law and Religion* (1988) 355.

124 The main schools of Islamic jurisprudence are the Hanafi, Shafi, Maliki and Hanbali. These four are identified as Sunnite in contrast to the Shi'ite school which predominates in Iran; Arzt, 'The Application of International Human Rights Law in Islamic States', 12 *Human Rights Quarterly* (1990) 202.

Islamic law in the Qu'ran is divine, although other parts of the Shariah have been developed by religious leaders. Islamic law is not confined to religious belief but provides Muslims with a code of behaviour, both of what to do and of what not to do, in many aspects of life. Rights are corollaries of duties owed to God, and to other individuals.

> Human rights [in Islam] exist only in relation to human obligations. Individuals possess certain obligations toward God, fellow humans, and nature, all of which are defined in the Shariah. When individuals meet these obligations they acquire certain rights and freedoms which are again prescribed by the Shariah. Those who do not accept these obligations have no rights, and any claims of freedom that they make upon society lack justification. [125]

Since non-Muslims have not accepted these obligations, their position is inferior. [126] The Western concept of inherent human rights is inapplicable, as is the notion of non-discrimination on grounds of religious belief. There is no concept of equality between men and women, a position justified 'in the divine design of the human creation'.[127]

The tensions between the position of women under Islamic law and the standards of the Women's Convention is most apparent in the reservations made to Article 16, which guarantees equality within and upon dissolution of marriage, the most private arena of human relationships. Egypt, for example, in its reservation to Article 16 explained that this was without prejudice to the Shariah 'whereby women are accorded rights equivalent to those of their spouses so as to ensure a just balance between them.' Religious beliefs govern marital relationships within Egypt 'which may not be called in question'. Egypt goes on to explain that the Shariah provides true equivalency between spouses, not a quasi-equivalency which 'renders the marriage a burden upon the wife.' It states particularly that the husband is required to pay bride money, to maintain the wife and to make a payment to her upon divorce, while the wife retains her property rights. [128] Iraq and Morocco have made similarly worded reservations. Reservations based upon commitment to Shariah law have also been made to provisions concerning family relations under the Children's Convention, for example through rejection of adop-

125 Said, 'Human Rights in Islamic Perspective', in A. Pollis and P. Schwab, *Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives* (1980) 92 cited Arzt, *supra* note 124, at 205-6.

126 A distinction is drawn between dhimmis and non-believers. The former are those who adhere to other religions based upon divinely inspired scriptures (notably Christians and Jews), and who receive certain protections, although disqualified from various privileges within Muslim society. Arzt, *supra* note 124, at 209.

127 Reisman, *supra* note 75, at 123. Reisman explains that since men and women symbolize different aspects of life they have differing obligations; 'Women are viewed as complementary to men, but not as equal to them.'

128 The *Shah Bano* case discussed above is an example of what this might mean in practice for the wife.

tion,[129] and to provisions relating to the acquisition of nationality under both the Women's and the Children's Conventions.[130]

Reservations to articles which provide for equality within the family constitute rejection of the extension of universal human rights standards into the private sphere and assert the primacy of religious norms. They reaffirm the traditional position of women and children within the family and deny government intervention through secular law. They also reject international accountability for these matters. Submission of personal status matters to the exclusive jurisdiction of the Shariah Court creates an inner, private sanctum beyond the scrutiny of both domestic, secular legislation and courts and international bodies.[131]

Very few States have entered formal objections to these reservations,[132] which leaves them unchallenged.[133] The Committee established to monitor the Women's Convention (CEDAW), questions States upon the need for their reservations and urges their removal.[134] The question was also addressed by the World Conference on Human Rights.[135] Despite these concerns, most reservations have remained intact fostering the impression that the Women's Convention is somehow not as fully binding a commitment as other treaties and need not be scrutinized against the yardstick of objective, universal standards of equality for women.

In 1987 the CEDAW Committee attempted to get to the heart of the relativity debate by proposing to ECOSOC that it 'promote or undertake studies on the status of women under Islamic laws in order to be able to appraise more accurately the true extent of the reservations.' This proposal was strongly resisted by Islamic States who resented the suggestion as an attack upon Islamic values. ECOSOC rejected the proposal and was supported in

129 For example Egypt, Bangladesh, Jordan, the Maldives have all made reservations in these terms.

130 The Women's Convention, Article 9; Convention on the Rights of the Child, Article 7.

131 On the pervasiveness of the domestic jurisdiction exception in international law providing further weight to the differentiation between the public and private spheres of life that has been identified by feminists as instrumental in maintaining the subordinate position of women see Charlesworth, 'Alienating Oscar', in D. Dallmeyer, *supra* note 93.

132 Vienna Convention on the Law of Treaties, Articles 19-23 and the *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Case*, ICJ Reports (1951) 15 (Adv. Op. 28 May).

133 Only Finland, Germany, Israel, Mexico, Netherlands, Norway and Sweden have made objections to any of the reservations on the grounds of incompatibility with the object and purpose of the Convention.

134 The Committee is established under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Article 18.

135 'States are urged to withdraw reservations that are contrary to the object and purpose of the Convention or which are otherwise incompatible with international treaty law.' United Nations World Conference on Human Rights: Vienna Declaration and Programme of Action, II, para. 39. Beijing Platform for Action, para. 230(c) and (d) that requires States to limit reservations to the Women's Convention, to formulate them narrowly and precisely and to ensure that reservations are not incompatible with its object and purpose.

this by the General Assembly. This backdown demonstrates the unwillingness of States to confront these questions and allows priority to be given to religious exclusions.[136]

IV. The Search for Reconciliation

A. Legal Strategies

Despite reaffirmations at Vienna of the universality and unity of all human rights, including those of women, it is evident that there is still a long way to go in ensuring the eradication of human rights abuses of women. Both the Women's Convention and the Vienna Declaration assume that the adoption of legal measures is appropriate, although they also recognize that these must be accompanied by education and social programmes. Article 5 of the Women's Convention requires State parties to take appropriate measures to:

> (a) modify the social and cultural patterns of conduct of men and women with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the inferiority or the superiority of either sex or on stereotyped roles for men and women:
> (b) To ensure that family education includes a proper understanding of maternity as a social function and the recognition of the common responsibility of men and women in the upbringing and development of their children.

The Vienna Declaration also states that eradication can be achieved by legal measures, and through national action and international co-operation in such fields as economic and social development, education, health care and social support. These strategies require some fuller consideration.

The legal strategy asserts that States that have entered into legally binding commitments cannot allege incompatibility with domestic culture. Reservations contrary to the object and purpose of a treaty should be strongly opposed and States should not be able to retreat behind reservations. There is an obligation upon States to ensure conformity between domestic and international law, and primary responsibility for the enforcement of human rights obligations should come through domestic agencies. Other States should try to ensure compliance, in the first instance through persuasion, but if that fails through coercion, for example through sanctions and withdrawal of aid.

However the appropriateness of a legal rights-based strategy has been questioned on a number of grounds. On practical grounds, prohibitions of

136 G.A. Res. 42/60, 30 November 1987, cited in A. Byrnes, *Report on the Seventh Session of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women and the Fourth Meeting of States Parties to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* (IWRAW 1988).

discrimination against women in international, regional and national legal instruments has not ended the practice and ignores a number of political and legal realities. The consequence of objecting to a reservation is that the reserved provision is not applicable as between the objecting State and the reserving State.[137] A larger number of objections, or an effective prohibition of incompatible reservations, might cause States to withdraw from the treaty, thus freeing them from its obligations and supervisory process.[138] Effective enforcement requires commitment and a willingness to take politically sensitive decisions that is not often present within the international system. The unwillingness of States to accuse other States of human rights violations is demonstrated by the fact that the right of inter-State complaint has been virtually unused under all human rights Conventions.[139]

While the legal, neutral language of rights may avoid cultural confrontation, it allows claims of fulfillment of the obligation. For example, an assertion that genital surgery is contrary to the right to health allows the claim that surgery performed in hygienic conditions that minimizes the health risks is in conformity with international standards. Further, claims to equality can be readily appropriated and manipulated through claims antithetical to women.[140] The problem of conflicting rights is rarely resolved in favour of women.

More theoretically, an emphasis upon enforcement of legally protected rights is itself culturally based, a consideration that has particular relevance to women. Feminists are divided upon the utility of law reform in domestic law and many have warned against attributing power to law to reform structural, political and economic inequalities within society.[141] This has particular significance for many third world women where access to the law and the assertion of civil and political rights were controlled by the colonial power against which they had to struggle for national liberation. As has been seen, assumption of legal power by national élites did little to ameliorate the subordination of women. Rhadika Coomaraswamy cautions against legal campaigns in environments where law itself is traditionally viewed with suspi-

137 Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 21.

138 Such States would continue to be bound by human rights obligations under customary international law but not by the monitoring processes established by the human rights treaties. The cultural relativism debate militates against any assumptions of customary international law, except perhaps on a regional basis.

139 For the right to inter-State complaint see, e.g., ICCPR, Article 41; Race Convention, Article 11; Convention Against Torture, Article 21; European Convention on Human Rights, Article 24. There is no right of inter-State complaint under the Women's Convention.

140 Carol Smart cites the use of the Sex Discrimination Act 1975 by men against women and recourse to the European Court of Human Rights to extend the authority of unmarried men over their illegitimate children; C. Smart, *Feminism and the Power of Law* (1989) 145.

141 *Ibid.*, at Chapter One.

cion.[142] Another concern is that using the law to attempt such reform thereby legitimates the system that is of itself oppressive of women. Carol Smart has warned of another related danger, that of assuming apparent reforms will be interpreted in the way intended or desired by members of the women's movement. Demanding mandatory gender awareness training for the judiciary must be an essential component of a legal strategy.

Despite these reservations it seems that there must be a firm and unequivocal reaffirmation of universal human rights standards. Rights are empowering and it is an abdication of responsibility to deny as rights to people within other societies those standards deemed fundamental for ourselves. Articulation of rights is the first step towards making them effective and repeatedly the statement is heard that once people are made aware of their rights they seek to enforce them: the queues to vote at the first universal suffrage elections in South Africa in April 1994 were a vivid reminder of that fact. The gradual increase of cases brought by women before domestic courts is another indicator of this and litigation provides a means of ending the traditional silence that enshrouds the violation of women's rights. The *Unity Dow* decision would not have been possible without the articulations of equality within the Constitution of Botswana and the African Charter. Test cases in domestic, regional and international arenas can generate State practice on the substantive principles for the evolution of customary international laws and foster imaginative interpretations of the instruments to extend their applicability. In pursuing such public strategies women must attempt to reclaim the language of rights and reorient it to provide the same protection for ourselves as it accords to men. For example, claims that women and girl children who have been, or may be in the future, subjected to violence, oppressive personal laws, genital mutilation or forced sterilization should be afforded asylum and refugee status challenge the legal understanding of refugee and social group under the 1951 Refugee Convention.[143] CEDAW General Recommendation No. 19 on Violence against Women and the General Assembly Declaration on the Elimination of Violence Against Women reconceptualize State accountability for acts of violence against women and highlight the irrelevance of traditional human rights guarantees for women in an environment of sanctioned violence. The requirement of CEDAW that States include details of their efforts within the domestic arena to eradicate violence against women in

142 Coomaraswamy, 'To Bellow like a Cow', in R. Cook, *supra* note 44.

143 Convention Relating to the Status of Refugees, Geneva, 28 July 1951, 189 UNTS 150; Protocol Relating to the Status of Refugees, New York, 31 January 1967, 606 UNTS 267. For examples of such case-law see *Khadra Hassan Farah, Mahad Dahir Buraleh and Hodan Dahir Buraleh* (Immigration and Refugee Board of Canada) (13 July 1994) (T93-12198, T93-12199, T93-12197) rep. 13 *Refugee Survey Quarterly* (1994) 204; *Cheung v. Minister of Employment and Immigration*, Ref. Appeal No. 4-785-91; (1993) FCJ No. 309, 6 *IJ Refugee Law* (1994) 118. Successful claims redefine our understanding of these concepts.

accordance with General Recommendation No. 19 ensures that the Recommendation will not be simply forgotten. The jurisdiction of the International Tribunal in Former Yugoslavia has concentrated attention upon rape of women as a war crime and a crime against humanity.[144] Even claims that do not succeed in the courts and instruments of a non-legally binding nature can promote awareness, foster political expectations and provide data for subsequent attempts.

B. Challenge the Cultural Assertions: Who Benefits?

Even while asserting the benefits of pursuing a legal strategy, it is evident that other strategies must be simultaneously pursued. One such strategy is to challenge the claims of cultural relativity by demonstrating a genuine underlying core of universal standards, which have been obscured by the assertion of other interests. This approach posits that the historical evolution of international human rights law in the West has deflected attention from long traditions of concern for the human person in other cultures. It requires analysis of who is making claims of cultural exclusion and with what objectives. The relativism debate is often presented as being between first and third world States. The positivist, legalistic approach rests upon the acceptance of human rights conventions through their ratification by States. However it is the élite within a State that takes such action, typically with little reference to the population. State élites have their own agendas separate from those of the populations they are intended to serve. Dissonance between government and population can undermine compliance to international standards even where the government considers the latter to be advantageous. If this view is not shared by the population the government will have to risk domestic rejection, which it may not be prepared to do. Deeply entrenched societal attitudes cannot be easily reversed by a government that is perceived as supporting imported norms of behaviour.[145] The answer may be in educational programmes highlighting cultural attitudes that are contrary to universal human rights standards, for example race or gender stereotypes, but these are likely to be lengthy, may be met with resistance and may not constitute a high government priority. An alternative government approach may be to stifle dissent through repression, a retrograde step with respect to human rights guarantees and one which might prove counter-productive.

144 The jurisdiction of the Tribunal was set out in the Secretary-General's Report on the adoption of an International Criminal Tribunal which was adopted in SC Res. 827, 25 May 1993. See further Chinkin, 'Rape and Sexual Abuse of Women in International Law', 5 *EJIL* (1994) 326-41.

145 Examples are the Westernization policies of the former Shah of Iran and the socialist policies of the Soviet government within Afghanistan.

In other situations, the government may have no genuine commitment to implementation of the treaties ratified. Treaties may be ratified to demonstrate good international citizenship, to secure benefits in negotiations, for example in trade, development and aid programmes, and other benefits. These same élites may then plead cultural relativism to derogate from the international obligations incurred, or to maintain their position with respect to national groups that might challenge them. On one level the tension between universality and cultural relativism is about State sovereignty and non-intervention, but on another it is about those with power refusing to allow the empowerment of others whose opinions and perspectives might challenge and threaten them.[146] Similarly, religious and community leaders may assert religious doctrine or cultural practices to retain an authority that would be denied by governmental acceptance of human rights standards. Acceptance of human rights canons is subversive to all levels of authority; assertions of women's human rights are especially subversive to the patriarchal *status quo* that is well-served by inauthentic claims to culture.[147]

Cultural autonomy can be readily manipulated by élites to justify disrespect for individual liberties and to avoid undesired expenditure. For example, reiteration of the subordinate position of women within the home can avoid expenditure on appropriate education and job training, and provide unpaid labour in caring and agriculture.[148] The double standard is demonstrated by the ease with which traditional practices associated with women (agricultural, farming of certain subsistence crops, traditional growing and grazing lands) become readily dispensable where there is a desire for cash crops to promote export earnings.

Cultural arguments need therefore to be treated with caution to ensure that not only the voices of those who benefit from them are heard. Divergence of practice across the Islamic world demonstrates that not all claimed restrictions are genuine religious requirements. Claims for human rights must be examined in their own cultural perspective, for failure to do this simplifies and distorts any understanding of the problems of implementation. Claims of cultural or religious priority must also be examined in their context in order to resist local leaders violating human rights in the name of an assumed or inauthentic culture.[149]

146 Cf., 'Dignity frequently means acceptance of social rules and norms; human rights implies challenge to precisely those norms.' Howard, 'Dignity, Community and Human Rights', in A. An-Naim, *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives* (1992) 87, at 94.

147 Cf., 'The claim to authenticity in a male-dominated culture, if left unchallenged by universal human rights will accord dignity to women only if they conform to their proper role as defined by Muslim men, themselves in the grip of a misogynistic tradition.' Afshari, *supra* note 123, at 256.

148 *Ibid.*

149 An-Naim and Deng, 'Introduction', in A. An-Naim and F. Deng, *supra* note 20, at 1.

Rather than simply reiterating legal standards for compliance, this universalistic approach requires first a determination of the true width of the gulf between conventional human rights law and other conceptions of human rights, followed by strategies to minimise that gap.[150] It is promoted by arguments that international law is itself grounded in principles of Islamic or African law,[151] and has a theoretical framework in universal natural law.[152] The Sudanese jurist Abdullahi An-Na'im, for example, argues that the attempt to assert universal human rights norms should not be abandoned and that a study of Islamic law would demonstrate far-reaching commonalties.[153] Despite such common ground some reform may be necessary but the need for Islamic legitimacy for supporting human right reforms remains the crucial factor in the viability and success of such reforms.[154] 'It may take some innovative reinterpretation of traditional norms to bring them into complete accord with the present formulation of the international standards, but the essence of these standards is already present.'[155] Similarly Renteln maintains that through cross-cultural understanding core values common to all cultures will be revealed that can be used for a reconstruction of truly universal human rights standards.[156] Activists like those working with Women Living Under Muslim Law are attempting to provide just such analysis to provide women the space to develop within an Islamic society.

One drawback to the universalistic approach is the need for objective empirical data through which genuinely common values can be identified. Secondly, the assumption that a reinterpretation of cultural or religious normative values would be accepted within the culture, and in particular by those who maintain power, may be optimistic. It is just as likely that those who espouse such views will be denounced and persecuted. Further, any at-

150 For example Welch states that traditional African society had six major sets of rights: the right to life, right to education, right to freedom of movement, right to receive justice, right to work and right to participate in community decision making. These fit easily into the catalogue of rights within the International Covenants. C. Welch, *supra* note 30, at 16.

151 E.g., Mayer refers to those Muslims who argue that 'international law is itself a product of Islamic influences' but adds that neutral historical scholarship has not so far established this proposition. Mayer, 'Current Muslim Thinking about Human Rights', in A. An-Naim and F. Deng, *supra* note 20, at 137.

152 R. Stammler, *Theory of Justice* (1925) cited Marasinghe, 'Traditional Conceptions of Human Rights in Africa', in C. Welch *supra* note 30, at 32.

153 An-Na'im demonstrates this approach through his analysis of Islamic forms of criminal punishment in light of the international prohibition of torture; An-Na'im, 'Towards a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights The Meaning of Cruel, Inhuman or Degrading Treatment', in A. An-Na'im (ed.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives* (1992) 19, but see Afshari, *supra* note 123, at 264 for a critique of this approach.

154 An-Na'im, 'Islam, Islamic Law and the Dilemma of Cultural Legitimacy for Universal Human Rights', in C. Welch and V. Leary, *supra* note 24, at 31, 47.

155 An-Na'im, 'Religious Minorities under Islamic Law and the Limits of Cultural Relativism', *supra* note 50, at 3-4.

156 A. Renteln, *supra* note 50.

tempt to identify universally accepted values embedded within local cultures and traditions must take account of the layers of imported structures that will have obscured and distorted them.[157] Sources of evidence (especially written evidence) will inevitably have been mediated and disseminated by local and foreign élites who will rarely be women. The questions of who would undertake the study and whose evaluation accepted become crucial.

On a more pragmatic level the Western philosopher John Rawls has argued that the objectives of a well ordered non-liberal (hierarchical) society will lead it to accept at least some of the same human rights standards as a liberal one.[158] Rawls argues that such rights (right to life and security, personal property, elements of the rule of law, liberty of conscience, freedom of association and freedom to emigrate) do not depend upon any particular moral or philosophical doctrine that might be rejected by hierarchical societies as imbued with Western cultural assumptions. Instead:

> basic human rights express a minimum standard of well-ordered political institutions for all peoples who belong, as members in good standing, to a just political society of peoples.[159]

Rawls acknowledges that he is implying a common conception of justice and good faith on the part of officials to explain and uphold the legal order to those subject to it. This may beg the question for women, who may not share a common notion of what is 'just' within a well-ordered society. The primarily civil and political rights which he enumerates retain the male bias of human rights law. They do not promise as much to women who may for example be prohibited from owning property, or lack sufficient economic and social independence to exercise the choice of emigration.[160]

C. The 'World Traveller'

A third strategy is to rely upon human rights standards but to foster communications in an attempt to negotiate a common understanding of rights. In any such discourse it is important that the voices of those adversely affected by a so-called religious or cultural practice are heard. No understanding will be

157 Cf., '... the search for an indigenous legal foundation for human rights becomes paradoxical in that it has to be "erected" ... within the confines of the state, whose alien and transplanted, but essentially unalterable structures have rendered the local tradition impotent as a source of authentically traditional, political assertions.' Afshari, *supra* note 123, at 251.

158 Rawls, 'The Law of Peoples', in S. Shute and S. Hurley (eds), *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures* (1993) 41, at 60-8.

159 *Ibid.*, at 68.

160 Further, 'migrant women are vulnerable because they leave family and social networks and bring along few skills and resources.' *The World's Women*, *supra* note 60, at 73. The Report continues that little is known about the extent and nature of international migration of women.

gained if views are consistently mediated through representatives of the dominant culture, through élites, through men, through members of an inter-governmental organization, or through non-governmental organizations with their own agendas and priorities. A good example of this is the Working Group on the Rights of Indigenous Peoples (of the Sub-commission) which listened to and incorporated the voices of indigenous persons through representation and participation at Geneva, and by visits of its members to areas in question. In the context of women, this approach would require that women from all cultures are represented in, and their voices listened to, within mainstream United Nations policy and decision-making bodies, regional bodies and human rights groups and committees and are not relegated to the women's ghetto of CEDAW.

In addition, those engaging in dialogue must be sensitive to their own preconceptions of the lens through which they filter information. A genuine dialogue requires identification of the cultural starting point of all involved and of the erroneous assumptions that might be made by assuming cultural neutrality.[161] Attempts must be made to understand the feelings and perspectives of the other person and of their social and cultural background;[162] the 'exotic other' must be engaged.[163] Gunning has described how the 'world traveller' approach can lead to recognition of both independence and interconnectedness in the context of female genital mutilation.[164] She describes a three pronged approach: identification of one's own boundaries and self; understanding of one's historical relationship to the 'other'; seeing the 'other' in her own cultural context as she sees herself.[165]

As Gunning makes apparent, such techniques are not easy. For dialogue to lead to effective reconstruction there must be training in gender awareness, cultural awareness, self-awareness and in providing the space for all involved to express their needs and interests freely. Training should be made available to workers and decision-makers (male and female) within inter-governmental and non-governmental organizations. The need for such consciousness raising is illustrated by the aftermath of the widespread rapes in former Yugoslavia. Many women have expressed a desire to assist the survivors and have travelled to the area to offer such assistance. Media coverage was, at least in the early days, extensive which helped to focus international concern and response. However there have been reports that the survivors have felt

161 There is an interesting example of this in the work of Teson, who while asserting the universality of human rights and decrying cultural relativism talks solely in terms of civil and political rights, a clearly Western bias, Teson, *supra* note 43.

162 Cf., Clech Lam, 'Feeling Foreign in Feminism' (1993) paper in possession of the author.

163 Engle, 'Female Subjects of Public International Law: Human Rights and the Exotic Other Female', 26 *New England LR* (1992) 1509.

164 Gunning draws upon world travelling as described in Lugones, 'Playfulness, World-Traveling and Loving Perception', 2 *Hypatia* (1987) 3.

165 Gunning, *supra* note 91, at 205.

dominated and taken over by rescuing bodies that have failed to take account of the local women's autonomy and needs.[166]

Similar claims have been made by Islamic women who have asked for the opportunity to situate themselves through expressions of their own understanding of the position and needs of women within their society. For example, at the Women in International Law Interest Group meeting at the 1994 ASIL meeting two speakers, one a woman of colour living in the United States, the other a Muslim woman, challenged Western women's international human rights agenda. The former, Celine Romany, argued for a methodology that takes into account diverse forms of women's oppression. While theory and dialogue seek to be responsive to diversity, they must ultimately transcend 'the relativistic tendencies that ultimately support the *status quo*.'[167] The latter, Azizah al-Hibri urged that the way to further women's equality within the Muslim world is to promote democratic forms of self-determination. Muslim women's priorities embrace economic and political freedom – the same priorities as for many men.

> Consequently the most productive and least patronizing assistance that Muslim women can receive from the West is democratic reform which will enable them to articulate their own jurisprudence on women's rights.[168]

While this view must be heard, it must also be remembered that Western-based democracy does not of itself always offer the same liberation to women as it does to men.[169] The dialogue needs to continue to construct new, more genuinely participatory models of democratic ordering.[170]

This strategy requires co-operation and liaison with women working at all levels, including grassroots organizations. Admittedly this will create a multiplicity of voices. Women will not all speak with one voice and facilitating participation may promote disharmony, and lead to the formation of new élites claiming a legitimacy they do not necessarily possess. Such concerns have been voiced in the context of the Vienna World Conference of Human Rights and have continued through to the United Nations World Conference on Women held in Beijing in 1995. On the one hand this should be viewed as healthy: debate and disagreement lead to a wider airing of issues and a greater confidence that all aspects have been explored. However they can also cause new marginalizations and dissent that can be readily exploited.

166 See, e.g., M. Belic and V. Kesic, *Interim Report, Centre for Women War Victims* (1993).
167 Panel on 'Ethnicity, Culture and International Law', 9 April 1994; 6 *WILIG Newsletter*, September 1994.
168 *Ibid.*
169 Otto, 'Challenging the "New World Order": International Law, Global Democracy and the Possibilities for Women', 3 *Transnational Law and Contemporary Problems* (1993) 371.
170 Cf., Knop, 'Re/Statements: Feminism and State Sovereignty in International Law', 3 *Transnational and Contemporary Legal Problems* (1993) 293.

The debate is between short-term and long-term solutions, between empowerment and subordination, between seeing those who are adversely affected by denial of human rights as objects in need of assistance and recognizing that they are subjects of human rights law. Human rights law is dynamic and the need to find some form of accommodation is supported by reference to the overall objectives of the international community: the maintenance of international peace and security, the establishment of a just economic order and respect for the worth of all human beings. Denying the force of cultural arguments will not achieve equality for women, while attempting to engage with them may ultimately be instrumental in establishing change.

Principes directeurs d'une procédure pénale européenne: la contribution des organes de la Convention européenne des droits de l'homme

par

MICHELE DE SALVIA*

* Les opinions exprimées n'engagent que leur auteur.

Academy of European Law (ed.),
Collected Courses of the Academy of European Law, Volume V, Book 2, 59–134.
© 1997 *Kluwer Law International. Printed in the Netherlands.*

Table de matières

Avant propos 65
Introduction 65

I. L'homme en procès pénal et l'Etat de droit: garanties essentielles 71
A. Le domaine de la garantie 71
1. La notion d'accusation en matière pénale 72
2. Action pénale et action civile 75
B. L'accès à la justice 77
1. Le droit à un tribunal 77
2. Durée «raisonnable» de la procédure 80
C. La «tolérance pénale» 82

II. Le déroulement de la procédure: la phase avant jugement 85
A. Les prémisses 85
1. Déclenchement de l'action pénale et information de l'intéressé 85
2. Enquêtes préliminaires, instruction et droits de la défense 86
B. La privation de liberté avant jugement 87
1. «Légalité» et «régularité» 89
2. Les garanties spécifiques en matière de privation de liberté: garde à vue et *habeas corpus* 91
3. Durée de la détention provisoire 98
4. Le droit à réparation 103

III. Le déroulement de la procédure: la phase du jugement 103
A. Les garanties organiques 103
1. Publicité de la procédure 103
2. Tribunal indépendant et établi par la loi 106
3. Tribunal impartial 107
B. Les garanties de fonctionnement 109
1. Procès équitable: le jugement par défaut 111
2. Procès équitable: l'égalité des armes 112
3. Procès équitable: le droit à une défense effective 113
4. Procès équitable: preuves et témoignages 120
5. Procès équitable: traduction et interprétation 122

Remarques finales
Justices nationales et justice européenne: dissonances et harmonisation 124
Annexe I 129
Annexe II 131
Annexe III 132
Annexe IV 133

Biographie et Publications principales

Né à Milan (Italie) le 14 mai 1940.

Etudes de droit à l'Université d'Etat de Milan. Docteur en droit.

A étudié à l'Institut d'Etudes Politiques de Strasbourg.

Agent du Conseil de l'Europe depuis août 1965, affecté au Secrétatiat de la Commission européenne des droits de l'homme.

Chef de Division en 1984.

De 1990 à 1992 Secrétaire de la Première Chambre de la Commission.

Depuis novembre 1992, Secrétaire adjoint de la Commission.

Nombreuses études et publications en matière de droits de l'homme.

Auteur d'un manuel universitaire (en italien) *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo,* Cedam, Padova 1991.

Co-auteur (avec M. Jean-Claude Soyer) de l'ouvrage *Le recours individuel supranational – Mode d'emploi,* LGDJ, Paris 1992.

Chargé d'enseignement (droits de l'homme) à l'Université Catholique de Milan, à l'Institut d'Etudes Politiques de Strasbourg ainsi qu'à l'Institut des Hautes Etudes Européennes de l'Université Robert Schuman (Strasbourg).

Membre du Conseil scientifique de la *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo* de l'Université Catholique de Milan.

Avant propos

Ce recueil des principes élaborés par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme en matière de droit processuel pénal repose essentiellement sur les principaux arrêts rendus par la Cour dans cette matière. Ces arrêts confirment en grande partie l'interprétation donnée par la Commission dans les avis contenus dans les rapports que celle-ci a adopté dans les différentes affaires soumises à la Cour par la suite.

Le but de ce recueil est limité: il ne s'agit que d'exposer les principes directeurs de base qui se dégagent de la jurisprudence. Il n'a donc pas la prétention de dresser un tableau complet de toutes les différentes facettes d'une jurisprudence dense et extrêmement variée.

Les arrêts de la Cour sont cités par le nom du requérant suivi de l'indication de l'Etat défendeur et de la date à laquelle il a été prononcé ainsi que du numéro du volume de la série (éditée par Carl Heymanns Verlag) des publications de la Cour dans lequel ils sont reproduits. Le chiffre qui suit ce numéro se réfère au paragraphe de l'arrêt. Il est à noter que depuis 1985, les avis de la Commission sont reproduits en annexe aux arrêts de la Cour.

La jurisprudence de la Commission est publiée dans la série Décisions et Rapports (DR), éditée par le Conseil de l'Europe, dans laquelle sont reproduits les décisions sur la recevabilité et les rapports qui ont été sélectionnés aux fins de publication.

Introduction

Aussi loin que l'on remonte dans l'histoire moderne des institutions des pays d'Europe, la revendication première des citoyens a consisté à exiger des détenteurs de la puissance publique la sauvegarde de certains droits fondamentaux reposant sur des valeurs dignes d'être préservées dans la cité. Parmi ces valeurs, le respect de l'intégrité physique, et singulièrement de la liberté personnelle, a été un élément majeur de différenciation entre les sociétés adhérant au principe de la prééminence du droit et celles qui ne s'y reconnaissaient pas encore.

Pendant longtemps, le droit de punir – corollaire du droit d'administrer la justice dans l'intérêt de la collectivité – s'est manifesté par l'infliction de traitements affligeants dont les mesures de privation de liberté ont représenté l'aspect le plus visible. Mais ce droit de punir était nécessairement tributaire, dans les sociétés les plus évoluées, de procédures dont le but principal a été de circonscrire son exercice et de l'enserrer dans des limites relativement étroites. Par les répercussions importantes que les poursuites pénales pouvaient avoir sur la vie de tout un chacun, compte tenu en particulier de la

sévérité des sanctions susceptibles d'être infligées, ces procédures ont constitué le rempart ultime contre l'arbitraire. D'où l'importance de dégager des principes généraux de procédure, parmi lesquels se rangent la garantie d'un contrôle judiciaire de toute privation de liberté ainsi que le respect du principe du procès équitable.

Aussi n'est-il pas étonnant que les premières affirmations collectives des droits renferment des références explicites aux règles devant régir le droit processuel, singulièrement en matière pénale.

C'est ainsi que lorsqu'à l'issue de la Seconde Guerre mondiale il a fallu dresser en Europe un catalogue de principes valant pour un Etat de droit, les droits judiciaires ont occupé une place de choix dans les préoccupations du «législateur» européen.

Les articles 5 et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention) en sont, comme on le verra tout au long de cet exposé, l'exemple éloquent.

L'existence ou la non-existence de garanties précises contre toute atteinte arbitraire à la liberté personnelle et consacrant la notion d'équité dans les rapports entre les justiciables et les pouvoirs publics représente «la pierre de touche» qui permet d'opérer une sorte de clivage entre des Etats démocratiques – et qui essaient de le demeurer, non sans difficultés d'ailleurs – et les Etats qui tentent de sortir des impasses, voire de la léthargie institutionnelle, dans lesquelles une longue histoire d'indifférence ou d'oppression les avait plongé.

Il est vrai que les droits fondamentaux, et donc également ceux qui relèvent de la matière judiciaire au pénal, doivent d'abord être garantis à l'intérieur des Etats eux-mêmes. C'est le sens de la Convention et c'est la philosophie qui a présidé au système de contrôle supranational. Le droit de procédure, pour ce qui est de l'aspect pénal de la justice, renferme généralement une sorte de code de bonne conduite valant à la fois pour le justiciable et le pouvoir établi. Il consacre des droits et précise des devoirs. S'agissant d'un code judiciaire, il doit prendre nécessairement en compte les traditions juridiques héritées du passé. Il traduit en même temps une certaine forme de sensibilité nationale vis-à-vis du processus qui conduit du fait, objet de la répression pénale, au droit, à savoir l'établissement légal de la culpabilité.

Le nombre de degrés de juridiction, qui peut varier de pays à pays, de même que la composition des tribunaux, avec un dosage plus ou moins subtil entre juges professionnels et juges «laïcs», ou bien encore la valeur qu'il faut attribuer aux témoignages émanant de la proche famille de l'accusé: voilà autant d'exemples où la diversité des situations nationales appelle parfois des solutions nuancées qui ne s'inscrivent pas nécessairement dans une logique européenne uniforme.

Face à un droit national qui a évolué au gré des soubresauts historiques et institutionnels, le droit européen des droits fondamentaux en matière de procédure pénale apparaît comme un ensemble de principes dont le rôle est de délimiter les grandes lignes d'un droit de procédure commun à différents systèmes juridiques particuliers. De ce fait, le droit européen s'inscrit dans une mouvance de consolidation et de développement d'un acquis européen en la matière dans le droit fil des grands principes d'un Etat de droit ouvert et sensible, plus que par le passé, aux exigences concrètes des justiciables.

Lorsqu'on sait que le droit européen des droits fondamentaux s'élabore à partir de cas d'espèce et que les faits y jouent un rôle prédominant, l'on mesure alors l'extrême difficulté à maîtriser l'évolution d'un «droit de procédure» – celui de l'article 6 de la Convention – aux contours somme toute fuyants et aux implications multiples.

D'où une jurisprudence qui procède souvent plus d'un état d'esprit que de notions abstraites, chères aux droits nationaux, mais dont le formalisme souvent excessif entre nécessairement en conflit avec une idée de justice plus pratique et surtout plus effective.

Se rattachant au but que poursuit la Convention, dont la caractéristique essentielle est d'être un traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le principe de la prééminence du droit est l'un des éléments du patrimoine spirituel commun aux Etats membres du Conseil de l'Europe.[1]

Ce principe est nécessairement à la base de l'idée de justice et d'égalité qui préside à la garantie essentielle de l'article 6 paragraphe 1 CEDH: le droit à un procès équitable. Cette garantie s'exprime souvent par la notion de «bonne administration de la justice». Ainsi, bien que le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu soit inhérent à l'ensemble de la Convention, dans une société démocratique le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité.[2] Il faut entendre par là que la marge d'appréciation, c'est-à-dire un certain pouvoir discrétionnaire reconnu aux Etats dans l'application des droits et libertés, est en l'occurrence très réduit, voire inexistant et qu'en principe nulle considération tenant à moduler les garanties en fonction des nécessités, par exemple en matière de défense des institutions, ne saurait avoir cours en dehors de la seule hypothèse possible, qui est celle de la dérogation prévue par l'article 15 de la Convention.

Ce caractère «quasi absolu» des garanties de l'article 6 de la Convention a été d'ailleurs reconnu par la jurisprudence dès le commencement. Qu'il suffise de rappeler que même les personnes dont les buts avoués se placent

1 *Golder c. Royaume-Uni*, CEDH, 21 février 1975, série A, n° 18/34.
2 *Kostovski c. Pays-Bas*, CEDH, 20 novembre 1989, série A, n° 166/44.

non seulement aux antipodes de ceux préconisés par la Convention, mais visent parfois à annihiler les règles démocratiques sur lesquelles reposent nos sociétés, ont droit au respect intégral des règles de procédure d'un procès équitable.[3]

Dès lors, le droit à un procès équitable occupe, dans une société démocratique au sens de la Convention, une place éminente,[4] ce qui conduit à interpréter les différentes garanties de façon à ce qu'elles soient non pas théoriques ou illusoires, mais concrètes et effectives.[5] De cette place éminente, il découle notamment que, dans une domaine qui relève de l'ordre public des Etats membres du Conseil de l'Europe, une mesure ou solution dénoncées comme contraires à l'article 6 appellent un contrôle particulièrement attentif.[6]

En ce qui concerne la nature des obligations qui pèsent sur l'Etat en matière de procès équitable, la jurisprudence a mis l'accent sur les obligations de caractère positif. En particulier, pour ce qui est du respect des droits de la défense, s'il est vrai que l'on ne saurait imputer à l'Etat la responsabilité de toute défaillance d'un avocat, surtout lorsqu'il s'agit d'un avocat d'office, les autorités judiciaires sont tenues d'adopter une attitude qui ne soit pas de «passivité» face à une situation pouvant être préjudiciable aux intérêts de l'accusé.[7]

En pareilles circonstances, les Etats se doivent de déployer une diligence particulière afin d'assurer la jouissance effective des droits garantis par l'article 6 de la Convention.[8]

L'article 6 de la Convention vise à imposer à l'Etat une obligation de résultat. Si les Etats jouissent d'une grande liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de répondre aux exigences de cette disposition, les ressources offertes par le droit interne doivent, en tout état de cause, se révéler effectives.[9]

Afin de déterminer si la procédure a respecté les principes d'un procès équitable, la méthode d'interprétation suivie par les organes de la Convention a nettement évolué et semble maintenant adopter une méthode d'évaluation globale.

On peut donc affirmer que les différentes garanties prévues par cette disposition ne sont que des facettes de la garantie primaire du procès équitable. Ainsi, les exigences des paragraphes 2 (présomption d'innocence) et 3 (droits spécifiques d'un accusé) de l'article 6 de la Convention représentent des

3 *Lawless c. Irlande*, CEDH, 1 juillet 1961, série A, n° 1/7.
4 *Colozza c. Italie*, CEDH, 12 février 1985, série A, n° 89/32.
5 *Artico c. Italie*, CEDH, 13 mai 1980, série A, n° 37/33.
6 *Deweer c. Belgique*, CEDH, 27 février 1980, série A, n° 35/49.
7 *Artico c. Italie, supra* note 5, 36.
8 *F.C.B. c. Italie*, CEDH, 28 août 1991, série A, n° 208-B/33.
9 *Colozza c. Italie, supra* note 4, 30.

éléments de la notion générale de procès équitable consacrée par le paragraphe 1.[10]

En particulier, les divers droits énumérés au paragraphe 3 en des termes non exhaustifs représentent des aspects, parmi d'autres, de la notion de procès équitable en matière pénale. En veillant à son observation – a-t-on précisé – il ne faut pas perdre de vue sa finalité profonde ni le couper du «tronc commun» auquel il se rattache.[11]

D'ailleurs, l'idée d'équité ainsi que celle de l'égalité de traitement a débordé le cadre strict d'application de l'article 6 de la Convention. Elle a été reprise et appliquée à l'examen des demandes de mise en liberté, dans le cadre des garanties découlant de l'article 5 paragraphe 4 de la Convention.[12]

Assurer une protection contre l'arbitraire en matière de liberté personnelle; garantir l'équité de la procédure dans le respect du principe de la prééminence du droit: voici les deux garanties principales que le droit élaboré par la jurisprudence des organes de la Convention s'attache à sauvegarder. Cette jurisprudence a essayé de cerner l'essentiel – le respect des grands principes – par rapport à l'accessoire – l'aménagement concret de certaines situations – qui, lui, est laissé à une certaine discrétion des différents droits particuliers des Etats parties à la Convention. Ceci d'ailleurs s'inscrit bien dans le cadre de la subsidiarité de la protection européenne des droits fondamentaux – par rapport à une dimension nationale de la protection de ces mêmes droits – qu'il importe de préserver, voire même de développer.

La jurisprudence européenne révèle qu'un double contentieux peut s'instaurer à Strasbourg: le contentieux de la privation de liberté lorsque la mise en mouvement de l'action pénale entraîne une privation de liberté qui est de nature à affecter parfois gravement la sphère personnelle de l'individu; le contentieux du procès équitable lorsque le requérant impute aux autorités de l'Etat, en général, et aux juges et tribunaux, en particulier, des atteintes aux droits qui lui sont reconnus par la Convention et éventuellement par le droit interne lui-même.

Afin de mieux appréhender la jurisprudence des organes de la Convention en matière de droit de procédure, il convient de préciser, d'emblée, quelles sont les limites de l'examen auquel peuvent se livrer ces organes pour ce qui est en particulier du respect des exigences de l'article 6 de la Convention.

D'abord, et ceci constitue une constante de la jurisprudence, il n'appartient pas à la Commission et à la Cour de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir portées atteinte aux garanties de la disposition précitée.

10 *Kamasinski c. Autriche*, CEDH, 19 décembre 1989, série A, n° 168/62.
11 *Artico c. Italie*, *supra* note 5, 32.
12 *Toth c. Autriche*, CEDH, 12 décembre 1991, série A, n° 224/84.

En outre le contrôle supranational ne peut pas porter sur le bien-fondé des décisions judiciaires. La Convention n'habilite pas ses organes à censurer, par exemple un jugement de condamnation au motif que le tribunal se serait trompé quant à l'appréciation des faits. Le contrôle ne porte en fait que sur la régularité, c'est-à-dire sur la conformité avec la Convention, de la procédure suivie pour parvenir au résultat atteint. Bref, c'est le respect de la règle du jeu – et lui seul – qui est visé et non le contenu matériel des décisions nationales qui échappe, en tant que tel, au contrôle des organes de la Convention.

Cette façon d'aborder le problème des limites du «regard» supranational sur le contenu des décisions judiciaires nationales procède d'une idée qui reflète le consensus qui s'est dégagé lors de l'élaboration de la Convention: en aucun cas les procédures supranationales ne devraient porter atteinte à l'intangibilité des décisions de justice quant aux déclarations de culpabilité.

De plus, l'idée même du contrôle supranational part de l'idée selon laquelle la Commission et la Cour ne devraient pas substituer leur appréciation, quant au fait et au droit, à celle à laquelle s'est déjà livré le juge national.

Par là même, une division des tâches assez nette entre le niveau national et supranational a été affirmée: celui-ci ne doit pas être considéré, par rapport à celui-là, comme un juge de quatrième instance appelé à revoir, par exemple, le bien-fondé des décisions de condamnation. D'où une clause que l'on retrouve souvent dans les décisions d'irrecevabilité portant sur des griefs tirés de prétendues violations de l'article 6 de la Convention.

Bien que la procédure pénale forme un tout, elle peut être scindée en deux grandes phases: une *première phase avant jugement* suivie éventuellement d'une *deuxième phase*, celle *du jugement.*

La première phase, qui est préparatoire, se caractérise par une activité d'enquête, par la police ou par un magistrat instructeur suivant le cas, visant à recueillir les éléments de fait indispensables à vérifier si le comportement qui est reproché à l'intéressé révèle l'apparence d'une infraction pénale et requiert donc le renvoi en jugement. Au cours de cette phase, l'autorité judiciaire poursuivante peut décider de la mise en détention de la personne objet des poursuites. Le contentieux qui peut s'ensuivre se greffe sur l'activité d'enquête et d'instruction, elle aussi soumise à son tour au regard critique de la défense. L'ensemble de ce contentieux peut donner ainsi lieu à de multiples contestations susceptibles de rejaillir à différents égards sur l'équité de la procédure dans son ensemble.

La deuxième phase suit l'éventuel renvoi en jugement lorsque les faits qui auront entre-temps pu être élucidés et les moyens de preuve recueillis, permettent de croire à l'existence de charges suffisantes contre l'intéressé. Il s'agit en l'occurrence de la phase centrale du procès à partir de laquelle, et suivant le déroulement qu'elle aura connu, l'on pourra conclure à l'équité

voire au caractère inéquitable de la procédure considérée, comme il se doit, dans son ensemble.

Avant de parcourir le chemin qui conduit de la *notitia criminis* à l'établissement légal de la culpabilité ou à la relaxe et à l'acquittement, il importe de préciser quelles sont les garanties essentielles d'un procès pénal qui se veut respectueux de la prééminence du droit telle que la conçoit la Convention.

I. L'homme en procès pénal et l'Etat de droit: garanties essentielles

A. Le domaine de la garantie

Loin de s'analyser en un simple acte de procédure, à l'apparence neutre, la décision par laquelle est décrérée la mise en mouvement d'une procédure répressive atteint toujours son destinataire dans sa sphère la plus intime, celle de son honneur et de sa réputation. Par le caractère officiel (et la publicité) qui entoure le déclenchement des poursuites, sa situation personnelle peut en être profondément affectée.

Aussi, à partir de ce moment, le sort des poursuites est-il réglé par des dispositions précises prévues dans les codes de procédure pénale. Celles-ci sont destinées à fixer les «règles du jeu» d'une confrontation inévitable, sauf abandon des poursuites, en balisant en quelque sorte les différentes étapes de la procédure. Ces règles déterminent en particulier quels sont les droits et les devoirs des acteurs principaux de cette confrontation: l'accusation, c'est-à-dire le ministère public, et l'accusé, c'est-à-dire le justiciable à qui l'on impute un fait délictueux.

L'enjeu est de taille: l'établissement légal de la culpabilité ou non de l'«accusé» et, dans l'affirmative, l'infliction d'une peine pouvant se traduire en une privation de liberté.

D'où la prudence dont fait preuve d'ordinaire le législateur national et les précautions sémantiques qu'il est amené à prendre quant à la nature de l'acte qui déclenche les poursuites. Toutefois, quelle que soit la retenue observée à cet égard, que l'on parle de mise en examen au lieu d'information judiciaire par exemple, une conclusion semble s'imposer: à partir du moment où, par un acte officiel émanant d'une autorité publique en vertu des dispositions légales en vigueur, un fait délictueux est mis à la charge d'un justiciable, celui-ci se trouve derechef sous le coup d'une «accusation pénale» au sens de la Convention.

Confrontée aux multiples problèmes posés par l'existence de différents types nationaux de procédure, la jurisprudence européenne s'est attachée à préciser les garanties essentielles d'un procès qui, quelles que puissent être

les particularités du droit national, doit être «équitable» au sens autonome que la jurisprudence européenne donne à cette notion.

Le concept de «procès équitable» s'applique, bien évidemment, à la fois en matière civile et en matière pénale. Toutefois, c'est essentiellement par rapport à cette dernière matière qu'a été élaboré un véritable *corpus iuris* d'où découlent de grands principes généraux d'interprétation et deux séries de garanties fondamentales: les garanties organiques qui visent à rendre possible, en prévoyant une série d'obligations à charge des pouvoirs publics, la tenue d'un procès équitable (tribunal établi par la loi; impartial, publicité des procédures); les garanties de fonctionnement axées, elles, sur une conception dynamique de l'égalité qui doit régner tout au long de la procédure entre les parties au procès pénal. Mais que faut-il entendre par «matière pénale» et, ensuite, par «accusation» en matière pénale?

1. La notion d'accusation en matière pénale

Ici aussi, la jurisprudence a balisé le terrain en s'inspirant du principe d'autonomie des notions de la Convention. Il faut donc entendre les notions de «matière pénale» et «accusation» au sens autonome qu'elles revêtent dans le cadre de cet instrument.[13] De plus, l'article 6 ne distingue pas les infractions pénales non punissables des autres infractions pénales; «il vaut pour toute personne accusée d'une infraction pénale quelconque».[14]

Le fait de déterminer, pour ce qui est de son aspect processuel, l'étendue de la «matière pénale» au sens de l'article 6 de la Convention, peut rejaillir sur le contenu matériel du droit pénal. Or, dans ce domaine, la Convention reconnaît en principe à l'Etat un pouvoir d'appréciation qui, s'il n'est pas illimité, est toutefois extrêmement large. En d'autres termes, ce sont les autorités nationales qui fixent en règle générale, et souverainement, quelles sont les valeurs dignes d'être protégées au moyen d'une répression pénale des comportements qui ne s'y conformeraient pas.

La ligne de démarcation entre droit pénal processuel et droit pénal matériel a été tracée par la jurisprudence, par rapport notamment à la distinction à opérer entre droit pénal et droit disciplinaire. Les principes qui s'y dégagent ont une portée générale et ont été précisés en ces termes:

> la Convention permet sans nul doute aux Etats, dans l'accomplissement de leur rôle de gardiens de l'intérêt public, de maintenir ou établir une distinction entre droit pénal et droit disciplinaire ainsi que d'en fixer le tracé, mais seulement sous certaines conditions. Elle les laisse libres d'ériger en infraction pénale une action ou omission ne constituant pas l'exercice normal de l'un des droits qu'elle pro-

13 *Deweer c. Belgique*, *supra* note 6, 42.
14 *Adolf c. Autriche*, CEDH, 26 mars 1982, série A, n° 49/33.

> tège; cela ressort, spécialement, de son article 7. Pareil choix, qui a pour effet de rendre applicable les articles 6 et 7, échappe en principe au contrôle de la Cour. Le choix inverse, lui, obéit à des règles plus strictes. Si les Etats contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction «mixte» sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention. La Cour a donc compétence pour s'assurer, sur le terrain de l'article 6 et en dehors même des articles 17 et 18, que le disciplinaire n'empiète pas indûment sur le pénal. [15]

De toute évidence, les limites tracées par la jurisprudence au pouvoir qui échoit aux Etats pour ce qui est de l'étendue de la «matière pénale», visent à protéger les droits des justiciables. Aussi, la Convention ne s'oppose-t-elle pas à ce que le législateur national, dans un souci d'adapter la répression pénale à l'évolution des mœurs et des comportements ainsi que de pallier les difficultés auxquelles est confrontée une justice pénale de plus en plus sollicitée, fassent en quelque sorte machine arrière en soustrayant des comportements jadis réprimés, à une sanction pénale *stricto sensu*. C'est ce que reconnaît la jurisprudence lorsqu'elle précise, en ce qui concerne les infractions au code de la route par exemple, que:

> le législateur qui soustrait certains comportements à la catégorie des infractions pénales du droit interne peut servir à la fois l'intérêt de l'individu et les impératifs d'une bonne administration de la justice, notamment dans la mesure où il décharge les autorités judiciaires de la poursuite et de la répression de manquements, nombreux mais de peu d'importance, à des règles de la circulation routière.

Et d'affirmer que

> la Convention ne va pas à l'encontre des tendances à la «décriminalisation» existant – sous des formes fort diverses – dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. [16]

Toutefois, ce sont les organes de la Convention qui, en dernière analyse, sont seuls compétents pour «s'assurer que la frontière tracée de la sorte ne va pas à l'encontre de l'objet et du but» de l'article 6 de la Convention. [17]

Compte tenu de ce caractère autonome des notions, maintes fois rappelé par la jurisprudence, il importe de cerner également les contours de l'autre notion contenue dans la phrase «accusation en matière pénale», et précisément la notion d'«accusation». Ici aussi, la démarche de la jurisprudence privilégie l'effectivité, car elle opte pour «une conception 'matérielle' et non

15 *Engel et autres c. Pays-Bas*, CEDH, 8 juin 1976 et 23 novembre 1976, série A, n° 22/81; voir aussi *Öztürk c. Allemagne*, CEDH, 21 février 1984, série A, n° 73/47; *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, CEDH, 28 juin 1984, série A, n° 80/68.

16 *Öztürk c. Allemagne*, *supra* note 15, 49.

17 *Demicoli c. Malte*, CEDH, 27 août 1991, série A, n° 210/31.

'formelle' de l''accusation' visée à l'article 6(1)». De plus, la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique «commande de regarder au-delà des apparences et d'analyser les réalités de la procédure en litige».[18]

Ainsi, l'«accusation» pourrait aux fins de l'article 6 paragraphe 1 se définir comme la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale.[19]

Il s'agit là, à n'en pas douter, d'un critère dont la souplesse est susceptible de mettre à mal des certitudes enracinées dans le droit interne. Bien évidemment, l'accent doit être mis alors sur la notion d'«infraction pénale» à laquelle se rapporte nécessairement tout reproche pouvant être élevé à charge d'un individu.

Trois critères alternatifs se dégagent de la jurisprudence qui sont de nature à faire basculer un comportement dans la catégorie de ceux qui peuvent relever d'une «accusation» pénale au sens de la Convention. Il s'agit de la qualification formelle donnée à pareil comportement par le droit national; de la nature même de l'infraction qui est reprochée; de la nature et de l'importance de la sanction encourue.

De l'aveu même de la jurisprudence, le premier critère constitue un simple point de départ et n'a pas à lui seul, sauf en matière pénale proprement dite, une importance décisive. Selon ce critère, «il importe d'abord de savoir si le texte définissant l'infraction en cause ressortit ou non au droit pénal d'après la technique juridique de l'Etat défendeur».[20] L'indication que ce critère fournit «n'a qu'une valeur formelle et relative; il faut l'examiner à la lumière du dénominateur commun aux législations respectives des divers Etats contractants».[21]

Le deuxième critère vise à coller de plus près à la réalité des choses. Comme le précise sans ambages la jurisprudence, la nature de l'infraction «représente un élément d'appréciation d'un plus grand poids».[22] Ici, l'accent est mis sur le but visé par la disposition pénale répressive de même que, semble-t-il, sur la gravité du comportement transgressif. Il ne semble toutefois pas que l'on puisse déduire de ce critère un quelconque jugement de valeur qui serait porté par les organes de la Convention quant au comportement réprimé par les dispositions du droit interne. Tout au plus pourra-t-on examiner l'adéquation de la sanction à l'infraction commise à l'aulne du principe de proportionnalité.

18 *Deweer c. Belgique*, *supra* note 6, 44.
19 *Ibid.*, 46.
20 *Öztürk c. Allemagne*, *supra* note 15, 50.
21 *Engel et autres c. Pays-Bas*, *supra* note 15, 82; voir aussi *Weber c. Suisse*, CEDH, 22 mai 1990, série A, n° 177/31.
22 *Engel et autres c. Pays-Bas*, *supra* note 15, 82; *Öztürk c. Allemagne*, *supra* note 15, 52; *Demicoli c. Malte*, *supra* note 17, 33.

Quant au troisième critère, la nature de la sanction, il représente sinon l'élément déterminant du moins celui qui, par les conséquences affligeantes qu'il engendre, fait basculer un «reproche» dans la sphère pénale. C'est bien le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé qui est, ici, visé.

Comme le précise la Cour, en effet,

> dans une société attachée à la prééminence du droit, ressortissent à la «matière pénale» les privations de liberté susceptibles d'être infligées à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leurs modalités d'exécution ne sauraient causer un préjudice important. Ainsi le veulent la gravité de l'enjeu, les traditions des Etats contractants et la valeur que la Convention attribue au respect de la liberté physique de la personne.[23]

L'on peut donc conclure, sur ce point, que le caractère général de la norme et le but, à la fois préventif et répressif, de la sanction suffisent, selon la jurisprudence, à établir, au regard de l'article 6 de la Convention, la nature pénale de l'infraction.

C'est donc la coloration pénale, qui est présente en tout cas lorsqu'une sanction se traduit par une privation de liberté, qui semble être le réactif principal d'une «accusation en matière pénale».

Quant au domaine de la garantie, l'article 6 précise que la procédure doit nécessairement conduire à une décision finale sur le «*bien-fondé*» de l'«accusation». Le mot «bien-fondé», figurant dans la version française de l'article 6 paragraphe 1, «*vise non seulement le bien-fondé de l'accusation en fait, mais aussi son bien-fondé en droit*».[24] Ceci signifie que l'on ne saurait considérer qu'une «accusation» a été décidée «aussi longtemps que le verdict d'acquittement ou de condamnation n'est pas définitif».[25]

2. Action pénale et action civile

Tel qu'il est discipliné par les différentes dispositions des codes de procédure, le déroulement des poursuites pénales revêt de l'importance non seulement pour celui qui en est l'acteur principal, à savoir l'accusé, mais également pour la collectivité au nom de laquelle elles ont été déclenchées.

Si l'on se place sur le terrain des droits des justiciables, et donc de droits de tout un chacun, il est évident que la commission d'une infraction pénale intéresse la société toute entière, de même que la victime des agissements litigieux. En effet, celui qui a été lésé a un intérêt primordial à ce que toute la

23 *Engel et autres c. Pays-Bas*, *supra* note 15, 82.
24 *Delcourt c. Belgique*, CEDH, 17 janvier 1970, série A, n° 11/24; *Deweer c. Belgique*, *supra* note 6, 48.
25 *Delcourt c. Belgique*, *supra* note 24, 25.

lumière soit faite et, en cas de condamnation, à obtenir réparation du dommage subi, tant du point de vue moral que matériel.

Lorsque l'acte générateur du dommage constitue en même temps une infraction pénale et afin de permettre au lésé de faire reconnaître son bon droit, de la façon la plus efficace et rapide possible, certains systèmes juridiques prévoient que le juge pénal puisse en même temps qu'il décide sur l'action pénale, se prononcer également sur les prétentions d'ordre patrimonial de la victime de l'infraction pénale. Par contre si, dans ce cas, le lésé s'adresse au juge civil, le principe généralement appliqué et que le juge civil doive surseoir à statuer jusqu'à droit jugé par le juge pénal, en vertu du principe selon lequel «le pénal tient le civil en l'état».

Le danger de voir le juge civil se dessaisir d'une action civile en réparation amène souvent le justiciable à préférer la voie plus directe, bien que parfois plus hasardeuse, c'est-à-dire la voie pénale. C'est le système en vigueur par exemple en droit français et en droit italien de la constitution de partie civile dans le cadre d'une action pénale, soit que celle-ci soit diligentée par le parquet, d'office, soit qu'elle résulte du dépôt d'une plainte pénale par la victime, qui peut être assortie d'une constitution de partie civile.

Comme on le voit aisément, procédure pénale et procédure civile se télescopent en l'occurrence, ce qui n'est pas sans poser des problèmes d'interprétation quant à l'étendue des garanties de l'article 6 de la Convention.

En la matière, la jurisprudence des organes de la Convention a essayé de déblayer un terrain particulièrement mouvant. Ceci d'autant plus que, suivant une jurisprudence constante, le droit d'accès à un tribunal ne s'étend pas au droit de provoquer contre un tiers l'exercice de poursuites pénales.[26] Toutefois, s'agissant d'une plainte pénale avec constitution de partie civile, il a été reconnu que l'article 6 de la Convention était applicable, au titre de la matière civile, dès lors que l'action tendait à obtenir réparation des auteurs de l'acte illicite. En pareil cas le droit à indemnité, revendiqué par la partie lésée, dépend de l'issue de la plainte pénale.[27]

Cela étant, il a fallu assez vite limiter l'applicabilité de l'article 6 de la Convention aux hypothèses où l'enquête suite à une plainte pénale a permis d'identifier l'auteur présumé de l'infraction.

26 N° 8366/78, déc. 8 mars 1979, DR 16, 196.
27 *Tomasi c. France*, CEDH, 27 août 1992, série A, n° 241-A/121.

D'où le principe suivant énoncé par la Commission sur lequel la Cour n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer:

> Lorsque [...] une personne se constitue partie civile dans une procédure pénale visant des inconnus, les autorités judiciaires ne peuvent être considérées comme saisies d'une contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil, au sens de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention, qu'à partir du moment où les investigations opérées ont permis à cette personne de reconnaître sa partie adverse et de diriger contre elle son action civile.
> Aussi longtemps que l'auteur de l'infraction n'est pas identifié, la constitution de partie civile ne peut donc être considérée que comme une démarche préparatoire dont l'auteur occupe une position d'attente et aucune contestation sur des droits et obligations de caractère civil ne peut surgir.[28]

B. L'accès à la justice

1. Le droit à un tribunal

L'article 6 paragraphe 1 de la Convention consacre, en tant que garantie essentielle qui conditionne toutes les autres garanties, le droit à un tribunal, élément d'un procès équitable.[29]

Par ailleurs, le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu, ni en matière pénale, ni d'ailleurs en matière civile car il se prête à des *limitations implicites* (par exemple en matière pénale le classement ou le non-lieu). Le droit d'accès à un tribunal appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus.

S'agissant en l'occurrence d'un droit que la Convention ne définit pas en termes exprès, mais qui se déduit par voie de création jurisprudentielle du droit plus général garanti à l'article 6 de la Convention, la réglementation du droit d'accès tolère une certaine marge d'appréciation qui échoit aux Etats et à laquelle les organes de la Convention ne sauraient substituer leur propre appréciation sur ce qu'aurait pu être, par exemple, la meilleure politique en la matière.[30]

Parmi les limitations au droit d'accès se range la faculté pour l'intéressé de *renoncer* à l'exercice d'un droit. Il s'agit d'un acte volontaire qui ne doit pas être confondu avec une attitude de passivité qui peut résulter d'un choix délibéré dans le cadre d'une stratégie de défense. En effet

> si la perspective de comparaître devant le juge pénal est assurément de nature à inciter beaucoup d'«accusés» à se montrer accommodants, la pression qu'elle crée sur eux n'a rien d'incompatible avec la Convention: celle-ci laisse en principe aux

28 N° 9291/80, déc. 3 mai 1983.
29 *Deweer c. Belgique*, *supra* note 6, 49.
30 *Ashingdane c. Royaume-Uni*, CEDH, 28 mai 1985, série A, n° 93/57.

> Etats contractants la liberté d'ériger en infraction pénale et de poursuivre comme telle, sauf à observer les exigences des articles 6 et 7, un comportement ne constituant pas l'exercice normal de l'un des droits qu'elle protège.[31]

Cette possibilité, qui se retrouve couramment au civil (clauses contractuelles d'arbitrages) peut se rencontrer également au pénal (entre autres par les amendes de composition). Une telle renonciation, «présentant pour les intéressés comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables, ne se heurte pas en principe à la Convention».[32]

Ici aussi, comme dans d'autres domaines où le droit interne peut moduler l'application de certains principes en fonction de choix que le législateur national opère souverainement, la limitation ne saurait «restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même».[33]

Toutefois, la renonciation à l'exercice d'un droit garanti par la Convention, pour autant qu'elle soit licite, doit se trouver établie de manière non équivoque.[34] En particulier, elle ne doit pas être entachée de contrainte ce qui la rendrait non valable aux yeux de la Convention.

Si pour certains droits la renonciation est possible, par exemple en matière de publicité de la procédure,[35] la nature d'autres droits, par contre, semble s'y opposer.

La doctrine de la Commission et de la Cour en matière de renonciation semble avoir évolué vers plus de rigueur. L'on décèle notamment le souci de considérer certains droits comme revêtant un caractère absolu du fait des répercussions qu'une renonciation pourrait avoir sur la situation des intéressés.

Ainsi, dans le cas de droits de nature procédurale, une déclaration de renonciation, pour entrer en ligne de compte sous l'angle de la Convention, doit s'entourer d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité. Surtout, l'exercice d'un droit qui peut revêtir une «importance capitale», tel le droit à être jugé par un tribunal dont la composition obéisse à la loi, ne saurait «dépendre des seuls intéressés».[36] La question qui doit être résolue dans chaque cas est de savoir si une renonciation à de tels droits peut, en fonction des données de fait et de droit particulières à l'espèce, être considérée admissible au regard de la Convention à la lumière du principe de la prééminence du droit. Mais en tout cas, il faut garder à l'esprit les principes de base suivants:

31 *Deweer c. Belgique*, *supra* note 6, 51.
32 *Ibid.*, 49.
33 Voir *mutatis mutandis Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, CEDH, 13 juillet 1995, série A, n° 316-B/59.
34 *Colozza c. Italie, supra* note 4, 28.
35 *Albert et Le Compte c. Belgique*, CEDH, 10 février 1983, série A, n° 58/35.
36 *Pfeifer et Plankl c. Autriche,* CEDH, 25 février 1992, série A, n° 227/37-38.

> Le «droit à un tribunal» revêt [...] une trop grande importance dans une société démocratique pour qu'une personne en perde le bénéfice pour cela seul qu'elle a souscrit à un arrangement parajudiciaire.

Et encore

> en un domaine qui relève de l'ordre publique des Etats membres du Conseil de l'Europe, une mesure ou solution dénoncées comme contraires à l'article 6 appellent un contrôle particulièrement attentif.

De la sorte,

> une vigilance [...] apparaît indispensable lorsqu'une personne précédemment accusée attaque une transaction qui a éteint l'action publique.

Or,

> parmi les conditions à remplir figure en tout cas l'absence de contrainte; ainsi le veut un instrument international fondé sur les idées de prééminence du droit et de liberté.[37]

Les différentes garanties de l'article 6 de la Convention présupposent, on l'a vu, l'existence d'un tribunal. Ceci procède du reste d'une évidence: la fonction judiciaire est essentielle dans un Etat de droit. C'est sur les magistrats, garants naturels des droits et libertés, que repose pour l'essentiel la tâche de rendre ces mêmes droits et libertés effectifs.

Le «tribunal» dont il est question à l'article 6 paragraphe 1 de la Convention, doit offrir certaines garanties de caractère «organique». Elles seront examinées en détail dans le cadre du déroulement de la procédure dans la phase du jugement, car elles se confondent en grande partie avec celles, dynamiques, dont doit s'entourer un procès qui se veut équitable. Qu'il suffise ici de rappeler que par «tribunal» la Convention désigne un organe qui se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel: trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence. Bien évidemment, cet organe doit remplir d'autres conditions: indépendance, notamment à l'égard de l'exécutif, impartialité, durée du mandat des membres, garanties offertes par la procédure.[38]

Le droit national peut prévoir, tant en matière civile qu'en matière pénale d'ailleurs, plusieurs degrés de juridiction. Ainsi, il lui appartient de décider si et de quelle façon il convient de se doter d'une pluralité de juridiction.

En matière pénale, spécialement, l'article 6 de la Convention, en tant que tel, n'exige pas un double degré de juridiction. S'il est vrai qu'un recours sur des points de droit contre une décision de condamnation au fond est en règle générale prévu dans les Etats membres, il n'en va pas de même pour des recours portant sur des points de fait. Il en est ainsi, en matière d'arrêt des Cours d'assises, par exemple en droit français et en droit britannique.

37 *Deweer c. Belgique*, *supra* note 6, 49.
38 *Demicoli c. Malte*, *supra* note 17, 39.

Le droit à un double degré de juridiction en matière pénale se trouve garanti par ailleurs par l'article 2 du protocole n° 7 qui énonce en son paragraphe 1 le principe selon lequel «toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation».

Or, le protocole n° 7 n'a été ratifié que par dix-huit Etats parmi ceux qui ont ratifié la Convention (trente et un à ce jour). D'autre part certains gouvernements ont formulé lors de la ratification des réserves ou des déclarations interprétatives qui restreignent singulièrement la portée du droit.

Cela étant, les principes applicables généralement aux procédures d'appel et de cassation semblent être les suivants.

L'article 6 de la Convention n'astreint pas les Etats contractants à créer des cours d'appel ou de cassation. Néanmoins, «un Etat qui se dote de juridictions de cette nature a l'obligation de veiller à ce que les justiciables jouissent auprès d'elles des garanties fondamentales de l'article 6».[39]

Pour ce qui est en particulier de la phase de cassation qui porte par définition sur des questions de droit tenant à l'application correcte de la règle de droit, la jurisprudence a souligné que la procédure pénale forme un tout et doit, normalement, s'achever par une décision exécutoire.

Or, «l'instance de cassation en constitue une phase particulière dont l'importance peut se révéler capitale pour l'accusé». C'est pourquoi, «on concevrait mal qu'elle échappe à l'empire de l'article 6 paragraphe 1».[40]

Bien évidemment, la manière dont cette disposition s'applique à la procédure en cassation, de même qu'à celle en appel d'ailleurs, dépend des particularités de cette procédure.[41]

2. Durée «raisonnable» de la procédure

Aux termes de l'article 6 de la Convention, un tribunal doit statuer tant en matière civile qu'en matière pénale, dans un «délai raisonnable». Il s'agit là d'un impératif pour toutes les procédures judiciaires. Si en général, et en particulier en matière civile, la célérité que l'on requiert d'un tribunal est une exigence élémentaire qui vise à éviter une situation d'incertitude prolongée, qui peut se traduire en un déni de justice, en matière pénale, par les conséquences préjudiciables qu'elle entraîne nécessairement, le respect de cette exigence revêt une importance capitale. Toute personne poursuivie pénalement a le droit d'obtenir, dans un délai raisonnable, une décision définitive sur le bien-fondé d'une accusation pénale dirigée contre elle. L'article 6 de la Convention «a plus précisément pour objet, en matière pénale, d'obtenir que

39 *Delcourt c. Belgique, supra* note 24, 25.
40 *Ibid.*
41 *Ibid.*, 26.

les accusés ne demeurent pas pendant un temps trop long sous le coup d'une accusation et qu'il soit *décidé* sur son bien-fondé».[42]

En règle générale, une obligation que l'on peut qualifier de positive pèse en l'occurrence sur les Etats. La Convention les astreint à adopter toutes les mesures appropriées tant pour ce qui est des ressources humaines que pour les moyens d'ordre purement financiers, de manière à permettre à leurs juridictions de rendre justice avec célérité. De ce fait, l'Etat est responsable de l'ensemble de ses services,[43] et non pas uniquement de ses services judiciaires. C'est toute l'administration de l'Etat qui doit être ainsi mise au service d'une justice rapide.

En apparence, il peut paraître malaisé de donner un contenu à une notion comme celle de «délai raisonnable» qui peut se prêter à des interprétations différentes et divergentes. Comme dans d'autres domaines, la jurisprudence a essayé de tenir la balance égale entre des intérêts forcément opposés, ceux des justiciables et ceux de l'administration de l'Etat. Voici les principes en la matière.

La durée d'une procédure pénale à laquelle les organes de la Convention doivent avoir égard, commence (*dies a quo*) dès l'instant où une personne se trouve accusée «sans quoi il ne serait pas possible de statuer sur le bien-fondé de l'accusation, ce terme étant compris au sens de la Convention».[44]

Il peut s'agir toutefois «d'une date antérieure à la saisine de la juridiction de jugement, celles notamment de l'arrestation, de l'inculpation et de l'ouverture des enquêtes préliminaires».[45]

Pour ce qui est du terme final de la période (*dies ad quem*) ce terme est «le jugement statuant sur le bien-fondé de l'accusation, ce qui peut s'étendre à une décision rendue par une juridiction de recours lorsque celle-ci se prononce sur le bien-fondé de l'accusation».[46]

En règle générale, le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères suivants: la complexité de l'affaire, le comportement de l'accusé et celui des autorités compétentes.[47]

Consciente des problèmes d'organisation et de gestion de nombreux procès relatifs à des poursuites pénales d'une certaine envergure, surtout en matière de criminalité économique ou de grande criminalité, la jurisprudence

42 *Wemhoff c. Allemagne*, CEDH, 27 juin 1968, série A, n° 7/18.
43 Voir *mutatis mutandis Moreira de Azevedo c. Portugal*, CEDH, 23 octobre 1990, série A, n° 189/73.
44 *Deweer c. Belgique*, *supra* note 6, 42.
45 *Eckle c. Allemagne*, CEDH, 15 juillet 1982, série A, n° 51/73; voir aussi *Foti et autres c. Italie*, CEDH, 10 décembre 1982, série A, n° 56/52; *Corigliano c. Italie*, CEDH, 10 décembre 1982, série A, n° 57/34.
46 *Neumeister c. Autriche*, CEDH, 27 juin 1968, série A, n° 8/19; voir aussi *Eckle c. Allemagne*, *supra* note 45, 76.
47 *Kemmache c. France*, CEDH, 27 novembre 1991, série A, n° 218/60.

a pris en compte les nécessités évidentes de ménager, sinon des exceptions du moins des portes de sortie sauvegardant toutefois l'essentiel de la protection conventionnelle.

Ici aussi, c'est le «juste équilibre» qui constitue le but à atteindre. Ainsi,

> le souci de célérité ne peut dispenser les magistrats qui, dans le système de procédure pénale en vigueur sur le continent européen, ont la responsabilité de l'instruction ou de la conduite du procès, de prendre toute mesure de nature à faire la lumière sur le bien ou le mal-fondé de l'accusation.[48]

Dans certaines conditions donc, la célérité des procédures judiciaires doit céder le pas face au principe, plus général, d'une bonne administration de la justice.[49]

Il faut souligner enfin, que l'incarcération d'un accusé détenu constitue un élément à prendre en considération pour déterminer s'il a été statué dans un délai raisonnable sur le bien-fondé de l'accusation;[50] et que l'article 6 de la Convention ne demande pas une coopération active de l'accusé avec les autorités judiciaires.[51]

C. La «tolérance pénale»

De toute évidence, la «présomption d'innocence» constitue une des principales garanties d'équité du procès. Elle traduit l'idée selon laquelle tout accusé a droit à une justice indépendante et impartiale dont la tolérance d'esprit doit être la marque essentielle. Il n'est pas étonnant, par conséquent, que pareil principe de base de toute justice pénale d'un Etat de droit, au sens de la Convention, figure à l'article 6 paragraphe 2 dans une forme lapidaire: *toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.*

Tout en étant proclamée par un disposition distincte de celle qui vise l'ensemble des garanties d'un procès équitable, la présomption d'innocence s'inscrit bien dans le cadre général de garanties devant régir l'ensemble de la procédure pénale. En effet, les paragraphes 2 ou 3 de l'article 6 de la Convention «revêtent le caractère d'applications particulières du principe général énoncé au paragraphe 1». Ainsi,

> la présomption d'innocence que consacre le paragraphe 2 et les divers droits que le paragraphe 3 énumère en des termes non exhaustifs («notamment», «minimum

48 *Neumeister c. Autriche*, *supra* note 46, 21.
49 *Boddaert c. Belgique*, CEDH, 12 octobre 1992, série A, n° 235-D/39.
50 *Abdoella c. Pays-Bas*, CEDH, 25 novembre 1992, série A, n° 248-A/24.
51 *Dobbertin c. France*, CEDH, 25 février 1993, série A, n° 256-D/43; *Yagci et Sargin c. Turquie*, CEDH, 8 juin 1995, série A, n° 319-A/66; voir aussi *Eckle c. Allemagne*, *supra* note 45, 82.

rights») constituent des éléments, parmi d'autres, de la notion de procès équitable en matière pénale.[52]

Le principe de la présomption d'innocence tend à protéger l'«accusé» contre un verdict de culpabilité sans que cette dernière soit légalement établie.[53]

Il «régit l'ensemble de la procédure pénale, indépendamment de l'issue des poursuites, et non le seul examen du bien-fondé de l'accusation».[54]

Ce principe vise en premier lieu le juge appelé à statuer. De ce fait, et par certains de ses aspects, il rejoint un autre principe fondamental en matière de procès pénal: l'impartialité du juge, dont il sera question plus avant. On peut donc affirmer que le principe de la présomption d'innocence

> exige, entre autres, qu'en remplissant leurs fonctions les membres du tribunal ne partent pas de l'idée préconçue que le prévenu a commis l'acte incriminé; la charge de la preuve pèse sur l'accusation et le doute profite à l'accusé.

En outre,

> il incombe à celle-ci d'indiquer à l'intéressé de quelles charges il fera l'objet – afin de lui fournir l'occasion de préparer sa défense en conséquence – et d'offrir des preuves suffisantes pour fonder une déclaration de culpabilité.[55]

La présomption d'innocence se trouve méconnue «si, sans établissement légal préalable de la culpabilité d'un prévenu et, notamment, sans que ce dernier ait eu l'occasion d'exercer les droits de la défense, une décision judiciaire le concernant reflète le sentiment qu'il est coupable». Il peut en aller ainsi «même en l'absence de constat formel; il suffit d'une motivation donnant à penser que le juge considère l'intéressé comme coupable».[56]

La Convention exige donc que la culpabilité ait été *légalement établie*, ce qui semble impliquer un renvoi presque inconditionnel au droit interne. Celle-ci n'est toutefois pas l'interprétation qu'il faut donner à la notion de *légalement établie*. En effet, si tel était le cas,

> le législateur national pourrait à sa guise priver le juge du fond d'un véritable pouvoir d'appréciation, et vider la présomption d'innocence de sa substance. Un tel résultat ne saurait se concilier avec l'objet et le but de l'article 6 qui, en protégeant le droit de chacun à un procès équitable et notamment au bénéfice de la présomption d'innocence, entend consacrer le principe fondamental de la prééminence du droit».[57]

52 *Deweer c. Belgique*, *supra* note 6, 56; voir aussi *Minelli c. Suisse*, CEDH, 25 mars 1983, série A, n° 62/27; *Allenet de Ribemont c. France*, CEDH, 10 février 1995, série A, n° 308/35.

53 *Nölkenbockhoff c. Allemagne*, CEDH, 25 août 1987, série A, n° 123/33.

54 *Minelli c. Suisse*, *supra* note 52, 30

55 *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, CEDH, 6 décembre 1988, série A, n° 146/77.

56 *Minelli c. Suisse*, *supra* note 52, 37; voir aussi *Allenet de Ribemont c. France*, *supra* note 52, 35.

57 *Salabiaku c. France*, CEDH, 7 octobre 1988, série A, n° 141-A/28.

Il faut préciser, cependant, que le juge ne se trouve pas pour autant prisonnier d'un cadre juridique qui limiterait son autonomie de jugement notamment pour ce qui est de la prise en compte de la personnalité de l'«accusé». A cet égard, la jurisprudence a souligné que la clause contenue à l'article 6 paragraphe 2

> a trait à la déclaration de culpabilité, non à la nature ni au taux de la peine. Elle n'empêche donc pas le juge national d'avoir égard, en se prononçant sur la sanction à infliger à un accusé qu'il a régulièrement convaincu de l'infraction soumise à son verdict, à des éléments relatifs à la personnalité de l'intéressé.[58]

Quelques situations particulières examinées par la jurisprudence sont révélatrices de l'état d'esprit des organes de la Convention par rapport au respect d'un principe que l'on reconnaît, à juste titre, comme fondamental et qui ne tolère aucun écart, fût-ce que par le biais de décisions accessoires.

Il en est ainsi par exemple de certaines décisions qui mettent fin aux poursuites tout en refusant à l'accusé le remboursement des frais occasionnés.

Dans ce cas, s'il est vrai que ni l'article 6 paragraphe 2 ni aucune autre clause de la Convention ne donne à l'«accusé» un droit au remboursement de ses frais dans l'hypothèse d'une clôture des poursuites engagées contre lui,[59]

> une décision refusant à un «accusé», après l'arrêt des poursuites [...] une réparation pour détention provisoire, peut soulever un problème sous l'angle de l'article 6 paragraphe 2 si des motifs indissociables du dispositif [...] équivalent en substance à un constat de culpabilité sans établissement légal préalable de celle-ci.[60]

La jurisprudence a donné au principe de la présomption d'innocence un sens qui dépasse l'aspect purement processuel. La présomption ne vise pas seulement le juge pénal; sa portée est plus étendue. A cet égard, la Commission a eu l'occasion de s'exprimer ainsi:

> le principe fondamental que consacre cet article (l'article 6 paragraphe 2) garantit à tout individu que les représentants de l'Etat ne pourront pas le traiter comme coupable d'une infraction avant qu'un tribunal compétent ne l'ait établi selon la loi. Il peut donc y avoir violation de l'article 6 paragraphe 2 lorsque des magistrats déclarent qu'une personne est coupable d'une infraction sans qu'un tribunal n'en ait ainsi décidé. Il ne s'ensuit évidemment pas que les autorités doivent s'abstenir d'informer le public des enquêtes pénales en cours. Elles ne méconnaissent pas l'article 6 paragraphe 2 en déclarant qu'il existe des soupçons, que certaines personnes ont été arrêtées, qu'elles ont fait des aveux, etc. Ce qui, par

58 *Engel et autres c. Pays-Bas, supra* note 15, 90.
59 *Lutz c. Allemagne* , CEDH, 25 août 1987, série A, n° 123/59.
60 *Englert c. Allemagne*, CEDH, 25 août 1987, série A, n° 123/37; *Nölkenbockhoff c. Allemagne*, *supra* note 53, 37; *Sekanina c. Autriche*, CEDH, 25 août 1993, série A, n° 266-A/26.

contre, doit être exclu, c'est une déclaration formelle qu'une personne est coupable.[61]

Cette interprétation a permis d'étendre considérablement une garantie considérée jusque là éminemment «judiciaire», car ne visant en fait que le juge, et singulièrement le juge appelé à trancher le fond. Cette façon d'interpréter le principe de la présomption d'innocence a été entérinée par la Cour qui a confirmé qu'«une atteinte à la présomption d'innocence peut émaner non seulement d'un juge ou d'un tribunal mais aussi d'autres autorités publiques».[62]

Bien évidemment, cela ne saurait empêcher les autorités de renseigner le public sur des enquêtes pénales en cours. Ce que l'article 6 paragraphe 2 requiert toutefois est qu'elles «le fassent avec toute la discrétion et toute la réserve que commande le respect de la présomption d'innocence».[63]

II. Le déroulement de la procédure: la phase avant jugement

A. Les prémisses

1. Déclenchement de l'action pénale et information de l'intéressé

Le déclenchement de l'action pénale, qui constitue le point de départ de toute procédure, doit s'entendre dans un sens très large incluant tout reproche fait à un justiciable par une autorité publique d'avoir accompli une infraction pénale. A partir de là, l'«accusé» se voit reconnaître une série de droits énumérés à titre indicatif, et non exhaustif, au paragraphe 3 de l'article 6 de la Convention. Ces droits constituent des éléments, parmi d'autres, de la notion de procès équitable en matière pénale.[64]

Les garanties énoncées à l'article 6 paragraphe 3 ne sont donc pas un but en elles-mêmes: elles doivent, en conséquence, être interprétées à la lumière de la fonction qu'elles remplissent dans le contexte général de la procédure.[65]

Dans le cadre de poursuites pénales, l'information, constituée par l'acte d'accusation, joue un rôle déterminant. A compter de sa signification, l'accusé est officiellement avisé de la base juridique et factuelle des reproches formulés contre lui. Elle doit en outre être portée à la connaissance de l'intéressé «dans le plus court délai».

61 Décision *Krause*, DR 13/73.
62 *Allenet de Ribemont c. France*, *supra* note 52, 36.
63 *Ibid.*, 38.
64 *Deweer c. Belgique*, *supra* note 6, 56; même principe *Colozza c. Italie*, *supra* note 4, 26; voir aussi *Granger c. Royaume-Uni*, CEDH, 28 mars 1990, série A, n° 174/43.
65 Comm DH, Avis *Can c. Autriche*, 30 septembre 1985, série A, n° 96/48.

Cette information doit porter à la fois sur les faits matériels mis à la charge de l'accusé qui sont à l'origine de son inculpation, que sur leur qualification juridique.[66] Tout cela amène à considérer qu'en matière pénale une information précise et complète des charges pesant contre un accusé, et donc de la qualification juridique que la juridiction pourrait retenir à son encontre, est une condition essentielle de l'équité de la procédure.[67]

Afin d'éviter qu'un accusé non familier de la langue employée par le tribunal puisse se trouver désavantagé, il faut lui communiquer une traduction de l'acte d'accusation dans une langue qu'il comprenne. Dans ce contexte, les exigences de l'article 6 paragraphe 3 a de la Convention peuvent être ainsi résumées. Cette disposition reconnaît à tout accusé le droit à «être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui». S'il ne spécifie pas qu'il échoit de fournir ou traduire par écrit à un inculpé étranger les enseignements pertinents, il montre la nécessité de mettre un soin extrême à notifier l'«accusation» à l'intéressé.

L'acte d'accusation joue un rôle déterminant dans les poursuites pénales: à compter de sa signification, l'inculpé est officiellement avisé par écrit de la base juridique et factuelle des reproches formulés contre lui. Un accusé non familier de la langue employée par le tribunal peut en pratique se trouver désavantagé si on ne lui délivre pas aussi une traduction de l'acte d'accusation, établie dans un idiome qu'il comprenne.[68]

2. Enquêtes préliminaires, instruction et droits de la défense

L'«information» portant sur une possible accusation ne constitue pas un acte isolé, visant simplement à faire connaître l'existence de poursuites pénales. Tout au contraire, un lien subtil mais ferme unit cette phase de la procédure aux phases successives. La connaissance par l'intéressé de ce qui peut lui être reproché conditionne toute la procédure ultérieure et notamment l'exercice effectif des droits de la défense. C'est pourquoi, aviser quelqu'un des poursuites intentées à sa charge constitue «un acte juridique d'une telle importance qu'il doit répondre à des conditions de forme et de fond propres à garantir l'exercice effectif des droits de l'accusé». Et l'on a pris soin de préciser qu'«une connaissance vague et non officielle ne saurait suffire».[69]

Les obligations qui découlent de l'article 6 de la Convention dans son ensemble astreignent dès lors les Etats contractants à des mesures positives.

66 Comm DH, Avis *Chichlian et Ekindjian c. France*, 28 novembre 1989, série A, n° 162-B/50.
67 *Ibid.*
68 *Kamasinski c. Autriche*, *supra* note 10, 79.
69 *Tripodi c. Italie*, CEDH, 22 février 1994, série A, n° 281-B/28.

Celles-ci

> consistent notamment à informer l'accusé, dans le plus court délai, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui, à lui accorder le temps et les facilités voulues pour préparer sa défense, à lui assurer le droit de se défendre, lui-même ou avec l'assistance d'un conseil, et à lui permettre d'interroger ou faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge.[70]

L'on s'est longtemps interrogé en doctrine si et dans quelles mesures l'article 6 de la Convention s'applique aux phases préparatoires de la procédure, vu la rédaction de cette disposition qui semble mettre l'accent sur la phase au cours de laquelle il est décidé du bien-fondé de l'accusation. Si, comme le reconnaît justement la jurisprudence, l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un «tribunal» compétent pour décider du «bien-fondé de l'accusation», rien n'indique que cette disposition doive se désintéresser de toutes les phases, au cours de l'enquête préliminaire ou de l'instruction, qui se déroulent avant la procédure de jugement[71] et qui peuvent avoir des conséquences déterminantes sur le contenu du jugement. Ce d'autant que l'exigence d'équité doit, si elle veut être effective, s'appliquer à l'ensemble de la procédure et ne doit pas se limiter aux audiences contradictoires proprement dites. Dans ses premières énonciations, la Commission avait déjà dégagé ce principe; la justesse de cette interprétation se trouve confortée d'ailleurs par la jurisprudence plus récente de la Cour.

Une application trop rigide des principes du procès équitable à une phase préparatoire où une certaine souplesse doit être de mise, pourrait néanmoins conduire à des pesanteurs voire à des blocages susceptibles d'être amplifiés par le formalisme parfois excessif de la procédure pénale nationale.

De ce fait, il a été reconnu que

> les modalités de l'application de l'article 6 paragraphes 1 et 3(c) durant l'instruction dépendent des particularités de la procédure et des circonstances de la cause; pour savoir si le résultat voulu par l'article 6 – un procès équitable – a été atteint, il échoit de prendre en compte l'ensemble des procédures internes dans l'affaire considérée.[72]

B. La privation de liberté avant jugement

Un des buts principaux de la Convention est de protéger la liberté et la sûreté de la personne contre des arrestations et détentions arbitraires.[73] Or, il arrive fréquemment que, dans le cadre de poursuites pénales et même avant qu'un

70 *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, *supra* note 55, 78.
71 *Imbrioscia c. Suisse*, CEDH, 24 novembre 1993, série A, n° 275/36.
72 *Ibid.*, 38.
73 *Lawless c. Irlande*, *supra* note 3, 14.

jugement au fond ne soit rendu, l'accusé puisse être privé de liberté en fonction de certaines exigences liées à la conduite de la procédure et en vue de protéger l'ordre public.

La privation de liberté qui en résulte, pour autant qu'elle se range dans un contexte pénal, est traitée par un article distinct de celui qui concerne le déroulement du procès, à savoir l'article 5 de la Convention.

L'article 5 de la Convention vaut pour toute «personne». Tout individu «en liberté ou détenu, a droit à sa protection, c'est-à-dire à ne pas être ou rester privé de sa liberté, sauf dans le respect des exigences du paragraphe 1, et, s'il se voit arrêté ou détenu, à bénéficier des diverses garanties des paragraphes 2 à 5 dans la mesure où elles entrent en ligne de compte».[74]

Reflet du *favor libertatis* qui imprègne la Convention, l'article 5 de la Convention dresse une liste limitative des hypothèses de privation de liberté, liste qui appelle une interprétation étroite.[75]

Ce que vise l'article 5 de la Convention lorsqu'il proclame le droit à la liberté, est la liberté individuelle dans son acception classique, c'est-à-dire la liberté physique de la personne.[76] Or, les hypothèses énumérées au paragraphe 1 de l'article 5 de la Convention ne concernent pas les simples restrictions à la liberté de circuler, visées elles à l'article du protocole n° 4.[77]

Selon la jurisprudence,

> pour déterminer si un individu se trouve «privé de liberté» au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée.[78]

C'est donc la prise en compte de l'ensemble de ces éléments, par rapport à la situation spécifique dans laquelle se trouve l'intéressé qui conduira les organes de la Convention à estimer que, dans un cas donné, c'est bien de privation de liberté qu'il s'agit.

Les organes de la Convention ont rappelé à de nombreuses reprises l'importance que le droit à la liberté revêt dans une «société démocratique», au sens de la Convention. Dans une matière qui relève de l'ordre public au sein du Conseil de l'Europe – ont-elles précisé – un contrôle scrupuleux de toute mesure pouvant y porter atteinte est commandé dans tous les cas.[79]

Il s'ensuit tout naturellement – comme l'exige d'ailleurs le respect du principe de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique – que les éventuelles atteintes de l'exécutif au droit

74 *Weeks c. Royaume-Uni*, CEDH, 2 mars 1987, série A, n° 114/40.
75 *Ciulla c. Italie*, CEDH, 22 février 1989, série A, n° 148/41.
76 *Engel et autres c. Pays-Bas*, *supra* note 15, 58.
77 *Guzzardi c. Italie*, CEDH, 6 novembre 1980, série A, n° 39.
78 *Ibid.*
79 *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, CEDH, 18 juin 1971, série A, n° 12/65.

individuel à la liberté, garanti par l'article 5 de la Convention doivent faire l'objet, en droit interne, d'un contrôle judiciaire.[80] L'autorité judiciaire nationale est ainsi érigée en première et véritable gardienne des libertés.

1. «légalité» et «régularité»

Pour qu'une privation de liberté cadre avec la Convention, elle doit d'abord répondre à un double critère: la légalité de la privation doit d'abord être légale selon le droit interne; elle doit de surcroît être régulière, c'est-à-dire conforme au but prévu par l'hypothèse visée dans la liste limitative visée au paragraphe 1. A la vérité, dans la jurisprudence, surtout dans celle de la Cour, le critère de la «régularité» semble englober celui de la stricte «légalité».

Selon la Cour, la Convention requiert d'abord la «régularité» de la détention, y compris l'observation des voies légales. En la matière, la Convention renvoie pour l'essentiel à la législation nationale «mais elle commande de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5: protéger l'individu contre l'arbitraire».[81]

Deux sont les hypothèses de privation de liberté s'inscrivant dans un cadre strictement pénal; l'une pouvant se produire en amont, au tout début ou au cours de la procédure – la détention dite provisoire – l'autre en aval, à la suite d'une condamnation. Nous ne traiterons que de la première de ces hypothèses, car la détention qui suit une condamnation s'inscrit dans le cadre de l'exécution pénale, non visée d'ailleurs par l'article 6 de la Convention.

La privation de liberté dont il sera question est prévue par l'article 5 paragraphe 1(c) qui autorise des privations de liberté ordonnées exclusivement dans le cadre d'une procédure pénale.[82]

Ces privations toutefois, ne peuvent être décidées que dans un but bien précis, c'est-à-dire, comme le prévoit la Convention, en vue de conduire l'intéressé «devant l'autorité judiciaire compétente». On ne saurait donc interpréter le paragraphe 1(c) de l'article 5 de la Convention sans le rapprocher du paragraphe 3 du même article avec lequel il forme un tout. Il en résulte clairement

> l'obligation de traduire devant un juge – soit en vue de l'examen du problème de la privation de liberté, soit en vue d'un jugement sur le fond – toute personne arrêtée ou détenue dans les conditions visées au paragraphe 1er litt. c dans toutes les hypothèses.[83]

80 *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, CEDH, 26 mai 1993, série A, n° 258-B/48.
81 *Quinn c. France*, CEDH, 22 mars 1995, série A, n° 311/47.
82 *Ciulla c. Italie, supra* note 75, 38.
83 *Lawless c. Irlande, supra* note 3, 14.

Une détention, ne fût-ce que provisoire, implique toutefois que des motifs sérieux doivent la sous-tendre. La Convention exige que seules des *raisons plausibles de soupçonner* un individu d'avoir, par exemple, commis une infraction pénale peuvent la justifier. La *plausibilité* des soupçons constitue donc un élément essentiel de la protection conventionnelle contre des privations de libertés arbitraires. D'où le principe selon lequel

> l'existence de soupçons plausibles présuppose celle des faits ou renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction. [84]

Ce qui peut passer pour «plausible» dépend toutefois de l'ensemble des circonstances.

La lutte contre la grande criminalité et la criminalité terroriste a placé les organes de la Convention devant des choix, parfois délicats, entre respect des droits individuels et protection de la collectivité. Ainsi, l'on ne saurait invoquer l'existence de raisons plausibles de soupçonner des individus d'être situés dans la mouvance d'organisations criminelles pour mener une politique de prévention générale dirigée des personnes qui se révèlent dangereuses par leur propension permanente à la délinquance. Ce qu'autorise la Convention est de permettre aux Etats de mettre en œuvre des moyens en vue «d'empêcher une infraction concrète et déterminée». [85]

Pour ce qui est de la criminalité terroriste en particulier qui selon la jurisprudence elle-même se range dans une «catégorie spéciale», il a été reconnu qu'en matière de privation de liberté l'on ne saurait exiger la même précision et la même fiabilité qui sont de mise pour justifier une privation de liberté dans un contexte de criminalité ordinaire. Ce qui est exigé, toutefois, est que les mesures prises pour parer à ce fléau ne portent pas atteinte à la substance de la garantie offerte par la Convention même si l'on reconnaît que «devant le risque de souffrances et de perte de vies humaines dont elle s'accompagne, la police est forcée d'agir avec la plus grande célérité pour exploiter ses informations, y compris celles qui émanent de sources secrètes» et qu'elle se trouve souvent contrainte d'«arrêter un terroriste présumé sur la base de données fiables mais que l'on ne peut révéler au suspect, ou produire en justice à l'appui d'une accusation, sans en mettre en danger la source ». [86]

Ainsi, l'on ne saurait demander aux Etats qui luttent contre pareille criminalité «d'établir la plausibilité des soupçons motivant l'arrestation d'un terroriste présumé en révélant les sources confidentielles des informations recueillies à l'appui, ou même des faits pouvant aider à les repérer ou identifier», bien qu'il leur incombe, toutefois, de fournir au moins certains faits ou

84 *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, CEDH, 30 août 1990, série A, n° 182/32.
85 *Guzzardi c. Italie*, *supra* note 77, 102.
86 *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, *supra* note 84, 32.

renseignements propres à convaincre un observateur objectif «qu'il existait des motifs plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir commis l'infraction alléguée».[87]

En ce qui concerne le contenu des soupçons autorisant une garde à vue ou une détention provisoire, trois sont les cas de figure envisagés par la Convention: la commission d'une infraction; l'existence de motifs raisonnables de croire à la nécessité d'empêcher la commission d'une infraction; le danger de fuite de l'auteur présumé de l'infraction ou de la tentative d'infraction. Nous examinerons la pertinence de chacun de ces motifs dans la cadre de l'examen de la pertinence des motifs justifiant la prolongation d'une détention provisoire.

Qu'il suffise de rappeler, d'emblée, que la persistance des soupçons ayant justifié à l'origine la détention est une condition *sine qua non* de la régularité du maintien de l'intéressé en détention.[88] Il est cependant évident que les soupçons à la base d'une détention «ne doivent pas être du même niveau que ceux nécessaires pour justifier une condamnation ou même pour porter une accusation, ce qui intervient dans la phase suivante de la procédure de l'enquête pénale».[89]

Par ailleurs, l'absence d'inculpation et de renvoi en jugement à la suite d'une poursuite n'implique pas nécessairement que la privation de liberté ordonnée en amont de la procédure n'ait pas poursuivi un objectif conforme à la Convention. L'existence d'un tel but «doit s'envisager indépendamment de sa réalisation et l'alinéa (c) de l'article 5 paragraphe 1 ne présuppose pas que la police ait rassemblé des preuves suffisantes pour porter des accusations, soit au moment de l'arrestation, soit pendant la garde à vue».[90]

2. *Les garanties spécifiques en matière de privation de liberté: garde à vue et habeas corpus*

Comme on l'a vu, la privation de liberté, même dans un contexte pénal, doit s'entourer de garanties spécifiques destinées à limiter au maximum le risque d'arbitraire. De la structure et du texte même de l'article 5 de la Convention transparaît plus qu'une méfiance à l'endroit de tout ce qui peut atteindre l'individu dans sa liberté personnelle. Ce que la Convention a voulu conjurer est ce qui constitue un véritable danger, redoutable et redouté, qui pèse sur tout un chacun, d'une privation de liberté qui se révélerait par la suite arbitraire. Et c'est précisément ce que la jurisprudence vise à éviter par l'élaboration de règles aussi détaillées qu'opiniâtres, même si elles peuvent paraître à certains excessives ou par trop formalistes.

87 *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, *supra* note 84, 34.
88 *Stögmüller c. Autriche*, CEDH, 10 novembre 1969, série A, n° 9/4.
89 *Murray c. Royaume-Uni*, CEDH, 28 octobre 1994, série A, n° 300-A/55.
90 *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, CEDH, 29 novembre 1988, série A, n° 145-B/53.

La première de ces garanties spécifiques destinées à protéger la liberté personnelle consiste dans l'obligation qui pèse sur les autorités judiciaires ou de police, d'informer celui qui est privé de liberté des raisons pour lesquelles il a été arrêté.

Le but de cette garantie est clair: toute personne arrêtée ou détenue doit savoir pourquoi. Intégrée au système de protection qu'offre l'article 5 de la Convention, elle oblige à signaler à l'intéressé, dans une langage simple et accessible, les raisons juridiques et factuelles de la privation de liberté afin qu'il puisse exercer le droit d'en faire contrôler la légalité comme le prévoit le paragraphe 4 de l'article 5 de la Convention. Ces renseignements doivent être fournis «dans le plus court délai» mais l'autorité de police qui procède à l'arrestation peut ne pas les fournir en entier sur-le-champ.[91]

Le lien étroit entre information et possibilité de faire contrôler la légalité de la détention a été particulièrement mis en exergue. En effet celui qui a été privé de liberté a le droit d'introduire un recours en vue d'une décision rapide sur la légalité de sa détention. Or, cette personne «ne saurait s'en prévaloir efficacement si on ne lui révèle pas dans le plus court délai, et à un degré suffisant, les faits et les règles juridiques invoqués pour le priver de sa liberté».[92]

La vérification juridictionnelle de la légalité d'une détention ordonnée dans un cadre pénal obéit à des règles quelque peu différentes de celles qui s'appliquent en général à toute privation de liberté. Aussi le contrôle peut-il se trouver englobé dans la décision judiciaire initiale qui a ordonné la détention, car dans cette dernière hypothèse «le contrôle voulu par l'article 5 paragraphe 4 se trouve incorporé à la décision».[93]

La doctrine de l'incorporation du contrôle n'évite toutefois pas tout contentieux dans le cadre strictement pénal, bien qu'elle le limite dans une grande mesure compte tenu des garanties prévues au paragraphe 3 de l'article 5 de la Convention.[94]

Quant aux conditions devant présider à la vérification de légalité, la Convention prévoit qu'un recours doit être ouvert, non devant n'importe quelle autorité, mais devant un *tribunal* qui puisse ordonner la libération en cas de détention illégale.[95]

La voie de recours dont il doit s'agir doit exister avec un degré suffisant de certitude pour fournir à l'individu concerné une protection appropriée contre une privation arbitraire de liberté.[96]

91 *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, *supra* note 84, 40.
92 *X c. Royaume-Uni*, CEDH, 5 novembre 1981, série A, n° 46/66.
93 *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, *supra* note 79, 76.
94 Voir *infra* pages 95 et 96.
95 *Weeks c. Royaume-Uni*, *supra* note 74, 61.
96 Voir *mutatis mutandis E. c. Norvège*, CEDH, 29 août 1990, série A, n° 181-A/60.

En ce qui concerne la notion de tribunal, la doctrine, en particulier celle de la Cour, semble avoir évoluée. Ainsi non seulement l'autorité appelée à statuer doit avoir un caractère judiciaire, c'est-à-dire être indépendante du pouvoir exécutif comme des parties en cause.[97]

Elle doit de surcroît offrir des garanties qui sont celles en principe d'une procédure judiciaire. En effet, bien que les instances judiciaires ne doivent pas toujours s'accompagner de garanties identiques à celles que l'article 6 prescrit pour les phases ultérieures du contentieux pénal, «encore faut-il que l'intéressé ait accès à un tribunal et l'occasion d'être entendu lui-même au besoin moyennant une certaine forme de représentation».[98] Parmi les garanties irréductibles de procédure figure le respect du principe de l'égalité des armes, «l'une des principales sauvegardes inhérentes à une instance de caractère judiciaire au regard de la Convention».[99]

C'est ainsi, par exemple, qu'il importe d'assurer une égalité pour ce qui est de la connaissance des pièces de la procédure même s'il ne s'agit que de demandes de mise en liberté, car il existe un lien étroit entre l'appréciation de la nécessité de la détention et celle – ultérieure – de la culpabilité. Refuser en pareil cas la communication de pièces du dossier répressif peut se révéler contraire à l'article 5 paragraphe 4 de la Convention.[100]

La nature même d'une détention par définition «provisoire» appelle un contrôle devant s'opérer à de brefs intervalles car pareille détention, dans l'optique de la Convention, doit avoir une durée strictement limitée «parce que fondée pour l'essentiel sur les besoins d'une instruction à mener avec célérité».[101]

Par ailleurs, en matière de détention provisoire il existe un certain chevauchement entre les garanties particulières à une des phases plus délicates de la détention – celle de la garde à vue – et la garantie, plus générale, d'un contrôle judiciaire devant porter sur la *nécessité* du maintien en détention.

Quoi qu'il en soit, la procédure en vertu de laquelle un individu a été devant l'*autorité judiciaire compétente* (paragraphe 3 de l'article 5 de la Convention), peut avoir une certaine incidence quant au respect du principe du contrôle de *légalité visé* au paragraphe 4 de l'article 5 de la Convention. Si, par exemple, le recours formé sur le champ par l'intéressé, c'est-à-dire au moment même où il est privé de liberté, aboutit à une décision d'un tribunal ordonnant ou confirmant, la privation de liberté, alors le contrôle judiciaire

97 *Neumeister c. Autriche* , *supra* note 46, 24.
98 *Megyeri c. Allemagne*, CEDH, 12 mai 1992, série A, n° 237-A/22.
99 *Kampanis c. Grèce* , CEDH, 13 juillet 1995, série A, n° 318-B.
100 *Lamy c. Belgique* ,CEDH, 30 mai 1989, série A n° 151/29.
101 *Bezicheri c. Italie*, CEDH, 25 octobre 1989, série A, n° 164/21.

de légalité voulu par l'article 5 paragraphe 4 de la Convention «se trouve incorporé à ladite décision».[102]

Cela étant, l'aspect le plus contraignant du contrôle judiciaire portant sur la *légalité* de la détention paraît résider dans une exigence, formelle certes, mais qui reflète assez bien la méfiance de la Convention vers tout ce qui représente une privation de liberté avant jugement.

Il s'agit de l'exigence du *bref délai* dans lequel le tribunal est tenu de répondre aux demandes, en général de mise en liberté, qui lui sont présentées.

Comme pour la notion voisine du *délai raisonnable* dont il est question aux articles 5 paragraphe 3 et 6 paragraphe 1 de la Convention, la notion de *bref délai* ne peut se définir *in abstracto*, mais doit s'apprécier à la lumière des circonstances de chaque affaire.[103]

Le but que vise à atteindre cette expression est, pour quiconque se trouve privé de liberté, de pouvoir obtenir, avec une relative célérité, une décision judiciaire mettant fin à la privation de liberté si elle se révèle illégale.[104]

La jurisprudence fait montre d'une relative sévérité à l'égard d'arguments qui, pour justifier des laps de temps ne cadrant de toute évidence pas avec la notion de *bref délai*, font état d'un engorgement du rôle et de l'insuffisance alléguée du nombre de magistrats.

Les organes de Strasbourg ne cessent de répéter à ce sujet que la Convention astreint les Etats contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre à ses diverses exigences, de sorte qu'il incombe aux autorités judiciaires d'adopter les arrangements pratiques voulus pour assurer un traitement diligent des questions urgentes, comme c'est le cas lorsqu'il y va de la liberté d'un individu.[105]

La détention avant jugement peut, en fait, concerner deux situations distinctes. La première a trait à une arrestation opérée par la police en vue de pouvoir mener une enquête destinée éventuellement à rassembler des éléments de preuve suffisants à justifier une mise en examen. La deuxième situation vise une détention qui suit la présentation de l'intéressé au juge lequel décide de prendre à son encontre une mesure de privation de liberté au titre d'une détention provisoire. Le but étant de pouvoir garder l'intéressé à la disposition des autorités judiciaires pour la suite de l'enquête ou de l'instruction.

102 *De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas*, CEDH, 22 mai 1984, série A, n° 77/57.
103 Voir, *mutatis mutandis, Sanchez-Reisse c. Suisse*, CEDH, 21 octobre 1986, série A, n° 107/55.
104 Voir *mutatis mutandis Van der Leer c. Pays-Bas*, CEDH, 21 février 1990, série A, n° 170-A/35.
105 *E. c. Norvège*, *supra* note 96, 66.

Comme on l'a vu, l'idée sous-jacente à l'ensemble des garanties édictées à l'article 5 de la Convention est bien de protéger l'individu contre les atteintes arbitraires de la liberté. Or, le fait de soumettre toute privation de liberté ordonnée dans un contexte pénal au contrôle immédiat d'un juge ou d'un magistrat exerçant des fonctions judiciaires, comme le prévoit expressément l'article 5 paragraphe 3 de la Convention, constitue un élément essentiel afin d'éviter que pareilles atteintes puissent se produire.[106]

La *garde à vue*, qui peut constituer la première forme d'une privation de liberté, est le fait des autorités de police. L'article 5 paragraphe 3 de la Convention exige dans ce cas que l'intéressé soit *traduit, aussitôt*, devant un juge ou autre magistrat exerçant des fonctions judiciaires.

L'intervention dans la procédure de l'autorité judiciaire doit être automatique: la personne arrêtée doit être *physiquement conduite* devant pareille autorité. La disposition en question vise donc à «assurer un contrôle judiciaire rapide et automatique d'une détention ordonnée par la police ou l'administration dans les conditions du paragraphe 1(c)». Le libellé du paragraphe 3 lu à la lumière de son objet et de son but, «rend manifeste l''exigence de procédure' qui s'en dégage: le 'juge' ou 'magistrat' doit entendre l'intéressé et prendre la décision appropriée».[107]

L'autorité appelée à contrôler la légalité d'une garde à vue peut ne pas être un juge, au sens strict du terme, bien qu'elle doive néanmoins «exercer des fonctions judiciaires». L'expression dont se sert le paragraphe 3 de l'article 5 de la Convention englobe donc les magistrats du parquet comme ceux du siège.[108]

En tout état de cause, cette autorité doit, pour répondre aux critères de la Convention, satisfaire à certaines conditions.

La première condition réside dans *l'indépendance* à l'égard de l'exécutif et des parties. Toutefois, cette condition ne s'oppose pas à ce que le juge dont il s'agit puisse être subordonné à d'autres juges ou magistrats pourvu que ces derniers jouissent eux-mêmes d'une indépendance analogue à celle dont jouit le premier.

S'y ajoutent une exigence de procédure et une de fond. A la charge du *magistrat*, la première comporte l'obligation «d'entendre personnellement l'individu traduit devant lui; la seconde, celle d'examiner les circonstances qui militent pour ou contre la détention» et «de se prononcer selon des critères juridiques sur l'existence de raisons la justifiant et, en leur absence, d'ordonner l'élargissement».[109]

106 *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, *supra* note 90, 58.
107 *Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe c. Pays-Bas*, CEDH, 22 mai 1984, série A, n° 78/46.
108 *Schiesser c. Suisse*, CEDH, 4 décembre 1979, série A, n° 34/28.
109 *Ibid.*, 31.

Ce qui est toutefois exclu est que l'impartialité de l'autorité dont émane la décision de privation de liberté puisse paraître sujette à caution. Tel est assurément le cas si cette autorité peut être appelée à remplir d'autres fonctions, par exemple «intervenir dans la procédure pénale ultérieure en qualité de partie poursuivante»,[110] en tant que membre du parquet.

C'est bien une confusion des rôles pouvant affecter l'égalité des armes que l'on a voulu éviter, en prévoyant une nette séparation entre l'autorité chargée de se prononcer sur l'opportunité de la mise en détention et celle appelée à poursuivre l'enquête sur l'infraction qui est reprochée à l'intéressé.

La rigueur de ce principe, qui conduit à séparer les autorités chargées de l'enquête de celles qui exercent un contrôle quant à la privation de liberté, a été atténuée par la jurisprudence. Ainsi, pour décider s'il y a confusion des rôles, et donc atteinte au principe d'égalité, seules entrent en ligne de compte les *apparences objectives* existant à la date où est prise la décision sur la détention.

Ce sont donc les apparences, et les doutes que pareille situation peut inspirer à celui qui a été privé de liberté, qui constituent en l'occurrence les aspects déterminants pour conclure le cas échéant à la violation de la Convention.[111] Il y a une certaine ressemblance entre cette situation et celle qui concerne l'impartialité du tribunal, appelé à statuer sur le bien-fondé de l'accusation: dans les deux cas la Convention exige que l'autorité judiciaire témoigne de la même impartialité objective.

L'article 5 paragraphe 3 de la Convention est muet en ce qui concerne les exigences en matière de procédure qui doivent entourer la décision de privation de liberté.

La jurisprudence a comblé cette lacune en prévoyant, on l'a vu, que l'autorité compétente doit entendre personnellement l'intéressé. Ce sont à la fois la *présentation physique* de celui-ci à celle-là et l'*oralité de la procédure* les deux principes de base qui doivent s'appliquer à cette procédure qui, par la force des choses, doit être rapide et ne pas s'encombrer de formalités superflues. Bien que celle-ci ne doive pas nécessairement être calquée sur les principes devant régir une procédure se déroulant devant un juge, elle exige néanmoins qu'elle revête un caractère judiciaire.[112] Ainsi, la procédure doit s'entourer d'un minimum de garanties en matière de droits de la défense, par exemple.

L'exigence de célérité qui doit être de mise pour la présentation de l'intéressé devant une autorité judiciaire est particulièrement stricte et ne tolère qu'un laps de temps limité se chiffrant en heures. La seule exception à la règle du contrôle immédiat est celle résultant de l'élargissement de l'intéressé

110 *Huber c. Suisse*, CEDH, 23 octobre 1990, série A, n° 188/43.
111 *Brincat c. Italie*, CEDH, 26 novembre 1992, série A, n° 249-A/21.
112 *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, *supra* note 30, 58.

aussitôt après avoir été arrêté, avant donc qu'un contrôle judiciaire n'ait pu avoir lieu.[113]

L'adverbe *aussitôt*, figurant au paragraphe 3 de l'article 5 de la Convention, évoque ainsi l'idée d'imminence et fait peser sur l'Etat une obligation précise: celle d'adapter le système juridique – et modifier éventuellement les dispositions pertinentes du code de procédure pénale – de façon à ce que les dispositions légales applicables cadrent avec l'exigence d'un contrôle rapide et automatique de toute privation de liberté ordonnée dans un contexte pénal.

Il est vrai qu'il faut tenir compte, dans une certaine mesure, des circonstances particulières de chaque espèce. Toutefois,

> si la célérité s'apprécie suivant les particularités de chaque cause, le poids à leur accorder ne saurait jamais aller jusqu'à porter atteinte à la substance du droit protégé par l'article 5 paragraphe 3, c'est-à-dire jusqu'à dispenser en pratique l'Etat d'assurer un élargissement rapide ou une prompte comparution devant une autorité judiciaire.[114]

Des difficultés particulières d'interprétation ont surgi pour ce qui est de la répression des infractions terroristes. En règle générale, il a été reconnu que la recherche des infractions terroristes place sans nul doute les autorités nationales devant des problèmes particuliers. Sous réserve de l'existence de garanties suffisantes, le contexte du terrorisme

> a pour effet d'augmenter la durée de la période pendant laquelle les autorités peuvent, sans violer l'article 5 paragraphe 3, garder à vue un individu soupçonné de graves infractions terroristes avant de le traduire devant un juge ou un «autre magistrat» judiciaire.[115]

On a vu que le souci constant de la jurisprudence est de prévoir des garde-fous contre un usage arbitraire des pouvoirs conférés à l'exécutif en matière de privation de liberté. Pour parer à ce danger, il a été prévu le contrôle automatique de toute privation de liberté par une autorité remplissant des fonctions judiciaires. Ce qui n'empêche pas qu'un certain chevauchement se produise entre la garantie visée au paragraphe 3 de l'article 5 de la Convention et celle contenue au paragraphe 4 de cette disposition et dont il a déjà été question.

En effet, alors que le paragraphe 3 prévoit la comparution immédiate de toute personne privée de liberté, le paragraphe 4 exige qu'un tribunal doive se prononcer – sur recours de l'intéressé et à bref délai – sur la légalité de la détention. Quelles sont donc les rapports entre ces deux garanties?

113 *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, *supra* note 90, 58.
114 *Koster c. Pays-Bas*, CEDH, 28 novembre 1991, série A, n° 221/24; même principe *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, *supra* note 90, 59.
115 *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, *supra* note 90, 61.

La doctrine de l'«incorporation» du contrôle, élaborée par la Cour, semble, à première vue, avoir vidé de son importance cette deuxième garantie.

Lorsqu'en amont, c'est bien une autorité judiciaire qui a décidé de l'arrestation ou de la détention, elle est réputée avoir du même coup procédé également à la vérification juridictionnelle de la légalité de cette mesure.

3. Durée de la détention provisoire

Le contentieux relatif à l'article 5 de la Convention est dominé par l'ampleur de celui qui a trait à la durée de la détention provisoire. Il en a résulté une jurisprudence variée et riche et dont la densité recèle un grand principe souvent proclamé, mais tout aussi souvent méconnu dans les faits: la liberté personnelle doit être la règle; la privation de liberté avant jugement la stricte exception.

Il y va d'un principe de base de tout procès pénal, car jusqu'à sa condamnation éventuelle, une personne doit être réputée innocente. Comme cela a été rappelé, l'objet de l'article 5 paragraphe 3 de la Convention «est essentiellement d'imposer la mise en liberté provisoire du moment où le maintien en détention cesse d'être raisonnable».[116] Ce qu'il importe de déterminer, dans chaque cas, est de savoir si le délai écoulé, pour quelque cause que ce soit, avant le jugement de l'accusé «a dépassé à un moment donné les limites raisonnables, c'est-à-dire celles du sacrifice qui, dans les circonstances de la cause, pouvait raisonnablement être infligé à une personne présumée innocente».[117]

Il est bien évident qu'une détention provisoire tire nécessairement son origine d'une décision qui fasse état de soupçons particulièrement sérieux. Si la persistance de tels soupçons est une condition *sine qua non* de la régularité du maintien de l'intéressé en détention, la persistance des soupçons ne suffit pas à justifier, au bout d'un certain temps, une prolongation de la détention.[118] L'article 5 paragraphe 3

> apparaît ainsi comme une disposition indépendante qui produit ses effets propres quels qu'aient pu être les faits qui ont motivé l'arrestation ou les circonstances qui ont causé la longueur de l'instruction.[119]

La Convention n'impose pas un système qui fixerait d'autorité une durée maximale de la détention provisoire. Ce qu'elle exige est que celle-ci ne dépasse pas un *délai raisonnable*. Or, cette notion ne se prête pas à une évalua-

116 *Neumeister c. Autriche* , *supra* note 46, 4.
117 *Wemhoff c. Allemagne, supra* note 42, 5.
118 *Stögmüller c. Autriche*, *supra* note 28, 4; voir aussi *B. c. Autriche*, CEDH, 28 mars 1990, série A, n° 175/42.
119 *Stögmüller c. Autriche, supra* note 28, 5.

tion abstraite car le caractère raisonnable du maintien en détention d'un accusé doit s'apprécier dans chaque cas d'après les particularités de la cause.

Le maintien de l'incarcération ne se justifie, dans une espèce donnée, «que si des indices concrets révèlent une véritable exigence d'intérêt public prévalant, nonobstant la présomption d'innocence, sur la règle du respect de la liberté individuelle».[120]

La méthode d'évaluation suivie par les organes de la Convention pour se prononcer sur le caractère raisonnable ou déraisonnable d'une détention provisoire est désormais consacrée par une jurisprudence constante et bien établie.

Il appartient d'abord aux autorités judiciaires nationales de rechercher toutes les circonstances de nature à faire admettre ou à faire écarter l'existence d'une véritable exigence d'intérêt public justifiant une dérogation à la règle du respect de la liberté individuelle.

Les organes de la Convention se livrent à cet examen «sur la base des motifs indiqués dans les décisions relatives aux demandes de mise en liberté provisoire, ainsi que des faits non controuvés indiqués par le requérant dans ses recours».[121]

De ce fait, ces organes sont amenés à rechercher et apprécier, dans chaque cas, le caractère raisonnable des motifs qui ont déterminé les autorités judiciaires à décider «cette grave dérogation aux principes de la liberté individuelle et de la présomption d'innocence que constitue toute détention sans condamnation».[122]

C'est essentiellement par rapport aux motifs indiqués dans les décisions relatives aux demandes d'élargissement – motifs qui sont mis en parallèle avec les motifs avancés par les intéressés à l'appui de leurs demandes – que les organes de la Convention se déterminent. Ce faisant, elles examinent si les motifs indiqués par les autorités nationales continuent à légitimer le maintien de la privation de liberté. Même si ces motifs se révèlent *pertinents* et *suffisants*, il faut rechercher de surcroît si les autorités nationales compétentes ont apporté une *diligence particulière* à la poursuite de la procédure.[123] Tout en attachant à ces principes une grande importance, compte tenu notamment de l'état de détention des intéressés, la jurisprudence a précisé que «la célérité particulière à laquelle un accusé détenu a droit dans

120 *W. c. Suisse*, CEDH, 26 janvier 1993, série A, n° 254-A/30; même principe, *Van der Tang c. Espagne*, CEDH, 13 juillet 1995, série A, n° 321/55.

121 *Neumeister c. Autriche*, *supra* note 46, 5.

122 *Stögmüller c. Autriche*, *supra* note 28, 4.

123 *Letellier c. France*, CEDH, 26 juin 1991, série A, n° 207/35; *W. c. Suisse*, *supra* note 120, 30; *Clooth c. Belgique*, CEDH, 12 décembre 1991, série A, n° 225/36; *Toth c. Autriche*, *supra* note 12, 67; *Kemmache c. France*, *supra* note 47, 45; *Tomasi c. France*, *supra* note 27, 84; *Yagci et Sargin c. Turquie*, *supra* note 51, 50; *Mansur c. Turquie*, CEDH, 8 juin 1995, série A, n° 319-B/52; *Van der Tang c. Espagne*, *supra* note 120, 55.

l'examen de son cas ne doit pas nuire aux efforts déployés par les magistrats pour accomplir leurs tâches avec le soin voulu».[124]

Un problème d'interprétation a surgi pour ce qui est du calcul de la période de détention à laquelle il faut avoir égard pour déterminer s'il y a eu ou non dépassement du *délai raisonnable*. Si il y a eu accord pour fixer le point de départ de cette période (*dies a quo*) au jour de l'arrestation de l'intéressé, la détermination du point final (*dies ad quem*) de la période en question, elle, a conduit à des interprétations divergentes.

Il est actuellement de jurisprudence constante que le terme final de la période de détention provisoire aux fins de l'article 5 paragraphe 3 de la Convention est le jour où il est statué sur le bien-fondé de l'accusation, «fût-ce seulement en premier ressort».[125] En d'autres termes c'est à partir du jour où la personne est condamnée en première instance qu'elle se trouve dans le cas prévu à l'article 5 paragraphe 1(a) lequel autorise la privation de liberté des personnes *après condamnation*.

En effet, le lien fondamental entre les paragraphes 3 et 1(c) de l'article 5 empêche de considérer comme détenue pour «être conduit[e] devant l'autorité judiciaire compétente», du chef de «raisons plausibles de [la] soupçonner [d'avoir] commis [l']infraction» dont on l'a jugée coupable, une personne condamnée en première instance et demeurant privée de sa liberté pendant une procédure de recours engagée par elle.

Cette façon d'envisager comme terme final d'une détention provisoire le jour où l'intéressé a été condamné en première instance, s'explique aussi par le fait que, comme l'ont relevé et la Commission et la Cour, il existe entre les Etats contractants de grandes différences sur le point considéré.[126]

Nombreux et variés sont les motifs qui ont été invoqués par les autorités judiciaires nationales pour refuser à une personne détenue à titre provisoire sa mise en liberté.

Ainsi, pour ce qui est de la gravité des faits qui sont reprochés à cette personne, il a été reconnu que «l'existence et la persistance d'indices graves de culpabilité constituent sans nul doute des facteurs pertinents».[127] Ce motif, d'ailleurs, rejoint un autre motif invoqué parfois dans certaines décisions nationales: le trouble à l'ordre public.

En effet, par leur gravité particulière et par la réaction du public à leur accomplissement, certaines infractions peuvent susciter un trouble social de nature à justifier une détention provisoire, au moins pendant un temps. Dans des circonstances exceptionnelles, cet élément peut donc entrer en ligne de compte. Cependant, on ne saurait l'estimer pertinent et suffisant que s'il

124 *Toth c. Autriche*, *supra* note 12, 77.
125 *Wemhoff c. Allemagne*, *supra* note 42, 9.
126 *Bönisch c. Autriche*, CEDH, 6 mai 1985, série A, n° 92/39.
127 *Tomasi c. France*, *supra* note 27, 89.

repose sur des faits propres à montrer que l'élargissement du détenu troublerait réellement l'ordre public. En outre, «la détention ne demeure légitime que si l'ordre public reste effectivement menacé; sa continuation ne saurait servir à anticiper sur une peine privative de liberté».[128]

Le danger de fuite est un des motifs principaux invoqués par les autorités judiciaires à l'appui d'une décision de maintien en détention. Ce motif est fondé à la fois sur la gravité de l'infraction et sur l'importance de la peine que l'intéressé peut encourir, que sur des données objectives, ou présentées comme telles, qui laisseraient supposer un danger réel de fuite.

Si la gravité de la peine à laquelle l'accusé peut s'attendre en cas de condamnation peut être légitimement retenue comme de nature à l'inciter à fuir, l'éventualité d'une condamnation sévère ne suffit pas, au bout d'un certain temps, à justifier le maintien en détention[129] d'autant que le danger de fuite tend à décroître avec le temps.

Le danger de fuite, d'ailleurs, ne résulte pas de la simple possibilité ou facilité pour l'accusé de passer la frontière, chose relativement aisée de nos jours où les contrôles aux frontières s'estompent peu à peu. Pour qu'il puisse apparaître convaincant, il faut qu'un ensemble d'autres circonstances, relatives notamment au caractère de l'intéressé, à sa moralité, à son domicile, sa profession, ses ressources, ses liens familiaux, ses liens de tout ordre avec le pays où il est poursuivi, puissent «soit confirmer l'existence du danger de fuite soit le faire apparaître comme à ce point réduit qu'il ne peut justifier une détention provisoire».[130]

Autre motif souvent invoqué: le danger de collusion. La jurisprudence admet la pertinence de ce motif, du moins pour ce qui est du début de l'enquête, surtout s'il s'agit d'une affaire complexe exigeant des recherches délicates et difficiles. A terme, toutefois, les impératifs de l'instruction ne suffisent plus à justifier une détention provisoire car, normalement, «les dangers allégués s'amenuisent avec le temps, au fur et à mesure des investigations effectuées, des dépositions enregistrées et des vérifications accomplies».[131]

Le danger de répétition est fréquemment avancé pour justifier le refus de mise en liberté, surtout si l'infraction reprochée revêt une particulière gravité et lorsqu'il s'agit de faire en sorte d'empêcher sa répétition. Encore faut-il, toutefois, que «les circonstances de la cause, et notamment les antécédents et la personnalité de l'intéressé, rendent plausible le danger et adéquate la mesure».[132]

128 *Letellier c. France*, *supra* note 123, 51; *Kemmache c. France*, *supra* note 47, 52; *Tomasi c. France*, *supra* note 27, 91.

129 *Wemhoff c. Allemagne*, *supra* note 42, 14; voir aussi *Bönisch c. Autriche*, *supra* note 126, 44.

130 *Neumeister c. Autriche* , *supra* note 46, 10.

131 *W. c. Suisse*, *supra* note 120, 35; même principe *Clooth c. Belgique*, *supra* note 123, 43.

132 *Clooth c. Belgique*, *supra* note 123, 40.

Comme on l'a vu, l'état de détention fait peser sur les autorités nationales une obligation de célérité de façon à ne pas prolonger une détention provisoire au delà de ce qui peut apparaître, dans les circonstances de la cause, nécessaire à la poursuite de l'enquête ou de l'instruction. En effet, même si l'on peut estimer qu'un accusé est raisonnablement maintenu en détention provisoire par suite de nécessités d'ordre public, l'article 5 paragraphe 3 peut être méconnu «si, pour quelque cause que ce soit, la procédure se prolonge pendant un laps de temps considérable».[133]

L'accusé détenu donc a droit à ce que son cas soit traité par priorité avec une célérité particulière. Toutefois pareille célérité ne doit pas «nuire aux efforts poursuivis par les magistrats afin de faire pleinement la lumière sur les faits dénoncés, de fournir tant à la défense qu'à l'accusation toutes facilités pour produire leurs preuves et pour présenter leurs explications» car il leur incombe de ne se prononcer «qu'après mûre réflexion sur l'existence des infractions et sur la peine».[134]

En outre, il faut remarquer que si un détenu inculpé n'a pas l'obligation de coopérer avec les autorités, il doit néanmoins «supporter les conséquences que son attitude a pu entraîner dans la marche de l'instruction».[135]

Enfin, lorsque le maintien en détention n'est plus motivé que par la crainte de voir l'accusé se soustraire par la fuite à sa comparution ultérieure devant ses juges, «il échet d'élargir l'intéressé s'il peut fournir des garanties adéquates de représentation, par exemple le versement d'une caution».[136]

La jurisprudence a précisé qu'il n'est pas conforme à l'article 5 paragraphe 3 de la Convention de déterminer le taux de la garantie à fournir par un détenu exclusivement en fonction du montant du préjudice qui lui est imputé. En effet, «la garantie prévue par cette disposition a pour objet d'assurer non la réparation du préjudice, mais la présence de l'accusé à l'audience». Son importance doit dès lors «être appréciée principalement par rapport à l'intéressé, à ses ressources, à ses liens avec les personnes appelées à servir de cautions et pour tout dire à la confiance qu'on peut avoir que la perspective de perte du cautionnement ou de l'exécution des cautions en cas de non-comparution à l'audience agira sur lui comme un frein suffisant pour écarter toute velléité de fuite».[137]

133 *Wemhoff c. Allemagne, supra* note 42, 16.
134 *Wemhoff c. Allemagne*, *supra* note 42, 17; voir aussi *Matznetter c. Autriche*, CEDH, 10 novembre 1969, série A, n° 10/12; voir aussi *W. c. Suisse*, *supra* note 120, 42; *Tomasi c. France*, *supra* note 27, 102; *Van der Tang c. Espagne*, *supra* note 120, 72.
135 *W. c. Suisse*, *supra* note 120, 42.
136 *Letellier c. France*, *supra* note 123, 46.
137 *Neumeister c. Autriche*, *supra* note 46, 14.

4. Le droit à réparation

La réglementation précise et détaillée des hypothèses de privation de liberté, les garanties édictées en vue de réduire au maximum un usage arbitraire des pouvoirs conférés en la matière aux pouvoirs publics, ainsi que l'insistance tatillonne de la jurisprudence à enserrer ces pouvoirs dans des limites étroites, montrent l'importance que revêt pour la Convention la liberté physique de la personne. Aussi n'est-il pas étonnant qu'elle ait voulu explicitement sanctionner – et il s'agit de la seule hypothèse prévue par la Convention – toute arrestation ou détention opérée en méconnaissance des dispositions de l'article 5 de la Convention par une *réparation* qui doit être accordée à celui qui en a été victime. C'est ce que prévoit le paragraphe 5 de cette disposition. La particularité ici réside dans le fait qu'il s'agit d'un véritable droit. A la différence de la réparation, sous la forme d'une *satisfaction équitable*, dont il est question à l'article 50 et qui énonce une règle de compétence, l'article 5 paragraphe 5 édicte, lui, une règle de fond.

Cette disposition garantit en effet un droit individuel que les Etats sont tenus de garantir dans leur système juridique interne.[138]

Il faut donc que le justiciable soit à même de demander, devant les tribunaux internes et en vertu d'une réglementation prévue à cet effet, réparation du chef d'une privation de liberté opérée dans des conditions contraires aux différentes dispositions de l'article 5 de la Convention.

Toutefois, il n'est pas interdit aux Etats contractants de subordonner l'octroi d'une indemnité à l'établissement, par l'intéressé, d'un dommage résultant du manquement.[139]

III. Le déroulement de la procédure: la phase du jugement

A. Les garanties organiques

1. Publicité de la procédure

La transparence de la justice représente un acquis majeur de nos sociétés, une des données de base de la vie démocratique. Transparence de la justice signifie une plus complète perméabilité possible des décisions prises par le pouvoir judiciaire, décisions rendues, il ne faut pas l'oublier, au nom du peuple.

Ce qui reflète le mieux la transparence de la justice est la publicité des procédures, qui est par ailleurs une des garanties essentielles de l'équité d'une procédure.

138 Voir *Neumeister c. Autriche*, *supra* note 46, 50, 30.
139 *Wassink c. Pays-Bas*, CEDH, 27 septembre 1990, série A, n° 185-A/38.

C'est ainsi que l'article 6 paragraphe 1 de la Convention impose de manière générale la publicité de la procédure judiciaire[140] tant en matière pénale qu'en matière civile. Dans les différents systèmes juridiques européens, il existe donc un principe qui constitue un dénominateur commun et qui veut qu'en matière pénale la publicité constitue la règle et le huis-clos l'exception. C'est ce que prévoit d'ailleurs l'article 6 paragraphe 1.

Les principes dégagés par la jurisprudence européenne valent en grande partie pour l'ensemble des procédures judiciaires.

La publicité de la procédure des organes judiciaires, a-t-on affirmé, «protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public; elle constitue aussi l'un des moyens de préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6 paragraphe 1: le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique au sens de la Convention».[141]

Bien qu'à des degrés divers, les Etats membres du Conseil de l'Europe reconnaissent tous le principe de la publicité des procédures judiciaires. Toutefois, leurs systèmes législatifs et leurs pratiques judiciaires présentent une certaine diversité quant à son étendue et à ses conditions de mise en œuvre, qu'il s'agisse de la tenue des débats ou du prononcé des jugements et arrêts. L'on doit relever, cependant, que l'aspect formel de la question revêt une importance secondaire en regard des fins de la publicité voulue par l'article 6 paragraphe 1 de la Convention. De ce fait, compte tenu de la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique il faut avoir égard aux «réalités de la procédure en jeu».[142]

En d'autres termes, ce sont la portée et le but de la procédure en question qui détermineront si et dans quelles conditions le principe de la publicité devra trouver application. Là réside la différence principale entre procédures civiles et procédures pénales, car on voit mal se généraliser pour ces dernières, compte tenu de l'enjeu qu'elles revêtent pour les accusés, le recours à une publicité réduite, voire à son absence, même si cela ne vise que certains stades de la procédure, tel l'appel ou la cassation. Les impératifs d'efficacité et d'économie qui peuvent valoir par exemple pour le contentieux de la sécurité sociale et qui font qu'il puisse s'avérer opportun d'éviter l'organisation systématique des débats,[143] sont évidemment étrangers à la matière pénale.

140 *Engel et autres c. Pays-Bas*, *supra* note 15, 89.

141 *Pretto et autres c. Italie*, CEDH, 8 décembre 1983, série A, n° 711/21; *Axen c. Allemagne*, CEDH, 8 décembre 1983, série A, n° 72/25.

142 *Pretto et autres c. Italie*, *supra* note 141, 22; *Axen c. Allemagne*, *supra* note 141, 26; *Sutter c. Suisse*, CEDH, 22 février 1984, série A, n° 74/27.

143 *Schuler-Zgraggen c. Suisse*, CEDH, 24 juin 1993, série A, n° 263/58.

La publicité des débats est essentielle car c'est surtout à travers son respect que peut s'opérer le contrôle du pouvoir judiciaire par le public afin que soit sauvegardé le droit à un procès équitable.

Cependant, comme le prévoit l'article 6 paragraphe 1, la règle de la publicité des audiences peut aussi céder parfois devant des exigences destinées à protéger l'ordre public et l'intérêt des parties en cause pour protéger leur droit à la vie privée par exemple.

Etant donné l'intérêt public qui est toujours présent lors d'un procès pénal, c'est au tribunal en définitive qu'il appartient de décider souverainement et en tenant compte de tous les intérêts en jeu s'il est opportun de déroger à la règle de la publicité en tentant compte, le cas échéant, du point de vue de l'accusé ainsi que des intérêts de la justice.

Ensuite, la question pourrait se poser de savoir s'il convient d'assurer la publicité des débats à tous les stades de la procédure. Si l'on considère qu'en principe la tenue de débats publics doit être la règle en première instance, l'on pourrait admettre, comme le reconnaît la jurisprudence pour ce qui est de la matière civile, que leur absence aux deuxième ou troisième degrés peut se justifier par les caractéristiques de la procédure dont il s'agit. Ainsi, «les procédures d'autorisation d'appel, ou consacrées exclusivement à des points de droit et non de fait, peuvent remplir les conditions de l'article 6 de la Convention même si la cour d'appel ou de cassation n'a pas donné au requérant la faculté de s'exprimer en personne devant elle». Il a été indiqué, toujours en matière civile, que même dans l'hypothèse d'une cour d'appel investie de la plénitude de juridiction, l'on ne saurait pas conclure que l'article 6 implique toujours le droit à une audience publique, indépendamment de la nature des questions à trancher.

Et d'ajouter que

> la publicité constitue certes l'un des moyens de préserver la confiance dans les tribunaux, mais d'autres considérations, dont le droit à un jugement dans un délai raisonnable et la nécessité en découlant d'un traitement rapide des affaires inscrites au rôle, entrent en ligne de compte pour déterminer si des débats publics correspondent à un besoin après le procès en première instance.[144]

Reste à déterminer si et dans quelle mesure ces principes sont transposables en matière pénale. Il va de soi que dans tous les cas, l'éventuelle absence de débats doit toujours cadrer avec le respect du principe du procès équitable.

Pour ce qui est, par contre, du prononcé du jugement les principes qui se dégagent de la jurisprudence concernant la matière civile pourraient être facilement transposés pour ce qui est de la matière pénale. La règle étant

144 *Jan Åke Andersson c. Suède*, CEDH, 29 octobre 1991, série A, n° 212-B/27; *Fejde c. Suède*, CEDH, 29 octobre 1991, série A, n° 212-C/31; *Helmers c. Suède*, CEDH, 29 octobre 1991, série A, n° 212-A/36.

qu'il convient, dans chaque cas, d'apprécier à la lumière des particularités de la procédure dont il s'agit, et en fonction du but et de l'objet de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention, si la forme de publicité du «jugement» prévue par le droit interne peut satisfaire aux exigences d'un procès équitable.[145] Tel peut être le cas, par exemple, pour l'instance en cassation, où un dépôt au greffe du texte du jugement, permettant à chacun d'avoir accès au texte intégral de l'arrêt, peut suffire quand bien même la lecture en audience publique se serait limitée au seul dispositif.[146]

2. Tribunal indépendant et établi par la loi

A la vérité, trois des garanties organiques visées à l'article 6 paragraphe 1, à savoir *l'indépendance* du tribunal, le fait d'être *établi conformément* à la loi et son *impartialité* se recoupent à telle enseigne que les principes se confondent partiellement.

L'on a vu que par *tribunal*, la Convention désigne un organe qui outre le fait qu'il remplit un rôle juridictionnel, doit répondre à une série d'autres exigences: indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause, durée du mandat des membres, garanties offertes par la procédure.[147]

En particulier, un élément de l'indépendance est représenté par le fait que pareil organe doit pouvoir rendre une décision obligatoire qui ne peut par la suite être modifiée par une autorité non judiciaire.[148]

Comme pour un certain nombre d'exigences qui se rapportent aux garanties prévues par l'article 6 paragraphe 1 de la Convention, les apparences peuvent, ici aussi, revêtir de l'importance. Ainsi, pour établir si un organe peut passer pour «indépendant», «il échet de prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance».[149]

Parmi les éléments à prendre en compte en l'occurrence, se range l'inamovibilité des juges en cours de mandat.[150]

Quant à l'exigence de *légalité* (tribunal établi par la loi) il faudrait déterminer si cette exigence concerne non seulement la base légale de l'existence même du «tribunal», mais encore la composition du siège dans chaque affaire; si, dans l'affirmative, la manière dont les juridictions nationales

145 *Pretto et autres c. Italie*, *supra* note 141, 26; voir aussi *Axen c. Allemagne*, *supra* note 141, 26, 31; *Sutter c. Suisse*, *supra* note 142, 33.
146 *Pretto et autres c. Italie*, *supra* note 141, 27.
147 *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, CEDH, 23 juin 1981, série A, n° 43/55; même principe, *Belilos c. Suisse*, CEDH, 29 avril 1988, série A, n° 132/64; *Beaumartin c. France*, CEDH, 24 novembre 1994, série A, n° 296-B/38.
148 *Van de Hurk c. Pays-Bas*, CEDH, 19 avril 1994, série A, n° 288/45.
149 *Langborger c. Suède*, CEDH, 22 juin 1989, série A, n° 155/32.
150 *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, *supra* note 15, 80.

interprètent en la matière leur droit interne peut et doit être contrôlée; enfin, si ce droit ne doit pas, de son côté, être conforme à la Convention et notamment à l'exigence d'impartialité figurant à l'article 6 paragraphe 1 de la Convention.[151]

3. Tribunal impartial

Une autre garantie essentielle pour l'équité de la procédure est constituée par *l'impartialité* du tribunal.

Il s'agit là d'une notion qui revêt dans la jurisprudence des organes de la Convention une importance qui dépasse le sens étroit qu'on lui prête communément. Ceci peut s'expliquer par le fait que la jurisprudence a connu en matière de procès équitable, pour reprendre une expression bien connue une «évolution des plus notables, marquée en particulier par l'importance attribuée aux apparences et à la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice».[152] Ainsi, en matière d'impartialité «même les apparences peuvent revêtir de l'importance, surtout au pénal».[153]

L'adage, rappelé par la Cour, selon lequel *justice must not only be done; it must also be seen to be done* reflète bien cette particulière sensibilité qui veut que l'organe appelé à statuer, d'ailleurs tant en matière pénale qu'en matière civile, doit apparaître – à défaut de pouvoir démontrer de l'être – exempt de préjugé et placé dans des conditions empreintes, autant que faire se peut, de sérénité et de neutralité par rapport aux thèses des parties.

S'agissant d'une exigence fondamentale compte tenu de la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique au sens de la Convention, une interprétation restrictive du principe fondamental de l'impartialité du juge ne cadre pas avec l'objet et le but de l'article 6 paragraphe 1.[154]

Selon la jurisprudence, l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris. Elle peut s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer entre une démarche subjective, tendant à déterminer ce que le juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher si le juge offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime.[155]

151 *Piersack c. Belgique*, CEDH, 1 octobre 1982, série A, n° 53/33.
152 *Borgers c. Belgique*, CEDH, 30 octobre 1991, série A, n° 214-B/24.
153 *Demicoli c. Malte* , *supra* note 17, 40.
154 *De Cubber c. Belgique*, CEDH, 26 octobre 1984, série A, n° 86/30.
155 *Piersack c. Belgique*, *supra* note 151, 30; voir aussi *Hauschildt c. Danemark*, CEDH, 24 mai 1989, série A, n° 154/46; *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, CEDH, 25 juin 1992, série A, n° 239/49; *Demicoli c. Malte*, *supra* note 17, 40; *Fey c. Autriche*, CEDH, 24 février 1993, série A, n° 255-A/28; *Padovani c. Italie*, CEDH, 26 février 1993, série A, n° 257-B/25 ; *Saraiva de Carvalho c. Portugal*, CEDH, 22 avril 1994, série A, n° 286-B/33.

L'impartialité subjective «se présume jusqu'à preuve du contraire».[156]

On ne saurait se borner pourtant à une appréciation purement subjective compte tenu justement du rôle accru des apparences. Pour ce qui est de l'impartialité objective, où celles-ci revêtent une grande importance, la règle est que doit se récuser tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité.

Ainsi, la démarche concernant l'impartialité objective du juge «conduit à se demander si, indépendamment de la conduite du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier».[157] Il y va, «de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer au justiciable à commencer, au pénal, par les prévenus».[158] Pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter d'un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant «consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées».[159]

Le problème de l'impartialité a donné lieu à une jurisprudence relativement abondante. En voici certains traits saillants.

En ce qui concerne le devoir pour un juge de se récuser si on peut légitimement craindre un manque d'impartialité de sa part, il a été affirmé que l'on verserait dans l'excès contraire si l'on entendait écarter du siège les anciens magistrats du parquet dans chaque affaire examinée d'abord par ce dernier, quand bien même ils n'auraient jamais eu à en connaître. Fondée sur une conception rigide et formaliste de l'unité et de l'indivisibilité du ministère public, une solution aussi radicale dresserait une cloison quasi étanche entre le siège et le parquet de sorte qu'«il en résulterait un bouleversement du système judiciaire de plusieurs Etats contractants où le passage d'une magistrature à l'autre se pratique fréquemment».

Surtout, «le simple fait qu'un juge ait figuré jadis parmi les membre du parquet ne constitue pas une raison de redouter un manque d'impartialité dans son chef».[160]

Par contre, si un juge, après avoir occupé au parquet une charge de nature à l'avoir amené à traiter un certain dossier dans le cadre de ses attributions, se trouve saisi de la même affaire comme magistrat du siège, «les justiciables

156 *Piersack c. Belgique*, *supra* note 151, 30; même principe *Albert et Le Compte, supra* note 35, 32; *Campbell et Fell c. Royaume-Uni, supra* note 15, 84; *De Cubber c. Belgique*, *supra* note 154, 25; *Hauschildt c. Danemark*, *supra* note 155, 47; *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, *supra* note 155, 50; *Padovani c. Italie*, *supra* note 155, 26.

157 *Padovani c. Italie*, *supra* note 155, 27.

158 *Fey c. Autriche*, *supra* note 155, 30.

159 *Ibid.*; *Padovani c. Italie*, *supra* note 155, 27; voir aussi *Hauschildt c. Danemark, supra* note 155, 48; *Saraiva de Carvalho c. Portugal*, *supra* note 155, 35.

160 *Piersack c. Belgique*, *supra* note 151, 30.

sont en droit de craindre qu'il n'offre pas assez de garanties d'impartialité».[161]

Toutefois, le simple fait qu'un juge ait déjà pris des décisions avant le procès ne peut justifier en soi des appréhensions quant à son impartialité.[162] Ce qui compte est la portée et la nature des mesures en question.[163]

B. Les garanties de fonctionnement

Le déroulement d'un procès, en particulier en matière pénale, dépend non seulement des garanties que l'on a qualifié d'«organiques», mais également et surtout de celles qui régissent le fonctionnement du procès à tous le stades de la procédure de façon à en assurer l'équité. Cette façon «dynamique» de concevoir le procès correspond le mieux à l'esprit de la Convention: le jugement sur l'équité d'une procédure dépend, en règle générale, de l'examen de l'ensemble des actes accomplis au cours du procès. A travers des situations processuelles où la recherche de l'équité doit être de mise, nous tâcherons de mettre en exergue les principales exigences d'un procès équitable au sens de la Convention.

En principe, la notion de procès équitable implique la faculté, pour l'accusé, d'assister aux débats. Cette faculté découle de l'objet et du but de l'ensemble de l'article 6.

Ainsi,

> quoique non mentionnée en termes exprès au paragraphe 1 de l'article 6, la faculté pour l'«accusé» de prendre part à l'audience découle de l'objet et du but de l'ensemble de l'article. Du reste, les alinéas c), d) et e) du paragraphe 3 reconnaissent à «tout accusé» le droit à «se défendre lui-même», «interroger ou faire interroger les témoins» et «se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience», ce qui ne se conçoit guère sans sa présence.[164]

En fait, l'exercice des droits que garantit cette disposition présuppose un véritable *droit d'être entendu* qui, on l'a vu, est consubstantiel à la notion même de prééminence du droit, surtout en matière pénale.

Le droit pour un accusé d'être entendu, de bénéficier par là de toutes les garanties d'un procès équitable, trouve son pendant dans le *droit au silence*

161 *Ibid.*

162 *De Cubber c. Belgique*, *supra* note 154, 29; *Hauschildt c. Danemark*, *supra* note 155, 50; *Sainte-Marie c. France*, CEDH, 16 décembre 1992, série A, n° 253-A/32; *Fey c. Autriche*, *supra* note 155, 30.

163 *Nortier c. Pays-Bas*, CEDH, 24 août 1993, série A, n° 267/33; voir aussi *Saraiva de Carvalho c. Portugal*, *supra* note 155, 35.

164 *Colozza c. Italie*, *supra* note 4, 27; voir aussi *Monnell et Morris c. Royaume-Uni*, CEDH, 2 mars 1987, série A, n° 115/58; *Ekbatani c. Suède*, CEDH, 26 mai 1988, série A, n° 134/25.

(*nemo tenetur se detegere*) et, bien évidemment, dans le droit de ne pas témoigner contre soi-même. L'on sait que le droit de ne pas s'auto-incriminer est garanti expressément par un autre instrument international, le Pacte relatif aux droits civils et politiques des Nations unies en son article 14. La Convention, elle, ne renferme pas pareille prohibition, mais cela n'exclut pas que celle-ci puisse se déduire des principes régissant le procès équitable. Comme il a été relevé, contraindre un accusé de fournir lui-même aux autorités de poursuites la preuve d'infractions qu'il aurait commises méconnaît la Convention, quelles que puissent être les particularités du droit interne applicable, fût-il de nature douanière. Même en pareil cas, ces particularités «ne sauraient justifier une telle atteinte au droit, pour tout 'accusé' au sens autonome que l'article 6 attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination».[165]

Les décisions pénales qui frappent un individu doivent, en principe, expliquer les raisons pour lesquelles l'on considère que l'infraction a été établie et que la responsabilité de l'intéressé est mise en cause. Il appartient, donc, aux autorités judiciaires de les motiver. Il s'agit là d'un principe général qui régit l'ensemble des décisions judiciaires, civiles et pénales, mais qui revêt un importance particulière pour ces dernières. Bien que l'article 6 paragraphe 1 de la Convention oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, il ne peut toutefois «se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument».[166]

L'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision. Il faut, en particulier, «tenir compte notamment de la diversité de moyens qu'un plaideur peut soulever en justice et des différences dans les Etats contractants en matière de dispositions légales, coutumes, conceptions doctrinales, présentation et rédaction des jugements et arrêts». C'est pourquoi «la question de savoir si un tribunal a manqué à son obligation de motiver découlant de l'article 6 de la Convention ne peut s'analyser qu'à la lumière des circonstances de l'espèce».[167]

Le «droit d'être entendu» ne se limite pas, en principe, à la première instance. La procédure pénale en particulier forme un tout; l'Etat qui se dote de cours d'appel ou de cassation a l'obligation de veiller à ce que les justiciables jouissent auprès d'elles des garanties fondamentales de l'article 6.[168]

Les modalités d'application des garanties, toutefois, dépendent de la procédure dont il s'agit. Pour ce qui est de l'appel, il faut prendre en compte l'ensemble du procès mené dans l'ordre juridique interne et le rôle qui y a joué la juridiction d'appel. Pour ce qui est de la procédure relative à cette

165 *Funke c. France*, CEDH, 25 février 1993, série A, n° 256-A/44.
166 *Van de Hurk c. Pays-Bas*, *supra* note 148, 61.
167 *Ruiz Torija c. Espagne*, CEDH, 9 décembre 1994, série A, n° 303-A/29; *Hiro Balani c. Espagne*, CEDH, 9 décembre 1994, série A, n° 303-B/27.
168 *Ekbatani c. Suède*, *supra* note 164, 24.

phase, la présence de prévenu ne revêt pas la même importance à ce niveau qu'au premier degré. En la matière, souligne la jurisprudence, il faut prendre en compte, entre autres, «les particularités de la procédure en cause et la manière dont les intérêts de la défense ont été exposés et protégés devant la juridiction d'appel, eu égard notamment aux questions qu'elle avait à trancher et à leur importance pour l'appellant».[169]

1. Procès équitable: le jugement par défaut

Comme on l'a vu, la faculté pour l'accusé de prendre part à l'audience découle de l'objet et du but de l'ensemble de l'article 6.[170]

De plus, la comparution d'un prévenu revêt une importance capitale en raison tant du droit de celui-ci à être entendu que de la nécessité de contrôler l'exactitude de ses affirmations et de les confronter avec les dires de la victime, dont il y a lieu de protéger les intérêts, ainsi que des témoins.[171]

Un des problèmes les plus délicats que la jurisprudence a eu à traiter à cet égard a été celui des procédures diligentées hors la présence de l'accusé, à savoir les procédures par défaut ou par contumace.

En la matière, il a été reconnu que, comme pour d'autres aspects de la protection des droits de l'homme dans le cadre de la Convention, les Etats contractants jouissent d'une grande liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leur système, judiciaire en l'occurrence, de répondre à ses exigences. En l'occurrence, il importe de rechercher si le résultat voulu par la Convention se trouve atteint par les moyens mis en œuvre par le droit national.

Or, quand une législation nationale autorise le déroulement d'un procès nonobstant l'absence d'un *accusé*, «l'intéressé doit, une fois au courant des poursuites, pouvoir obtenir qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation portée contre lui».[172]

Pour cela, a-t-on précisé, il faut que les ressources offertes par le droit interne se révèlent effectives et qu'il n'incombe pas à *l'accusé* «de prouver qu'il n'entendait pas se dérober à la justice, ni que son absence s'expliquait par un cas de force majeure».[173] En d'autres termes, une procédure se déroulant en l'absence du prévenu n'est pas en principe incompatible avec la Convention si celui-ci peut obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation, en fait comme en droit.

169 *Kremzow c. Autriche*, CEDH, 21 septembre 1993, série A, n° 268-B/59.
170 *T. c. Italie*, CEDH, 12 octobre 1992, série A, n° 245-C/26.
171 *Poitrimol c. France*, CEDH, 23 novembre 1993, série A, n° 277-A/35.
172 *Colozza c. Italie, supra* note 4, 29.
173 *Ibid.*, 30.

Il est bien évident qu'une application par trop rigide de ces principes conduirait inévitablement à un blocage de l'administration de la justice au détriment des intérêts de la collectivité et des victimes des infractions en particulier.

C'est ainsi qu'en pareille matière l'on peut admettre que l'accusé renonce – ou soit réputé avoir renoncé – au bénéfice du droit de comparaître et donc du droit à être entendu. Toutefois, pour entrer en ligne de compte sous l'angle de la Convention, pareille renonciation doit «se trouver établie de manière non équivoque et s'entourer d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité».[174]

C'est en fait par rapport au respect effectif des droits de la défense qu'il faut apprécier si les conséquences que le droit interne tire de la volonté de l'intéressé de ne pas participer à la procédure cadrent ou non avec les exigences de la Convention, notamment sous l'angle de leur proportionnalité.

2. Procès équitable: l'égalité des armes

La nécessité d'éviter un déséquilibre entre les parties et réaliser entre elles une égalité des armes a été affirmée à plusieurs reprises dans la jurisprudence. L'égalité des armes vise à empêcher, surtout dans le cadre du procès pénal, que l'accusé ne se trouve pas dans une situation de désavantage par rapport à l'accusation. Ceci peut résulter des dispositions du code de procédure pénale qui prévoient un traitement différencié entre accusé et ministère public pour ce qui est des garanties de procédure. C'est le cas, par exemple, si en matière d'examen d'un appel ou d'un pourvoi en cassation le ministère public dispose de pouvoirs qui ne sont pas reconnus à la défense (déposer des mémoires, assister au délibéré avec voix consultative). Un tel traitement en principe se révèle contraire à la notion même de procès équitable d'autant que, comme il a été constaté, la jurisprudence a connu une «évolution des plus notables» marquée en particulier par «l'importance attribuée aux apparences et à la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice».[175] Compris dans la notion de procès équitable inscrite à l'article 6 paragraphe 1 de la Convention, le principe de l'égalité des armes – qui est une des exigences d'un procès équitable – implique l'obligation d'offrir à chaque partie à un procès une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire.[176] De ce fait, «un procès ne serait pas

174 *Poitrimol c. France*, *supra* note 171, 31.
175 *Borgers c. Belgique*, *supra* note 152, 24.
176 *Hentrich c. France*, CEDH, 22 septembre 1994, série A, n° 296-A/56; voir aussi *Bönisch c. Autriche*, *supra* note 126, 32.

équitable s'il se déroulait dans des conditions de nature à placer injustement un accusé dans une situation désavantageuse».[177]

Comme on peut le constater, le principe de l'égalité des armes constitue en élément de la notion plus large de procès équitable. Ce principe englobe aussi «le droit fondamental au caractère contradictoire de la procédure pénale».[178]

Le principe du contradictoire est au cœur même de la notion d'égalité des armes et rejoint pour certains aspects les garanties fondamentales un matière d'administration des preuves dont il sera question plus avant.

Qu'il suffise de rappeler ici que le droit à un procès pénal contradictoire, et donc équitable, implique pour l'accusation comme pour la défense la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie, ainsi que de les discuter. S'il est vrai que la législation nationale peut remplir cette exigence de diverses manières, la méthode adoptée par elle toutefois «doit garantir que la partie adverse soit au courant du dépôt d'observations et jouisse d'une possibilité véritable de les commenter».[179]

3. Procès équitable: le droit à une défense effective

Les différentes garanties édictées au paragraphe 3 de l'article 6 de la Convention visent à assurer le respect du contradictoire, qui est la règle en matière de procès pénal, et par là même le respect du procès équitable. Comme le précise la jurisprudence, les garanties énoncées à la disposition précitée ne sont pas «un but en elles-mêmes et elles doivent, en conséquence, être interprétées à la lumière de la fonction qu'elles remplissent dans le contexte général de la procédure».[180]

Il y a entre certaines de ces garanties une suite logique et nécessaire: le droit à une information précise, dans le plus court délai et dans une langue compréhensible pour l'accusé, de la nature et de la cause de l'accusation, droit prévu au paragraphe 3(a) de l'article 6 de la Convention, conditionne les droits de la défense, garantis au paragraphe 3(c), l'exercice effectif desquels implique que l'accusé dispose du temps et des facilités nécessaires à la préparation de la défense, comme l'indique le paragraphe 3(b).

L'acte d'accusation joue un rôle déterminant dans les poursuites pénales: à compter de sa signification, l'inculpé est officiellement avisé par écrit de la base juridique et factuelle des reproches formulés contre lui.

177 *Delcourt c. Belgique*, *supra* note 24, 34; même principe *Monnell et Morris c. Royaume-Uni*, *supra* note 164, 62.
178 *Brandstetter c. Autriche*, CEDH, 28 août 1991, série A, n° 211/66.
179 *Ibid.*, 67.
180 *Can c. Autriche*, *supra* note 65, 48.

L'information visée à l'article 6 paragraphe 3 de la Convention doit permettre à l'accusé de connaître les charges qui pèsent sur lui pour qu'il puisse adopter la stratégie qu'il considère la plus opportune pour sa défense. Il doit donc disposer d'une information précise et complète sur les faits qui lui sont reprochés car de cette information dépend, comme on l'a vu, l'exercice effectif des autres droits qui lui sont reconnus. L'information est donc la première condition, et la condition essentielle, de l'équité de la procédure. Pour pouvoir mettre l'accusé en condition non seulement de connaître l'accusation mais également de se défendre, l'information doit porter à la fois «sur les faits matériels mis à la charge de l'accusé qui sont à l'origine de son inculpation, et sur leur qualification juridique». [181]

Le paragraphe 3(a) de l'article 6 de la Convention exige en outre que l'on fournisse à un étranger – qui ne connaît pas la langue employée à l'audience – dans sa langue maternelle ou à tout le moins dans une langue qu'il puisse comprendre l'information dont il est question. En effet «un accusé non familier de la langue employée par le tribunal peut en pratique se trouver désavantagé si on ne lui délivre pas aussi une traduction de l'acte d'accusation, établie dans un idiome qu'il comprenne». [182]

Dans le contexte d'un procès pénal, la défense joue naturellement un rôle capital. Il importe dès lors non seulement de prévoir un cadre juridique qui lui permette de remplir ses fonctions protectrices des droits individuels, mais aussi de sauvegarder toutes ses prérogatives au cours du procès.

En d'autres termes, méconnaître les droits de la défense revient à nier les droits de tout un chacun à une justice qui doit être avant tout équitable, dans le respect bien entendu d'un juste équilibre entre la société et l'individu. C'est pourquoi une attention toute particulière a été portée au droit naturel de se défendre, qui, comme on l'a vu, doit être effectif. L'effectivité de l'exercice des droits de la défense a été mise en exergue, car s'il est vrai que le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs, «la remarque vaut spécialement pour ceux de la défense eu égard au rôle éminent que le droit à un procès équitable, dont ils dérivent, joue dans une société démocratique». [183]

Tel qu'il est prévu par l'article 6 paragraphe 3(c) de la Convention le droit de défense renferme en fait trois droits particuliers: il consacre d'abord le droit pour un accusé de se défendre de manière adéquate en personne; il dispose que la défense puisse être assurée par un avocat; enfin, il prévoit une obligation, à charge de l'Etat, de fournir dans certains cas une assistance judiciaire gratuite. [184]

181 *Chichlian et Ekindjian c. France*, *supra* note 66, 50.
182 *Kamasinski c. Autriche*, *supra* note 10, 79.
183 *Artico c. Italie*, *supra* note 5, 33.
184 *Ibid.*; *Pakelli c. Allemagne*, CEDH, 25 avril 1983, série A, n° 64/31.

S'il reconnaît à tout accusé le droit de *se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur*, l'article 6 paragraphe 3(c) de la Convention n'en précise pas les conditions d'exercice. Il laisse aux Etats contractants «le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de le garantir», la tâche des organes de la Convention consistant à rechercher «si la voie qu'ils ont emprunté cadre avec les exigences d'un procès équitable».[185]

Ainsi, la règle qui impose à l'accusé de se faire assister par un homme de loi à certains ou à tous les stades de la procédure n'est pas, comme le reconnaît la jurisprudence, incompatible avec la Convention.[186] La jurisprudence reconnaît par là que la défense dite technique peut se révéler indispensable pour le bon déroulement de la procédure voire même essentielle à l'illustration de la thèse qui doit s'opposer à celle de l'accusation.

Cette interprétation semble s'inscrire bien dans l'idée selon laquelle tous les droits particuliers énumérés au paragraphe 3 de l'article 6 de la Convention doivent tendre au seul but pour lequel ils ont été prévus, à savoir garantir un procès équitable. Le respect de cette exigence justifie que l'on puisse passer outre à la décision qu'aurait prise l'accusé de ne pas se faire assister, pour des raisons parfois qui n'ont pas de lien avec les intérêts de la défense proprement dite, et lui imposer contre son gré l'assistance d'un défenseur commis d'office par le tribunal. Si le droit interne prévoit que l'accusé puisse se défendre lui-même, cela ne veut pas dire qu'il doive nécessairement disposer de tous les droits qui sont ceux d'un praticien du droit dans le cadre d'une défense technique, par exemple en matière d'accès à l'ensemble des pièces du dossier répressif.

Aussi, par exemple, «il n'est pas incompatible avec les droits de la défense de réserver à l'avocat d'un accusé l'accès au dossier de la juridiction saisie».[187] Il s'agit là toutefois d'une situation extrêmement préjudiciable pour l'accusé qui aurait décidé de se prévaloir d'une faculté que le droit interne peut lui ménager.

Tout accusé a donc droit à l'assistance d'un défenseur de son choix. Néanmoins, on ne saurait prêter à ce droit un caractère absolu. Il est forcément sujet à certaines limitations en matière d'assistance judiciaire gratuite et lorsque les intérêts de la justice commandent de commettre à l'accusé un défenseur d'office. Le droit à une défense effective implique souvent que l'on dote l'accusé, d'autorité, d'une défense pour rétablir une égalité qui ne serait plus de mise, si tel n'était pas le cas, par rapport à l'accusation. Comme il a été affirmé par la jurisprudence, dans le système de la Convention, «le

185 *Imbrioscia c. Suisse, supra* note 71, 38.
186 *Croissant c. Allemagne*, CEDH, 25 septembre 1992, série A, n° 237-B/27.
187 *Kremzow c. Autriche, supra* note 169, 52.

droit de l'accusé à l'assistance gratuite d'un avocat d'office constitue un élément, parmi d'autres, de la notion de procès pénal équitable».[188]

Toutefois, le droit de se voir accorder gratuitement un défenseur d'office n'est pas absolu, car la Convention n'a pas entendu mettre à la charge de l'Etat une obligation, qui pourrait se révéler démesurée, d'accorder une aide judiciaire, fût-ce en matière pénale, dans tous les cas et sans limite aucune. Deux conditions sont ainsi posées par la Convention: si l'intéressé *n'a pas les moyens suffisants pour rémunérer un défenseur et si les intérêts de la justice exigent bien l'octroi d'une aide judiciaire.*

Quant à la première condition, elle se justifie par les ressources limitées dont dispose en la matière l'administration de la justice et par la nécessité de répartir les fonds de manière à ce qu'ils profitent à ceux qui réellement ne sauraient supporter des frais parfois élevés. Il est inévitable, donc, d'imposer à qui invoque l'insuffisance de ses moyens d'en fournir la preuve.[189]

La deuxième condition, elle, requiert un examen plus approfondi car en accordant ou en refusant l'aide judiciaire, les autorités compétentes portent tout naturellement un jugement de valeur sur le contenu du contentieux, voire sur la valeur des arguments avancés par l'accusé à l'appui d'un appel ou d'un pourvoi en cassation.

Le principe en la matière est le suivant: pour déterminer si les intérêts de la justice exigent l'octroi de l'aide judiciaire, «on doit avoir égard à l'ensemble de l'affaire».[190] Trois critères ont été dégagés qui doivent guider les autorités: la gravité de l'infraction imputée à l'accusé et la sévérité de la sanction encourue; la complexité de l'affaire; la prise en compte de la personnalité de l'accusé.[191]

Souvent, le problème de savoir s'il convient ou non d'accorder l'aide judiciaire et nommer en conséquence un avocat d'office ne surgit que pour les phases qui suivent la première instance.

Ici aussi, vaut le principe selon lequel en appel et en cassation, les modalités d'application des paragraphes 1 et 3 de l'article 6 de la Convention dépendent des particularités de la procédure dont il s'agit. Il faut donc prendre en compte l'ensemble des instances suivies dans l'ordre juridique interne et le rôle qu'y a joué la juridiction supérieure en cause.[192]

Donc, également pour ce qui est de l'éventuelle aide judiciaire, il n'existe pas un droit absolu à en bénéficier, même si en première instance tel a bien été le cas. Les *intérêts de la justice* ne sauraient, selon la jurisprudence, «aller jusqu'à en commander l'octroi toutes les fois qu'un condamné, n'ayant au-

188 *Pham Hoang c. France*, CEDH, 25 septembre 1992, série A, n° 243/39.
189 *Croissant c. Allemagne*, *supra* note 186, 36.
190 *Granger c. Royaume-Uni*, *supra* note 64, 46.
191 *Quaranta c. Suisse*, CEDH, 24 mai 1991, série A, n° 205/33-35.
192 *Tripodi c. Italie*, *supra* note 69, 27.

cune chance objective de succès, souhaite relever appel après avoir obtenu en première instance un procès équitable comme le veut l'article 6».[193]

Un problème intéressant a été évoqué au sujet des obligations incombant à l'Etat en cas de désignation d'un avocat d'office.

Il est bien vrai que lorsque les conditions prévues sont remplies, les autorités nationales procèdent à la nomination d'un avocat d'office qui devra assister l'accusé. Mais il ne saurait être question en l'occurrence d'interpréter restrictivement les obligations incombant à l'Etat en l'espèce, comme si celles-ci prenaient fin dès lors qu'un avocat a été désigné et ne concernaient pas la phase ultérieure, et capitale, de l'activité qui doit être déployée par l'avocat commis d'office pour qu'il soit assuré à l'accusé le droit à une défense effective.

C'est bien d'une *assistance* qu'il doit s'agir ici, comme le prévoit littéralement le paragraphe 3(c) de l'article 6 de la Convention (assistance d'un défenseur). Or, une simple nomination qui ne se soucierait pas de vérifier si, *in concreto*, a été déployée une véritable activité de défense, n'est pas de nature à assurer à elle seule l'effectivité d'une *assistance*, car l'avocat d'office peut mourir, tomber gravement malade, avoir un empêchement durable ou se dérober à ses devoirs. Si on les avertit, précise la jurisprudence, les autorités doivent le remplacer ou l'amener à s'acquitter de sa tâche. Adopter une interprétation différente et restrictive «conduirait à des résultats déraisonnables, incompatibles avec le libellé de l'alinéa (c) comme avec l'économie de l'article 6 considéré dans son ensemble; l'assistance judiciaire gratuite risquerait de se révéler un vain mot en plus d'une occasion».[194]

La désignation d'un avocat d'autorité par les tribunaux est de nature par elle-même à soulever des problèmes, qu'il s'agisse d'un avocat d'office désigné dans le cadre de l'assistance ou de l'aide judiciaire, ou d'un avocat commis d'office afin d'assurer la défense de l'accusé qui par exemple refuserait toute forme de défense.

Avant de désigner un avocat dans de telles conditions, les juridictions nationales doivent, en règle générale, se soucier des vœux de l'accusé qui en quelque sorte est le bénéficiaire d'une telle désignation. Toutefois, le cours de la justice ne saurait être paralysé par un refus opposé par l'accusé, car il importe d'assurer que celle-ci soit administrée et donc éviter des interruptions et ajournements qui la retarderaient indûment. Dans ce cas, s'il existe des motifs pertinents et suffisants de juger que les intérêts de la justice le commandent, les autorités peuvent passer outre un refus qui se révélerait, dès lors, injustifié.[195]

193 *Monnell et Morris c. Royaume-Uni*, *supra* note 164, 67.
194 *Artico c. Italie*, *supra* note 5, 33; voir aussi *Kamasinski c. Autriche*, *supra* note 10, 65.
195 *Croissant c. Allemagne*, *supra* note 186, 29.

Comme on vient de le voir, l'activité de défense elle-même peut faire l'objet d'un contrôle de la part des autorités judiciaires. Il s'agit là, peut-être, de l'aspect le plus délicat des rapports qui s'instaurent au cours du procès entre le juge et le défenseur. Or, afin qu'il puisse exercer pleinement ses droits, l'avocat doit être tout naturellement indépendant de l'Etat qui représente, en matière pénale, l'accusation, c'est-à-dire l'adversaire objectif de l'accusé. A la vérité, cet aspect concerne deux éléments qu'il importe de tenir distincts: d'une part, l'étendue des devoirs qui incombent à l'avocat, dont la responsabilité professionnelle pourra être mise en cause devant les organes disciplinaires du Barreau dont il relève; d'autre part, le respect des principes d'un procès équitable – et d'une défense effective – qui fait partie des obligations assumées par l'Etat par la ratification de la Convention.

Le principe applicable en l'espèce est que, compte tenu de l'indépendance du barreau qu'il importe de préserver, la conduite de la défense appartient pour l'essentiel à l'intéressé et à ses représentants. En règle générale, donc, les actes ou décisions voire l'inactivité du conseil d'un accusé, qu'il s'agisse d'un avocat d'office ou choisi par l'accusé lui-même, ne sauraient engager la responsabilité de l'Etat.[196] Toutefois, il incombe aux autorités nationales d'intervenir «en cas de carence manifeste ou suffisamment signalée à leur attention».[197] Ce contrôle est normalement le fait de l'autorité judiciaire. On pourrait estimer que, par là, l'indépendance même du barreau puisse se trouver affectée. Il faut, nous semble-t-il, nuancer quelque peu le propos. D'abord l'intervention, si intervention il y a, doit se limiter à des situations extrêmes où l'inactivité de l'avocat est patente et susceptible de porter préjudice à une bonne administration de la justice. La prudence et la retenue du juge doivent être donc de mise. Ensuite, l'intérêt que pareille intervention vise à sauvegarder se rattache à un principe fondamental, celui de la prééminence du droit. L'on ne saurait admettre dès lors qu'un individu puisse être condamné pénalement sans qu'il ait pu se défendre efficacement: il y va du respect que les justiciables doivent témoigner pour cette fonction éminente de l'Etat qui est de rendre justice d'une façon équitable.

Quant au contenu même de l'activité de défense, certains principes ont été dégagés en la matière par la jurisprudence.

Un principe élémentaire de déontologie veut que l'accusé ne dispose pas d'un droit illimité à user de n'importe quel argument pour sa défense. Par exemple, il a été précisé que l'on «élargirait outre mesure la notion de droits de la défense si l'on admettait qu'un accusé échappe à toute poursuite lorsque, dans l'exercice de ces droits, il incite intentionnellement à soupçonner à tort d'un comportement répréhensible un témoin, ou une autre personne

196 *Artico c. Italie*, *supra* note 5, 36; *Imbrioscia c. Suisse*, *supra* note 71, 41; *Tripodi c. Italie*, *supra* note 69, 30.

197 *Stanford c. Royaume-Uni* , CEDH, 23 février 1994, série A, n° 282-A/28.

participant à la procédure».[198] Dans le même ordre d'idées, la simple possibilité de poursuivre ultérieurement un prévenu en raison d'allégations formulées pour sa défense ne saurait passer pour porter atteinte aux droits de la défense. Il pourrait en aller différemment «s'il s'avérait que la législation ou la pratique nationale créent, par leur rigueur exagérée en la matière, un risque de telles poursuites assez grand pour paralyser en vérité le libre exercice de ces droits par l'accusé».[199]

Par contre, l'activité de défense elle-même doit pouvoir compter sur le respect de principes qui lui permettent de s'acquitter de ses tâches de manière efficace.

Un des aspects sur lequel s'est concentrée l'attention de la jurisprudence a été celui des facilités dont doit bénéficier la défense pour ce qui est des contacts entre accusé et avocat.

D'une manière générale, l'avocat de la défense ne peut pas s'acquitter convenablement de ses tâches s'il n'est pas autorisé à s'entretenir sans témoin avec son client. Dès lors et en principe, il n'est pas compatible avec le droit à l'assistance effective d'un avocat de soumettre les contacts de l'avocat avec son client accusé au contrôle du tribunal.

Bien que le droit pour l'accusé de communiquer librement avec son avocat, pour la préparation de sa défense ou pour toute autre raison ne soit pas expressément mentionné dans la Convention, cela ne signifie pourtant pas qu'un tel droit ne puisse implicitement être déduit de ses dispositions, et notamment de l'article 6 paragraphe 3(b) et (c) de la Convention.

En particulier, le droit pour l'accusé de communiquer avec son avocat hors de portée d'ouïe d'un tiers figure parmi les exigences élémentaires du procès équitable dans une société démocratique. Si un avocat ne pouvait s'entretenir avec son client sans une telle surveillance et en recevoir des instructions confidentielles, «son assistance perdrait beaucoup de son utilité, alors que le but de la Convention consiste à protéger des droits concrets et effectifs».[200]

Par ailleurs, s'il est vrai que la possibilité pour l'accusé de s'entretenir avec son défenseur est un élément essentiel à la préparation de sa défense, on ne saurait cependant soutenir que le droit de s'entretenir avec son conseil et d'échanger avec lui des instructions ou informations confidentielles ne puisse pas être soumis à des restrictions.[201] Il est entendu, toutefois, que ces restrictions, admissibles dans leur principe, ne doivent pas porter atteinte à la substance même du droit, et par là au principe du procès équitable qui est un peu la pierre de touche de toute mesure pouvant affecter les droits de la défense.

198 *Brandstetter c. Autriche*, *supra* note 178, 52.
199 *Ibid.*, 53.
200 *S. c. Suisse*, CEDH, 28 novembre 1991, série A, n° 220/49.
201 *Can c. Autriche*, *supra* note 65, 52.

4. Procès équitable: preuves et témoignages

La valeur de la preuve et des témoignages est en quelque sorte au centre même du contentieux, car elle conditionne le jugement sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Aussi, importe-t-il de préciser, compte tenu des pouvoirs du juge supranational, limités comme on l'a vu par la doctrine de la *quatrième instance*, quelles sont les règles applicables à l'administration des preuves dans le cadre d'un procès pénal.

Le principe de base est qu'il revient en général aux juridictions nationales – et spécialement au tribunal de première instance – «d'apprécier les éléments rassemblés par elles et la pertinence de ceux dont les accusés souhaitent la production».[202] Il n'entre donc pas dans les attributions du juge supranational de substituer sa propre appréciation des faits à celle des juridictions internes.

Il appartient cependant aux organes de Strasbourg de rechercher «si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve à charge ou à décharge, a revêtu le caractère équitable voulu par l'article 6 paragraphe 1».[203]

En matière d'administration des preuves les principes suivants se dégagent de la jurisprudence.

D'abord, la charge de la preuve doit peser sur l'accusation et le doute profiter à l'accusé. Il s'ensuit qu'il incombe à l'accusation d'offrir des preuves suffisantes pour fonder une déclaration de culpabilité.[204]

Ensuite, les éléments de preuve doivent en principe être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire.[205]

Le mode de présentation des preuves est étroitement lié à l'exercice des droits de la défense. Ainsi, pour ce qui est des preuves produites par l'accusation, ces droits commandent d'accorder à l'accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur, au moment de la déposition ou plus tard.[206]

Tel est le cas par exemple pour l'emploi de dépositions, remontant à la phase de l'enquête préliminaire et de l'instruction, qui peut être admis à condition toutefois que l'on respecte les droits de la défense en accordant à l'accusé la possibilité de les contester. Il y a lieu de préciser, à cet égard, que

202 *Vidal c. Belgique*, CEDH, 22 avril 1992, série A, n° 235-B/33.
203 *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, *supra* note 55, 68; voir aussi *Kostovski c. Pays-Bas*, *supra* note 2, 39; *Windisch c. Autriche*, CEDH, 27 septembre 1990, série A, n° 186/25; *Delta c. France*, CEDH, 19 décembre 1990, série A, n° 191-A/35.
204 *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, *supra* note 55, 77.
205 *Ibid.*, 78.
206 *Unterpertinger c. Autriche*, CEDH, 24 novembre 1986, série A, n° 110/31.

la Convention exige ici aussi, le strict respect du principe de la contradiction «l'une des principales garanties d'une procédure judiciaire».[207]

En outre, pour ce qui est de l'admissibilité des preuves en tant que telle, il s'agit là d'une matière qui relève au premier chef du droit interne.[208]

Enfin, l'on doit souligner qu'en ce qui concerne l'utilisation des présomptions de fait et de droit – qui à elles seules peuvent modifier dans un sens défavorable à l'accusé l'administration des preuves – il y a lieu de les «enserrer dans des limites raisonnables, prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense».[209]

La preuve par témoins, et en général l'utilisation du contenu des témoignages, peut influer de façon décisive sur l'administration des preuves. La règle applicable est qu'il incombe en principe au juge national de décider de la nécessité ou de l'opportunité de citer un témoin et que seules des circonstances exceptionnelles pourraient conduire à conclure à l'incompatibilité avec l'article 6 de la Convention de la non-audition d'une personne comme témoin.[210]

Dès lors, il appartient en principe aux autorités nationales de juger de l'utilité d'une offre de preuve par témoins. La Convention n'exige pas la convocation et l'interrogation de tout témoin à décharge qui serait proposé par l'accusé. Ce qu'elle exige en revanche, c'est le respect d'une complète égalité entre accusation et défense, comme l'indiquent d'ailleurs les mots «dans les mêmes conditions» dont se sert le paragraphe 3(d) de l'article 6.[211]

En matière d'utilisation de témoignages les autorités judiciaires disposent d'un pouvoir discrétionnaire que la jurisprudence lui reconnaît d'ailleurs. Bien évidemment, ce pouvoir n'est pas illimité même pour ce qui est de la politique répressive vis-à-vis de la grande criminalité. Ce qui a fait problème c'est l'utilisation des témoignages anonymes rendus devant la police ou le juge d'instruction, en l'absence du prévenu et de son conseil, par des informateurs de la police voire des agents infiltrés, et dont les déclarations, qui n'avaient pu être renouvelées en audience publique, avaient conduit à la condamnation des accusés.

En l'espèce, la jurisprudence a essayé de concilier la nécessité de lutter contre le fléau de la grande criminalité et le respect des droits essentiels de la défense. Si la défense, a-t-on affirmé, ignore l'identité d'un individu qu'elle essaie d'interroger, elle peut se voir privée des précisions lui permettant d'établir qu'il est partial, hostile ou indigne de foi. Un témoignage ou d'autres déclarations chargeant un accusé peuvent fort bien constituer un

207 *Kamasinski c. Autriche, supra* note 10, 102.
208 *Schenk c. Suisse*, CEDH, 12 juillet 1988, série A, n° 140/46, voir aussi *Kostovski c. Pays-Bas, supra* note 2, 39; *Windisch c. Autriche, supra* note 203, 25.
209 *Pham Hoang c. France, supra* note 188, 33.
210 *Bricmont c. Belgique*, CEDH, 7 juillet 1989, série A, n° 158/89.
211 *Vidal c. Belgique, supra* note 202, 33.

mensonge ou résulter d'une simple erreur; la défense ne peut guère le démontrer si elle ne possède par les informations qui lui fourniraient le moyen de contrôler la crédibilité de l'auteur ou de jeter le doute sur celle-ci.[212]

Il est bien vrai que l'expansion de la délinquance organisée commande l'adoption de mesures appropriées, mais ceci ne doit pas conduire à arrêter des mesures allant à l'encontre du principe selon lequel toute personne a droit, dans une société civilisée, à une procédure judiciaire contrôlable et équitable. Nulle considération d'efficacité ne peut dès lors justifier une aussi profonde atteinte au droit à une bonne administration de la justice que celle qui résulte de l'utilisation, comme seul élément de preuve à charge, d'un témoignage anonyme.[213] Voilà donc la limite à ne pas franchir. Dans une société démocratique,

> le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité. La Convention n'empêche pas de s'appuyer, au stade de l'instruction préparatoire, sur des sources telles que des indicateurs occultes, mais l'emploi ultérieur de déclarations anonymes comme des preuves suffisantes pour justifier une condamnation soulève un problème différent.[214]

5. Procès équitable: traduction et interprétation

Aux fins d'un procès équitable, l'interprétation dans une langue connue de l'accusé joue un rôle capital. Ainsi, interprétée dans la perspective du droit à un procès équitable, la disposition contenue au paragraphe 3(e) de la Convention, siège de la matière, signifie que l'accusé ne comprenant ou ne parlant pas la langue employée à l'audience «a droit à l'assistance gratuite d'un interprète afin que lui soient traduits ou interprétés tous les actes de la procédure engagée contre lui qu'il lui faut comprendre pour bénéficier d'un tel procès».[215]

L'interprétation qui doit être assurée tend à éviter une inégalité de traitement entre nationaux et étrangers. Elle vise, en effet, «à empêcher, pour assurer le droit à un procès équitable, toute inégalité entre un accusé qui ne connaît pas la langue employée à l'audience et un accusé qui la parle et la comprend».[216]

L'assistance gratuite d'un interprète ne vaut pas pour les seules déclarations orales à l'audience, mais aussi pour les pièces écrites et pour l'instruction préparatoire.

212 *Kostovski c. Pays-Bas*, *supra* note 2, 42.
213 *Ibid.*, 44.
214 *Ibid.*; même principe, *Windisch c. Autriche*, *supra* note 203, 30.
215 *Luedicke, Belkacem et Koç c. Allemagne*, CEDH, 28 novembre 1978, série A, n° 29/48; voir aussi *Kamasinski c. Autriche*, *supra* note 10, 74.
216 *Luedicke, Belkacem et Koç c. Allemagne*, *supra* note 215, 53; voir aussi *Kamasinski c. Autriche*, *supra* note 10, 75.

Afin de tempérer la rigueur d'un principe qui, s'il était appliqué sans une certaine souplesse, conduirait nécessairement à des conséquences négatives, et du point de vue de la durée des procédures et du poids financier à supporter par nombre d'Etats, la jurisprudence a tenu à préciser qu'il n'est pas exigé une traduction écrite de toute preuve documentaire ou pièce officielle du dossier. L'exigence minimum est que l'assistance prêtée en matière d'interprétation «doit permettre à l'accusé de savoir ce qu'on lui reproche et de se défendre, notamment en livrant au tribunal sa version des événements».[217]

Dans ce cadre également, la jurisprudence veille afin que le droit ainsi garanti soit concret et effectif et qu'il y ait donc à charge de l'Etat une obligation positive de résultat, celle d'assurer une interprétation adéquate. L'obligation des autorités compétentes «ne se limite donc pas à désigner un interprète: il leur incombe en outre, une fois alertées dans un cas donné, d'exercer un certain contrôle ultérieur de la valeur de l'interprétation assurée».[218]

Enfin, l'interprétation dont doit bénéficier celui qui ne connaît pas la langue employée à l'audience, et qui généralement est un étranger souvent dépourvu de moyens, doit faire partie du cadre normal des garanties d'un procès équitable, sans que le bénéficiaire soit nécessairement obligé d'en supporter les frais.

Selon la jurisprudence, le droit protégé par l'article 6 paragraphe 3(e) de la Convention comporte, «pour quiconque ne parle ou ne comprend pas la langue employée à l'audience, le droit d'être assisté gratuitement d'un interprète sans pouvoir se voir réclamer après coup le paiement des frais résultant de cette assistance».[219] En effet, les termes *gratuitement (free)*, qui figurent dans la disposition précitée, ont en eux-mêmes un sens clair et précis. Ils ne visent «ni une remise sous condition, ni une exemption temporaire ni une suspension, mais bien une dispense ou exonération définitive».[220] Le lien qui a été établi entre interprétation gratuite et procès équitable ressort avec une particulière netteté de la jurisprudence. On irait à l'encontre non seulement du sens ordinaire des termes *gratuitement (free)*, mais encore de l'objet et du but de l'article 6 de la Convention et, en particulier, de son paragraphe 3(e),

> si l'on ramenait cette dernière disposition à la garantie d'un droit à une dispense provisoire de paiement, qui n'empêcherait pas les juridictions internes de faire supporter les frais d'interprète par le condamné: le droit à un procès équitable que veut sauvegarder l'article 6 se trouverait lui-même atteint.[221]

217 *Kamasinski c. Autriche*, *supra* note 10, 74.
218 *Ibid.*
219 *Luedicke, Belkacem et Koç c. Allemagne*, *supra* note 215, 46; *Öztürk c. Allemagne*, *supra* note 15, 58.
220 *Luedicke, Belkacem et Koç c. Allemagne*, *supra* note 215, 40.
221 *Ibid.*, 42.

Remarques finales

Justices nationales et justice européenne: dissonances et harmonisation

Il n'est pas aisé, même dans un domaine où l'essentiel semble résider dans le respect des règles de procédure, de faire le point sur ce qui doit être la *loi commune* des Etats démocratiques. D'autant qu'en l'occurrence il s'agit d'un domaine où les Etats souhaitent garder un pouvoir réel en matière d'adaptation des grands principes à un domaine particulièrement mouvant comme l'est celui de l'administration de la justice.

Bien qu'il s'agisse d'un domaine lié si étroitement à l'exercice des pouvoirs souverains de l'Etat, le droit de procédure en matière pénale, qui vise à fixer des règles de comportement plus qu'à préciser le contenu de droits matériels, se prête le mieux à une réglementation à l'échelle européenne, dans l'optique d'une harmonisation du droit. Par les garanties dont il entoure l'exercice, souvent périlleux, de l'action pénale, le droit processuel pénal tel qu'il résulte des principes dégagés par la jurisprudence européenne, devient en quelque sorte une des marques de la nouvelle citoyenneté européenne.

La réglementation qui en résulte ne saurait plus se satisfaire au niveau national d'apparences ou de faux-fuyants. Le droit, tel que l'entend la Convention, ne doit plus être considéré comme la résultante abstraite d'une réflexion qui ne prenne pas en compte la dignité, y compris la dignité juridique, de la personne.

L'expérience montre que bien des dissonances entre justices nationales d'une part et justice européenne d'autre part, émaillent l'histoire jurisprudentielle qui s'est déroulée à Strasbourg devant la Commission et la Cour européennes.

Ces dissonances semblent trouver leur origine dans deux causes possibles.

D'abord, une méconnaissance des règles du droit interne ou une mauvaise prise en compte, dans le déroulement des procédures pénales (en matière de durée notamment) des légitimes attentes des justiciables.

Ensuite, un décalage parfois assez grand – et dont les responsables sont le plus souvent le législateur mais aussi les plus hautes juridictions nationales – entre le respect des droits conférés par la Convention à l'accusé et les nécessités liées à la poursuite efficace des infractions pénales.

La première dissonance reflète une application du droit interne incorrecte qui, cependant, ne met pas en cause la conformité de la législation avec la Convention; la deuxième un état de conflit entre cette législation et les dispositions de la Convention telle qu'interprétées par les organes de Strasbourg.

L'exemple peut-être le plus frappant de l'indifférence que les systèmes juridiques peuvent témoigner envers les justiciables est celui de la durée, excessive et souvent insupportable, des procédures pénales. Si, en matière

civile, la jurisprudence européenne semble faire preuve d'une relative compréhension, compte tenu des spécificités du contentieux civil, notamment le principe suivant lequel les parties disposent des pouvoirs d'initiative et d'impulsion, en matière pénale elle affirme de plus en plus une règle rigoureuse: la durée doit être strictement proportionnée aux besoins de l'enquête, de l'instruction et du jugement, étant entendu que les autorités judiciaires doivent montrer une diligence particulière dans l'accomplissement des devoirs qui leur incombent. Bien évidemment, la proportionnalité de la durée doit prendre en compte les nécessités évidentes de la lutte contre le terrorisme et la grande criminalité, mais toujours dans le respect de ce qui doit être la règle d'or de conduite: les Etats sont tenus d'agencer leur système juridique de telle façon que ceux-ci puissent administrer la justice dans des délais raisonnables, en dotant au besoin les tribunaux des moyens appropriés.

Un autre exemple d'indifférence peut être tiré de la relative passivité de certaines juridictions nationales en matière de respect effectif des droits de la défense.

Que dire en effet de la situation d'un requérant détenu lequel n'a pas été mis en mesure de comparaître devant la cour d'appel, dont l'arrêt a conduit à l'aggravation de la peine qui lui a été infligée en première instance, qui, de surcroît, a été privé des services de l'avocat de son choix, parce que la date d'audience n'a pas été communiquée à ce dernier, et qui en définitive a été assisté d'un avocat commis d'office sans que celui-ci ait bénéficié du temps pour préparer la défense? C'est bien la passivité des autorités judiciaires qui a été sanctionnée dans cette affaire car elles auraient dû, pour le moins, «tout en respectant le principe fondamental de l'indépendance du Barreau, adopter des mesures positives destinées à permettre à l'avocat d'office de remplir sa tâche dans les meilleures conditions».[222]

Une dissonance plus substantielle apparaît lorsqu'il y a conflit entre la législation nationale et la Convention. Dans cette hypothèse, c'est la loi elle-même qui est visée, dans la mesure où elle consacre, par exemple, une inégalité de nature à affecter les droits fondamentaux d'un accusé. Tel peut être le cas, par exemple, d'une législation qui autorise la présence de l'avocat général au délibéré de la Cour de cassation, même avec simple voix consultative. Il va de soi que l'objectivité d'un haut magistrat tel un avocat général ne saurait être mise en doute. Il a toutefois été souligné que si ce magistrat requiert le rejet du pourvoi formé par l'accusé, il devient par là même son adversaire objectif et que, dans ce cas, il s'impose de respecter les droits de la défense ainsi que le principe de l'égalité des armes.[223]

Face à ces dissonances quelle peut être la dynamique unificatrice de la jurisprudence de Strasbourg?

222 *Goddi c. Italie*,CEDH, 9 avril 1984, série A, n° 76/31.
223 *Borgers c. Belgique*, *supra* note 152.

D'abord et en amont, le système juridique peut être mis en harmonie avec les exigences de la Convention, telles que précisées par la jurisprudence, au moment même où l'Etat envisage de ratifier ce texte ou lorsqu'il s'apprête à reconnaître la compétence des organes de Strasbourg. Les exemples, venant surtout des nouveaux pays membres de l'Europe centrale et orientale, sont nombreux et probants. L'harmonisation peut également intervenir à un moment ultérieur, lorsqu'un arrêt de la Cour constate une violation par rapport à une mesure nationale prise en application d'une disposition du code de procédure pénale et que l'Etat se trouve dès lors obligé d'y donner exécution, «contraint» par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe dans le cadre de la procédure d'exécution prévue à l'article 54 de la Convention.

Un exemple, parmi beaucoup d'autres, est constitué par les mesures prises par le gouvernement des Pays-Bas à la suite de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Kostovski*. Dans cette affaire la Cour a conclu à la violation de l'article 6 paragraphe 3(d), combiné avec l'article 6 paragraphe 1, car le requérant n'avait pas eu l'occasion de faire interroger des témoins anonymes et pouvoir contester leurs dépositions. Dans le cadre de la procédure d'exécution de l'arrêt, le gouvernement a informé le Comité des ministres que plusieurs modifications du code de procédure pénale étaient intervenues fixant de nouvelles règles en la matière.[224]

Il y a eu, également, des modifications «spontanées» de certaines dispositions du code de procédure pénale suite à une décision de la Commission de recevabilité, et cela dans le cadre d'un règlement amiable, ou après un avis au fond de celle-ci constatant une violation de la Convention dans le cadre d'un rapport adopté selon l'article 31 de cette dernière. En voici quelques exemples.

Dans une affaire réglée à l'amiable devant la Commission, le requérant, accusé détenu, s'est plaint de ne pas avoir eu l'autorisation d'assister à l'audience d'appel et que, s'agissant de l'instance en cassation, l'échange confidentiel de communications entre le juge rapporteur et le procureur général avait enfreint l'égalité des armes. Moyennant le règlement amiable intervenu après la décision de recevabilité[225] les dispositions litigieuses du code de procédure pénal autrichien ont été modifiées.[226]

Une autre affaire intéressante à cet égard a fait l'objet d'un règlement amiable devant la Cour sans que celle-ci se soit prononcée au fond. Dans cette affaire, la Commission avait conclu à la violation de l'article 6 de la Convention du fait des mesures restrictives prises par le juge d'instruction en matière de contacts entre l'accusé et son défenseur.[227] Les informations

224 Voir annexe II.
225 Voir annexe III.
226 Comm DH, n°8289/78, *Peschke*, Rapport du 13 octobre 1981, DR 25, 182.
227 Affaire *Can c. Autriche, supra* note 65, avis de la Commission reproduit en annexe à l'arrêt de la Cour.

fournies par le gouvernement après la radiation de l'affaire dans le cadre de la procédure d'exécution visée à l'article 54 indiquent que les dispositions incriminées du code de procédure pénale ont été modifiées dans le sens souhaité par la Commission.[228]

En guise de conclusion, l'on peut faire les remarques suivantes. Dans de nombreux systèmes juridiques européens, il existe encore, en matière de procès pénal, des pesanteurs qui, greffées sur une tradition parfois figée, retardent des évolutions nécessaires et inévitables. Ainsi, bien qu'en règle générale un arrêt rendu par la Cour n'oblige pas un Etat à remettre en cause l'autorité de la chose jugée au pénal, l'on peut s'interroger sur l'opportunité de continuer à reconnaître à une décision acquise au mépris des principes d'un procès équitable l'autorité de la chose jugée lorsque, par un arrêt définitif, la Cour européenne a constaté une violation de la Convention. Il y va non pas tellement de la crédibilité du système de protection européen, mais surtout de la confiance des justiciables dans un système répressif qui aurait failli à sa mission première: celle de respecter d'abord et avant tout les droits et libertés individuels.

Il n'est que de citer, comme exemple d'une remarquable sensibilité aux exigences d'une justice nationale qui intègre autant que faire se peut la dimension supranationale, l'arrêt rendu par le Tribunal constitutionnel espagnol suite à un arrêt de condamnation de la Cour de Strasbourg qui avait estimé que le déroulement d'un procès pénal concernant trois requérants avait enfreint les principes du procès équitable.[229] Après cet arrêt, le tribunal constitutionnel a ordonné la réouverture du procès pénal. A la suite de ce nouveau procès, les requérants ont été acquitté, faute de preuves suffisantes.

Comme on l'a vu tout au long de cet exposé, la jurisprudence de Strasbourg a produit une dynamique qui, dans le cadre du droit processuel pénal, a amené à une prise de conscience chez tous ceux qui, de l'exécutif au législatif et au judiciaire, contribuent à l'élaboration de la réglementation applicable au procès pénal.

Malgré les indéniables progrès réalisés, la difficulté majeure que rencontre cette dynamique unificatrice, toutefois, semble résider essentiellement dans le fait qu'il se révèle assez ardu, dans les circonstances complexes dans lesquelles évoluent les sociétés européennes, de provoquer un changement profond et durable des mentalités en matière de procès pénal. Seul le développement d'une culture qui privilégie les droits fondamentaux mais qui respecterait, bien entendu, les intérêts légitimes de la collectivité, notamment pour ce qui est de la défense des institutions démocratiques, peut amener et consolider pareil changement.

228 Voir annexe IV.
229 Article 50, *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne, supra* note 55.

Il revient à la jurisprudence des organes de Strasbourg le mérite d'avoir esquissé ce qui, au moins au niveau des grands principes, doit être un nouveau modèle de procès pénal européen. Tout cela s'inscrit assurément dans le grand dessein visant à définir, dans cette matière également, les contours d'un droit commun valant pour l'ensemble des démocraties européennes.

Annexe I

Texte des articles 5 et 6 de la Convention

Article 5

1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales:

   a. s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent;
   b. s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi;
   c. s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci;
   d. s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente;
   e. s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond;
   f. s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.

3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.*c* du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

5. Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.

Article 6

1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à:

   a. être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui;

   b. disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense;

   c. se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent;

   d. interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;

   e. se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience.

Annexe II

Annexe à la Résolution DH (94) 47

Informations fournies par le gouvernement des Pays-Bas lors de l'examen de l'affaire Kostovski par le Comité des ministres

Plusieurs modifications du code de procédure pénale, introduites par la loi du 11 novembre 1993 (*Staatsblad* 603/1993), entrée en vigueur le 1er février 1994, fixent de nouvelles règles en ce qui concerne, d'une part, les témoins qui n'ont pas à révéler leur identité et, d'autre part, les moyens de protéger les droits des accusés dans le cas où de tels témoignages peuvent être utilisés dans des procédures criminelles. Le gouvernement des Pays-Bas considère que ces changements empêcheront la répétition de la violation de l'article 6, paragraphe s 1 et 3.d, constatée par la Cour dans l'affaire *Kostovski*.

Les personnes qui témoigneront sans révéler leurs nom, âge, profession, lieu de résidence ou leurs relations avec l'accusé sont définies à l'article 190. Ces personnes sont, d'une part, celles qui relèvent de la catégorie des «témoins menacés» (tels que définis aux articles 136.c et 226.a) et, d'autre part, celles qui risqueraient de rencontrer des problèmes ou d'être ennuyées dans l'exercice de leur profession, du fait de leur témoignage.

La décision d'autoriser ou non une personne à ne pas révéler son identité est adoptée par le juge d'instruction après qu'il a entendu le témoin lui-même, l'accusation et la défense. Cette décision est susceptible d'appel (article 226.a).

La procédure de recueil du témoignage d'un «témoin menacé» est établie à l'article 226.b-f: l'audition a lieu devant le juge d'instruction qui pourra ordonner que la défense ne soit pas présente, dans ce cas l'accusation sera aussi exclue de l'entretien. La défense et l'accusation doivent cependant être informées ultérieurement des déclarations du témoin et avoir la possibilité de lui poser des questions, soit par des moyens de télécommunication soit par écrit. Si le juge d'instruction n'autorise pas la réponse à une question devant être communiquée, le procès-verbal doit juste indiquer que la question a été posée.

Si la défense demande l'audition du «témoin menacé» lors du procès, la preuve sera recueillie par le juge d'instruction de la manière exposée à l'article 226.

Les déclarations d'une personne désignée comme «témoin menacé» ne seront acceptées au cours du procès que si l'infraction est suffisamment grave pour justifier une détention provisoire et constitue, au vu de la nature de l'infraction, le caractère organisé des activités criminelles ou la connexion avec d'autres infractions commises par l'accusé, une atteinte grave à l'ordre juridique (article 342). Les déclarations d'un «témoin menacé», en vertu de

l'article 226, sont lues à l'audience publique et sont considérées comme étant effectuées lors de l'audience (article 295).

Les déclarations faites par d'autres témoins anonymes ne pourront être utilisées que si d'autres preuves importantes viennent les corroborer et si la défense n'a pas demandé que le témoin comparaisse (article 334).

Les déclarations faites par un «témoin menacé» ou par des personnes dont l'identité ne sera pas révélée ne pourront en elles-mêmes – sans la corroboration d'autres sources de preuves – constituer une preuve de la culpabilité de l'accusé (article 344.a). De plus, si la déclaration de telles personnes est utilisée comme une preuve, le jugement doit en indiquer les raisons (article 360).

Annexe III

N°8289/78, Peschke, Rapport du 13.10.81

Annexe au Règlement amiable

Avant-projet de loi de 1981 portant modification de la législation pénale

Chapitre II Modification du code de procédure pénale

Le code de procédure pénale de 1975, *Gazette fédérale des lois* n° 631, tel que modifié ... est en outre modifié comme suit:

(...)

26. La deuxième phrase de l'article 294 paragraphe 5 est remplacée par le texte suivant:

> la fixation de la date de l'audience et l'organisation de celle-ci sont régies par les dispositions des articles 286 et 287, étant entendu qu'un accusé en liberté doit toujours être sommé de comparaître et – qu'un accusé en état d'arrestation doit, s'il le demande, être également amené devant le tribunal afin d'assister à l'audience si celle-ci est consacrée à l'examen d'un appel interjeté, au détriment de l'accusé, contre la sentence qui lui a été infligée ou si sa présence est, par ailleurs, requise dans l'intérêt de le justice.

28. La deuxième phrase de l'article 296 paragraphe 3 est remplacée par le texte suivant:

> la fixation de la date de l'audience et l'organisation de celle-ci sont régies par les dispositions des articles 286 et 287, étant entendu qu'un accusé en liberté doit toujours être sommé de comparaître et qu'un accusé en état d'arrestation doit, s'il le demande, être également amené devant le tribunal afin d'assister à l'audience si celle-ci est consacrée à l'examen d'un appel interjeté, au détriment de l'accusé, contre la sentence qui lui a été infligée ou si sa présence est, par ailleurs, requise dans l'intérêt de la justice.

Mémoire explicatif

S'agissant des n° 26 et 28 (articles 294 et 296 du code de procédure pénale). Les dispositions qui régissent la procédure en cas d'appel d'une sentence ont été modifiées par la loi de 1962 portant modification de la procédure pénale (*Gazette fédérale des lois*, n° 229), adoptée à la faveur d'une requête alors en instance devant la Commission européenne des droits de l'homme. Le droit de l'accusé d'être présent à l'audience d'appel a été réglementé, comme suit: un accusé en liberté doit toujours être sommé de comparaître et un accusé en état d'arrestation peut également être amené devant le tribunal afin d'assister à l'audience. La réglementation, dans sa deuxième partie, s'inspirait de la considération que l'impression suscitée par la personne de l'accusé peut également constituer un facteur déterminant au regard de la fixation de la sanction (cf. le Mémoire explicatif joint au projet de loi gouvernemental, supplément n° 729 aux comptes rendus sténographiques de l'Assemblée nationale, 9° législature). En revanche, il a été estimé que, pour des raisons de sécurité et de financement, il ne serait pas possible de faire comparaître, dans le cadre de chaque affaire isolée, l'accusé en détention.

A la faveur d'une nouvelle requête en instance devant la Commission européenne des droits de l'homme, le ministère fédéral de la Justice a constaté que les juridictions compétentes pour statuer en appel sur une sentence ne font que dans des circonstances exceptionnelles usage de la possibilité de faire comparaître un accusé en détention. Il semblerait qu'elles renoncent fréquemment à faire usage de cette possibilité, même dans les cas où une telle comparution pourrait présenter un intérêt objectif, compte tenu de leur intention d'aggraver la sentence rendue en première instance. Le ministère fédéral de la Justice est d'avis qu'il conviendrait de limiter, dans la mesure définie dans le projet, le pouvoir discrétionnaire des juridictions d'appel.

Annexe IV

Annexe à la Résolution DH (88)5

Informations fournies par le gouvernement de l'Autriche lors de l'examen de l'affaire Can par le Comité des ministres

1. Le gouvernement autrichien a versé au requérant les sommes prévues dans le règlement amiable.

2. L'article 45 paragraphe 3 du code de procédure pénale a été amendé par la loi portant modification du droit pénal (*Strafrechtänderungsgesetz*) du 25 novembre 1987; cette loi est entrée en vigueur le 1er mars 1988. La nouvelle législation tient compte de l'avis exprimé par la Commission

européenne des droits de l'homme dans son rapport du 12 juillet 1984 concernant l'affaire *Can*.

Contrairement à la situation antérieure, la surveillance des entretiens entre, d'une part, une personne en détention du risque de collusion et, d'autre part, son avocat n'est plus obligatoire. L'article 45 paragraphe 3, tel qu'amendé, confère au juge d'instruction un pouvoir discrétionnaire à cet égard et, en même temps, restreint la possibilité de surveillance à des cas exceptionnels.

Avant communication de l'acte d'accusation, la surveillance des entretiens entre la personne en détention et son avocat peut avoir lieu:

- au cours des quatorze premiers jours de détention judiciaire; toutefois, cette surveillance ne peut avoir lieu si un risque de collusion, par suite de ces entretiens, peut être exclu;
- après les quatorze premiers jours de détention judiciaire, si des circonstances spéciales permettent de craindre qu'un entretien sans surveillance pourrait entraîner une collusion; la décision du juge à cet égard doit être motivée et la personne en détention peut faire appel d'une telle décision.

General Course
Human Rights in the New Europe

by

PETER LEUPRECHT

Academy of European Law (ed.),
Collected Courses of the Academy of European Law, Volume V, Book 2, 135–191.
© 1997 *Kluwer Law International. Printed in the Netherlands.*

Table of Contents

Introduction 143

Preliminary Remarks on the Author's Basic Philosophy and Approach 143

The New Dimension of the 'Europe of Human Rights' 144

I. The Concept, Political Environment and Fundamental Principles of Human Rights 146

A. The Concept of Human Rights 146

B. The Political Environment of Human Rights 148

C. The Fundamental Principles of Human Rights 149

1. Universality 149
2. Indivisibility 150
3. Solidarity 150

II. The Legal and Institutional Frameworks for the Implementation of Human Rights 151

A. The Domestic Level 151

B. The International Level 154

1. General Remarks 154
2. Types of International Institution and Machinery for the Protection and Promotion of Human Rights 156
3. Review of Some of the Existing International Institutions and Machinery for the Protection and Promotion of Human Rights 157

a) Institutions and Machinery Belonging to the UN Family 157

b) Regional Systems 157

c) The Council of Europe System for the Protection and Promotion of Human Rights 158

d) The European Convention on Human Rights 159

e) Accession to the Council of Europe and Monitoring of Member States' Compliance with Council of Europe Standards 174

III. The Difficult Implementation of Human Rights and their Underlying Principles 177

A. Torture versus Human Dignity 177
1. The History of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment 178
2. Salient Features of the European Convention for the Prevention of Torture 179
3. The European Convention for the Prevention of Torture – A New Departure 181

B. The Situation of Aliens versus Universality of Human Rights 182

C. Neglect of Economic, Social and Cultural Rights versus Indivisibility of Human Rights 184
1. Economic and Social Rights 184
2. Cultural Rights 187

IV. Threats And Challenges to the Cause of Human Rights at the Dawn of the 21st Century 188

A. Pan-Economic Ideology 188

B. The Rise of Aggressive Nationalism, Racism and, more Generally, Intolerance and Irrationality 189

Conclusion 191

Biography

Born in Salzburg (Austria) on 17 September 1937.

1955-1959:	Law studies at the University of Innsbruck culminating in a doctorate of law
1958-1961:	Assistant at the Institute of Public Law of the Law Faculty, University of Innsbruck
1959-1961:	Called to the Bar and worked in Chambers (specialized in public-law affairs)
1961:	Appointed to the Secretariat-General of the Council of Europe, Office of the Clerk of the Parliamentary Assembly
1962-1965:	Co-Secretary of the Committee on Political Affairs of the Parliamentary Assembly
1965-1969:	Secretary of the Committee on Legal Affairs of the Parliamentary Assembly
1969-1972:	Secretary of the Committee on Political Affairs of the Parliamentary Assembly
1972-1976:	Head of Division in the Office of the Clerk
1976-1980:	Secretary of the Committee of Ministers
1980-1993:	Director of Human Rights
1993:	Elected Deputy Secretary-General by the Parliamentary Assembly.

Has taught for several years at the Institute of Political Studies of the University of Strasbourg, at the European Centre of the University of Nancy and the Institute of Advanced European Studies of Strasbourg University.

Author of numerous publications in the field of law, European organizations and human rights.

Decoration:	Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort (Spain)
	Großes goldenes Ehrenzeichen mit dem Stern für Verdienste um die Republik Österreich (Austria)
Prize:	Prix du Civisme Européen 1991

Principal Publications

- 'Der Europarat und das Recht der nationalen Minderheiten', *Europa Ethnica* (1961) 146 ss.
- 'Das neutrale Österreich und Osteuropa aus der Sicht des Europarates', 8 *Die Republik* (1972-2) 22 ss.
- 'Gedanken zur zukünftigen Rolle des Europarates', *Die Evolution des öffentlichen Rechts, Festschrift für Felix Ermacora* (1974).
- 'A Council of Europe Human-Rights Foreign Policy?', *Protecting Human Rights: the European Dimension, Studies in Honour of Gérard J. Wiarda* (1988) 351 ss.
- 'Reflections on Human Rights'. Lecture given at the University of Gdansk (Poland), April 1988, published in 9 *HRLJ* (1988) parts 2-3, 163 ss.
- 'El convenio europeo para la prevencion de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes', Bilbao, September 1990.
- 'Protection internationale des droits de l'homme et répression des crimes individuels internationaux'. Rapport présenté au Colloque sur le règlement pacifique des différends internationaux en Europe, organisé par l'Académie de droit international de La Haye, September 1990.
- 'Human Rights Perspective in the Greater Europe'. Report presented to the General Assembly of the International Human Rights Law Association, Kyoto (Japan), 25 November 1990.
- 'Le Conseil de l'Europe et l'avenir des droits économiques et sociaux'. Intervention lors du Colloque sur la mise en œuvre des droits économiques et sociaux organisé par l'Institut autrichien des droits de l'homme en collaboration avec le Conseil de l'Europe, Salzburg, avril 1991, publiée dans 3 *Publications of the Austrian Human Rights Institute* (1991) 5 ss.
- 'Europaradets menneskerettighetssystem – Quo Vadis?', *Mennesker & Rettigheter, Nordisk Tidsskrift om Menneskerettigheter* (1992-1) 3 ss.
- 'L'éducation aux droits de l'homme – nouveaux défis dans une Europe nouvelle', *Inter-Dialogos* (1992-2) 11 ss.
- 'Europarat und Menschenrechte', *Dokumentation eines Seminars anläßlich des Gipfeltreffens des Europarates in Wien*, October 1993, 173 ss.
- 'Regional Review and Appraisal of the Nairobi Forward-looking Strategies on Equality, Development and Peace', Intervention at the

High-level Regional Preparatory Meeting for the Fourth World Conference on Women, Vienna, October 1994.

- '50ème anniversiare de l'évacuation et de la libération des camps d'Auschwitz'. Ouverture de la Commémoration, Strasbourg, 22 janvier 1995, 5 ss.
- *La Convention européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article* (1995) Articles 32 (pp. 699 ss) et 61 (pp. 905 ss).
- 'Minority Protection in Europe – Problems and Prospects'. Keynote address at the Vienna International Encounter on some current issues regarding the situation of national minorities, Vienna, 15 September 1995.
- 'Le message de Lévinas', *Dernières Nouvelles d'Alsace* (6.1.1996) 2.

Introduction

Preliminary Remarks on the Author's Basic Philosophy and Approach

The ambition of this general course on the protection of human rights is to be practical, concrete, topical and political in the noblest sense of the term. The aim is to put human rights in their philosophical, political and social context, to be frank and realistic and not to take the reader on a magical mystery tour of a lawyers' paradise. Human rights are infinitely more than a field of law or a legal technique. The philosophy of human rights denotes an attitude, a way of looking at people and society, people in society. It is of capital importance for human rights to have entered the sphere of law and of international and European law; they should have a growing impact on our legal systems. They should not, however, be confined in a sort of legal – let alone legalistic – ghetto. Human rights are too important to be left to lawyers alone. Human rights are and must be part of law, but they also denote a disposition of mind, a way of life, an attitude, a language, a commitment, a combat, a means of solidarity.[1] It is this broad and challenging concept of human rights that is at the basis of this general course.

The author's approach is admittedly and deliberately personal. The course is largely based on his own experience and on his perception of the problems of human rights in present-day Europe. His analysis is meant to be constructively critical; its purpose is to show not only that enormous progress has been made, but also that a lot remains to be done for Europe to live up to its professed ideals and principles in the field of human rights, which are facing serious threats and challenges. As far as the European Convention on Human Rights (ECHR) is concerned, the author deliberately refrains from dealing with the case-law, on which there is abundant literature, and which has been brilliantly set out in two previous general human rights courses at the Academy of European Law, namely, those by Jochen A. Frowein (*Collected Courses of the Academy of European Law,* Vol. I (1990-2) 267 ss.) and Carl Aage Norgaard (*ibid.*, Vol. II (1991-2) 21 ss.).

To his great shame, the author must admit that he has been very late in delivering the present written version of his course. The only advantage of this regrettable delay is the fact that some of the information could be updated. The date of conclusion is 15 April 1996.

1 Cf. the public lecture 'Reflections on human rights' which I delivered at the University of Gdansk (Poland) on 25 April 1988, published in 9 *HRLJ*, No. 2-3 (1988) 163 ss.

The New Dimension of the 'Europe of Human Rights'

Nobody can deny that Europe and the world have undergone radical changes in the last few years. Human rights have been an important factor in those changes, but have also been affected by them. 'The Europe of human rights' is acquiring a new dimension.

The turning point was, of course, the unforgettable year of 1989. In terms of thinking and values, the upheavals in Central and Eastern Europe seemed to signify a decisive comeback of the individual – the responsible individual, belonging to a democratic society, in control of his own destiny and possessed of inalienable rights and dignity – and a stinging rejoinder to those who, in East and West alike, were celebrating (like nazism and fascism before them) the death of the individual and human rights. The aspiration to democracy, the rule of law, justice, freedom and human rights made powerful, surging headway in Central and Eastern Europe and swept away old totalitarian regimes.

In the conclusions of the Chair of the Ministerial Conference on Human Rights organized by the Council of Europe in November 1990, it was stated:

> The representatives of the 23 Council of Europe member States as well as those from the other 11 States participating in the CSCE have met in Rome, in the very place where the European Convention on Human Rights was signed 40 years ago by 12 countries, not only to commemorate the past, but above all to lay the foundations for new European achievements in the human rights field. Human rights, which for a long time were a source of division between East and West, are now a factor for unity in the greater Europe...

It may be that we are too close to the event or too short-sighted to measure the historical significance of the profound change that occurred in 1989. Vaclav Havel has said that the collapse of communism is an historical turning point comparable in scale to the fall of the Roman Empire. The worthiest and most accomplished celebration of the bicentenary of the French Revolution and the Declaration of the Rights of Man and the Citizen was the work of people and peoples in Central and Eastern Europe.

1989 has radically changed the face of Europe. And the Council of Europe, the aim of which is to unite Europe on the basis of pluralist democracy, the rule of law and human rights, has changed too; it is enlarging rapidly. A reunited Germany is part of the organization, whose membership has soared from 23 in 1989 to 39 today. Fifteen new members from what used to be the Eastern bloc have joined the Council, including Russia; others are still knocking at its door. One of the questions now is where Europe ends.

On 8 and 9 October 1993, the Heads of State and Government of the then 32 Member States of the Council of Europe met for the first time in the organization's history for a summit conference in Vienna. The summit of the

32 was preceded by a meeting with 8 more countries, including Russia, whose applications for membership had been forwarded by the Committee of Ministers to the Parliamentary Assembly for opinion. If, only five or six years earlier, somebody had predicted that in 1993 the representatives of 40 States from Eastern and Western Europe would be meeting under the Council of Europe's roof, he or she would have been regarded as a naive dreamer. The pace of history has been fabulously rapid; but this is not, as some people have written, the end of history, the final victory of the 'Western system' or capitalism. Talking about the end of history and final victories reveals an unhistorical or anti-historical way of looking at the world. But even if history has not ended, one thing is certain: the world, Europe, the Council of Europe and human rights in Europe have entered a new era.

It must be said that the huge wave of hope generated by the extraordinary events of 1989 has largely spent itself today. Most of the post-communist countries are experiencing dramatic social and economic upheavals. The iron curtains and walls erected by the former regimes in the East have been replaced by the 'wall of prosperity'. The economic and social situation obtaining in most of the post-communist States does not create conditions conducive to the flowering of human rights and democracy. Euphoria has given way to disillusionment and resignation. It is like a hangover after the party – a long, too long hangover after the excitement of a brief and marvellous party.

The present-day situation of Europe and human rights in Europe gives rise to hope and fear. On the one hand, human rights seem to loom large on Europe's horizon at the close of the 20th century. From their Vienna Summit, the Heads of State and Government of the Council of Europe's Member States not only contemplated but also attempted to define the horizon of the new Europe. Their Vienna Declaration begins:

> The end of the division of Europe offers an historic opportunity to consolidate peace and stability on the continent. All our countries are committed to pluralist and parliamentary democracy, the indivisibility and universality of human rights, the rule of law and a common cultural heritage enriched by its diversity. Europe can thus become a vast area of democratic security. This Europe is a source of immense hope...

This Europe is indeed a source of hope, but it is also threatened by terrible dangers and confronted with formidable challenges, and so are human rights in Europe.

Geographically, the horizons of the 'Europe of human rights', of which the Council of Europe is the institutional expression and should be the guarantor, have widened remarkably. Before considering where to go next and how to push those horizons back even further, in terms not just of

geography, but also of substance, we may usefully remind ourselves where Europe comes from.

Capitalism, communism, nazism and fascism, nationalism and racism, as well as social Darwinism, are all part of Europe's heritage. Europe itself has not always been the home of human rights; this is a fact which needs restating. It must also be emphasized that human rights are not a purely European (or French) invention, even if Europe has, especially since the end of the 18th century, made a vital contribution to their contemporary and legal formulation. However, the roots of these rights are infinitely older and have much broader ramifications. In different periods of history, in different civilisations, in different cultures and different religions, we find a strong concern for mankind and a powerful, profound, though often repressed, aspiration of human beings to recognition of, and respect for, their fundamental dignity and what we now know as human rights.

After World War II, a phenomenon occurred which profoundly modified the parameters of the whole human rights issue: the irruption of human rights onto the international scene, the internationalization of human rights. This phenomenon owes a great deal to Europe – not to its virtue, but to the monstrous crimes of which it was the theatre under totalitarian, nazi, fascist and communist regimes, to this explosion of barbarism at the very heart of our continent, which believed itself so civilized. At a time which lacks a sense of history, confronted with a world which – alas! – often has a short, even defective, memory, it is crucial to recall this historical background to the international and European efforts to safeguard and promote human rights. Since the end of World War II, the major international human rights instruments have placed the human being at the heart of the international community, responsible for the collective protection of his or her dignity and fundamental rights.

I. The Concept, Political Environment and Fundamental Principles of Human Rights

A. The Concept of Human Rights

Human rights are rights which all human beings possess because they are human, which they carry with them, which cling to their skin, and not rights granted or bestowed on them by some superior authority; rights which they need to be able to live the life of a human being, a life worthy of a human being. This is a deliberately non-legal (and non-legalistic) attempt at defining the concept of human rights.

The idea of human dignity, of the equal dignity of all human beings, is the foundation of the entire human rights edifice. It implies that these rights

are, of necessity, universal, in other words, valid for all human beings; otherwise they would not merit their name. Universality is thus one of the basic principles of human rights.

Every human being is the holder of human rights. These are designed to protect not only an abstract individual, but also individuals in concrete situations (e.g. accused persons, workers...) and individuals as members of groups or communities (e.g. minorities). The awareness of the links between individuals and groups or communities is undoubtedly greater in some cultures than it is in the 'Western' one. In the past, there have been heated arguments in international fora on the relationship between 'individual' and 'collective' rights. Now that the ideological confrontation between 'East' and 'West' is largely a thing of the past, the time has perhaps come to adopt a more dispassionate approach to this relationship.

A right may be 'collective' by virtue of the way in which it is exercised or by virtue of its holder. Some of the rights and freedoms guaranteed by the major international treaties on human rights already presuppose the existence of other individuals, groups or communities with which or within which they are exercised. Examples include freedom of religion (Article 9 ECHR refers to the 'freedom, either alone or in community with others ... to manifest his religion or belief'), freedom of assembly, freedom of association, the right to organize and the right to free elections. These are rights which have a collective dimension because of the way in which they are exercised.

Another distinguishing factor is the holder of a right. Whereas individual rights are rights of human beings considered in their individual essence, collective rights in this sense would be the rights of groups or communities which bring individuals together. This naturally forces us to ask: What rights? And what groups?

Is it possible to accept the existence of human rights in the form of group rights? Perhaps the recognition of certain group rights is essential for self-fulfilment of the individual as a social being and for the achievement of an effective and genuine universality of human rights.

Rights for what groups? One might be inclined to accord certain rights to certain 'natural' groups, such as the family, the 'natural' group par excellence. But where does the concept 'natural' end? What about the 'human rights' of minorities, nations, peoples, even states?

One cannot possibly conceive of states possessing human rights. Even the idea of a nation or a people possessing human rights fills one with a kind of instinctive mistrust. One of the reasons is that these concepts have been and are still being 'hijacked' and abused. One knows to what extent the so-called rights of peoples or nations have been played off against individual rights, the community against the individual. In nazi doctrine, with its glorification of the *Volksgemeinschaft* (community of the people or *ethnos*), there was no

room for human rights, and eminent professors of law, zealous acolytes of the regime, triumphantly announced the death of human rights. One should never forget Adolf Hitler's terrible, blasphemous words, which adorned the main gate at Buchenwald: '*Mein Volk ist mein Gott*' ('My people is my god').

For many of those who set themselves up as the champions of the rights of peoples, 'people' is synonymous with 'state'. What they are actually doing is taking human rights and turning them, via the so-called rights of peoples, into the rights of the state: rights of the state *vis-à-vis* the individual, instead of human rights *vis-à-vis* the state.

'Collective' rights and individual human rights are both complementary and mutually exclusive. They are complementary because an individual can hardly be free and enjoy individual rights if he or she belongs to an oppressed group. At the same time, the two categories of rights may also be mutually exclusive. Conflicts can arise between them; how can these be settled?

According to Jean Rivero, the individual cannot and should not simply be reduced to his or her social environment. As he puts it,

> to recognize the rights of groups is to maintain that such rights must be capable of performing their function for the individual's benefit if the individual is to be a full human being. The rights of groups are nothing else than the right of the individual to receive from groups the means he needs for his self-fulfilment... Since the group derives its own rights from serving the individuals who compose it, it has no rights against the rights of the individual. In the hierarchy necessitated by the plurality of subjects, the individual takes precedence over the group, and the groups themselves can organize themselves only according to the closeness of their relationship with the human being.[2]

B. The Political Environment of Human Rights

It is important to note that the great proclamations of human rights which mark various stages in the long struggle for realization of these rights were born in a context of violence – a violence which they aim to 'exorcise', to curb and to contain. Thus, the Universal Declaration of Human Rights, a text of prophetic inspiration proclaimed in the aftermath of World War II, evokes the violence of the past to promise a double liberation in the future. In the Preamble, it recalls first of all that 'disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind'. It then goes on to announce 'the advent of a world in which human beings shall enjoy ... freedom from fear and want'. Liberation from

2 Rivero, 'Les droits de l'homme: droits individuels ou collectifs?', Rapport général introductif, in *Les droits de l'homme – droits collectifs ou droits individuels*, Actes du Colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979 (1980) 17 ss.

fear and want for all human beings – that is the challenging aim of human rights.

In practical terms, the problem of human rights arises wherever human beings, often through structures or institutions, exercise power over others. Human rights always have to be asserted and defended against power, not only that of the state, but any power, be it political, economic, social, spiritual or that of the media, science or technology. Human rights set out to restrict, signpost, bridle and control power and to reduce its violence. Human rights place an ethical boundary on power – any kind of power. Borrowing images from Kafka, it could be said that the aim of human rights is to ensure that power does not become an impregnable castle; that human beings are not crushed in a nightmarish trial; that they are not hauled into court, cut off from a dimly-apprehended and receding justice and left, at last, to die blind before its gates; that they are not destroyed by a sinister murder machine which writes its inscrutable judgment on their living flesh.

As the 20th century draws to a close, human rights in the world are facing many serious challenges and threats, including – to name only a few – war and violence, hunger and poverty, unfair distribution of wealth, both in the world and in individual countries, aggressive nationalism, ethnocentrism, intolerance, racism, antisemitism, xenophobia, religious fanaticism and fundamentalism.

Human rights should not be regarded as a kind of miraculous cure for all the world's ills. It nevertheless seems possible, indeed necessary, to approach these phenomena from a human rights standpoint. Indeed, one of the reasons for their persistence or resurgence may be the fact that human rights and the basic principles which underlie them are being rejected or insufficiently practised and applied – if at all.

C. The Fundamental Principles of Human Rights

1. Universality

Universality of human rights is the logical and inescapable consequence of the principle of the equal dignity of all human beings. Human rights are of necessity rights which belong to all human beings, to every woman, man and child, wherever they live on this earth. No individual, group, country or region in the world should be denied the enjoyment of human rights.

This fundamental principle of the universality of human rights is not only inadequately practised and applied; it is also openly disputed, even rejected, by certain regimes and movements which advocate, with varying degrees of sincerity, cultural relativism in the human rights field. According to them, different political, social, cultural or religious contexts give rise to different,

but equally valid conceptions of human rights. In an article entitled 'Is the Concept of Human Rights a Universal Concept?', Jeanne Hersch has written:

> ... in a vivid, diffuse and deeply felt form, there is in all individuals and all cultures a need, an expectation and a sense of these rights... The main point is that this fundamental requirement is perceptible everywhere: something is due to the human being simply because he is a human being... To advance the diversity of cultures as a reason for refusing to recognize the universality of human rights can only be a very poor pretext.[3]

2. Indivisibility

Human rights form an indivisible whole, whether they be civil, political, economic, social or cultural rights. Only if the human being is guaranteed all these rights can he or she live in dignity.

It might have been hoped that the end of the ideological confrontation between 'East' and 'West' would have put a stop to the futile and sterile debates in which economic, social and cultural rights were played off against civil and political rights and vice-versa. Alas, this is not always the case.

Europe professes the indivisibility of human rights, which was strongly reaffirmed by the Vienna Summit. However, practical implementation of this principle leaves a lot to be desired.

3. Solidarity

The main international texts on human rights emphatically proclaim the pre-eminence of the individual at the heart of the international community, which is responsible for the joint and collective protection of those rights. Safeguarding them is not only a legitimate concern, but one of the principal tasks of the international community. As well as the pillars of universality and indivisibility, the pillar of solidarity supports the structure gradually erected since World War II by the international community for the protection and promotion of human rights.

This solidarity should be expressed throughout society, in all the communities to which human beings belong, at both national and international level. It thus seems essential – particularly, perhaps, in our 'Western' societies – to transcend an essentially egoistic, individualistic and acquisitive approach to human rights. These are not only the rights of each and every one of us; they are also and above all the rights of others. It is with this idea in mind that Eric Fuchs, Professor of Protestant Theology, and Pierre-André Stucki,

3 Hersch, 'Les droits de l'homme – un concept universel?', in *CADMOS, Quatrième Année No. 14* (1981) 18 ss.

Professor of Philosophy, gave their remarkable book on the foundation of human rights the evocative title: 'On Behalf of Others'.[4]

The breakthrough achieved by human rights in international law has also caused a breach in the traditional international order by bringing new actors onto the international scene: the human being as such and also non-governmental organizations (NGOs), which militate for human rights by taking states at their word and reminding them unceasingly of the obligations they have accepted *vis-à-vis* the international community.

Throughout the world, more and more women and men are joining these non-governmental organizations. Rejecting the traditional dogma of non-interference, they practise what might be called a right of interference; they might even be said to perform a duty of interference in the name of solidarity between human beings for the protection and promotion of human rights. The increase in the number and activity of these NGOs is one of the most encouraging phenomena in recent decades. It is largely thanks to them that what we call the international community is becoming more of a community of human beings, instead of being solely a community of states. It is these organizations, far more than governments, which generally express humanity's deepest aspirations. By lending their voice to those whose voices are stifled and their hands to those whose hands are bound, they provide a living example of solidarity in the defence of universal and indivisible human rights.

II. The Legal and Institutional Frameworks for the Implementation of Human Rights

The first distinction to be made here is that between the domestic and the international level. Human rights should, in the first place, be protected, promoted and implemented at domestic level, by national institutions.

A. The Domestic Level

The state has a duty to respect, protect and promote human rights. This may entail both a duty of abstention, a duty to refrain from certain acts, but also a duty of positive action in order to ensure respect for human rights.

In its Preamble, the Universal Declaration of Human Rights points out two tracks, both of which must be pursued in protecting and promoting human rights:

4 E. Fuchs et P.-A. Stucki, *Au nom de l'autre. Essai sur le fondement des droits de l'homme* (1985).

- measures to be taken in order to secure the universal and effective recognition and observance of human rights,
- teaching and education as a means of promoting respect for human rights.

There is obviously a deep link between human rights, democracy and the rule of law. This is clearly expressed in the Council of Europe's Statute and in the Preamble to the ECHR.

National institutions designed to ensure respect for human rights should include:

- an independent, impartial and accessible judiciary (the European Commission and Court of Human Rights have extensive case-law on this question),
- a legislature based on political pluralism,
- an administration able to execute the decisions of the other two branches.

The separation of these three powers is of primary importance. It is by definition alien to totalitarian regimes; instituting a genuine separation of powers is a particularly difficult task in countries making the transition from communism.

The judiciary obviously has an essential role to play in protecting human rights. It is interesting to note that, in a growing number of countries, judicial means for the protection of human rights have been supplemented by non-judicial means, such as the 'Ombudsman', 'Médiateur', 'Defensor del Pueblo', 'Volksanwalt', etc... It is more and more generally accepted that the 'Ombudsman' is a key institution for the protection of human rights. In Europe, it has spread from the North, where it originated, to the South, and is being increasingly adopted in Central and Eastern Europe.

Whatever these institutions may be, they will not function effectively unless they are backed by a culture of democracy, the rule of law and human rights. The existence of a civil society is of the essence. One cannot build a democratic society without democrats and without their participation and commitment. The transition from a totalitarian regime to a democratic society therefore presupposes and requires a change of mentalities, the development of a genuine civic sense and education and training for those who are to support the institutions of a democratic state, in which the rule of law prevails, and make them work. Civil society and civic sense did not, and could not, exist and flourish under totalitarian regimes. Writing about the former Soviet Union, Ernest M. Ametistov has described 'the citizen's deep-seated, total fear of the state, passed on from generation to generation, a genetic fear, virtually the complete loss of civic sentiments, social apathy, a lack of elementary political consciousness, and the extremely low level of

political and legal culture'.[5] In Russia, legal culture already seemed underdeveloped under the Tsars. In 1909, Kistjakovskii wrote:

> The lack of development of the legal consciousness of the Russian intelligentsia and the absence of interest in legal concepts is the result of an old evil – the absence of any rule of law in the day-to-day life of the Russian people... The total lack of equality before the courts has killed any respect for law. A Russian, by whatever name he goes, will get around or violate the law anywhere he can with impunity; and the government will do the same.[6]

In a democratic society, citizens must be able to trust public institutions such as courts. This basic confidence was to a large extent lacking under the communist regimes. According to Ernest M. Ametistov,

> for many decades citizens have viewed the courts not as defenders of rights, but as punitive agencies, as instruments of state terror, because that is what they ... were in reality. Therefore, to this day, a court is one of the last places a citizen will go to to defend his rights... Few constitutional rights can be defended, even pro forma, in court.[7]

In the post-communist countries, the 'prokuratura', which was established in Russia as early as 1722 by Peter the Great and called 'the eye of the Tsar', is one of the institutions most in need of radical reform to bring it into line with normal, rule-of-law standards.

In many of the world's countries, confidence in the state and public institutions is increasingly undermined by corruption, which seriously threatens democratic society and human rights. This was the theme of the 19th Conference of European Ministers of Justice, held in Valletta, Malta, on 14 and 15 June 1994.

The protagonists of civil society – non-governmental organizations, associations, trade unions, independent media – can make an important contribution to the formation of a human rights culture and human rights awareness. They are usually among the first targets of totalitarian regimes.

Human rights education for schoolchildren, and for adults too, helps to form a human rights culture. Human rights should also be a part of professional training, particularly in such 'critical' sectors as the police, security forces, prison staff, etc...

States must ensure that effective domestic remedies exist against human rights violations. This is also an obligation deriving from international law, e.g. Article 13 ECHR, the potential of which is unfortunately insufficiently

5 Ametistov, 'The Soviet Union on the Threshold of a European System of Human Rights Protection', 1 *All-European Human Rights Yearbook* (1991) 21 ss.

6 Quoted in R. Müllerson, *International Law, Rights and Politics. Developments in Eastern Europe and the CIS* (1994) 179.

7 Ametistov, *supra* note 5, at 22.

exploited in the case-law of the European Commission and Court of Human Rights.

Incorporating international human rights law in domestic law is one important way of improving the protection of human rights and of contributing to the formation of a legal culture more sensitive to human rights concerns. In Europe, the prevailing trend is clearly in favour of such incorporation and, in the overwhelming majority of Council of Europe Member States, international human rights law, and particularly the ECHR, is now part and parcel of domestic law.

A notable exception is the United Kingdom, where the consequences of non-incorporation are aggravated by the absence of a coherent bill of rights. This is one of the reasons why the United Kingdom is a frequent target for cases brought before the European Commission and Court of Human Rights, and the Strasbourg Court has in fact become a kind of constitutional court for it.

In the new Central and East European Member States of the Council of Europe, international human rights law is directly applicable in domestic law; so is the ECHR in the countries which have ratified it. This is a positive development, but not without practical difficulties. In the countries concerned, judges are now entitled and supposed to apply international human rights law, if necessary against conflicting domestic law – something they obviously could not do under the former regime. This presupposes, however, that they are familiar with international human rights law and, as far as the ECHR is concerned, with the way in which the European Commission and Court interpret its provisions. Here again, there is an enormous need for information, education and training.

B. The International Level

1. General Remarks

International machinery, important though it is, can play only a secondary role in protecting and promoting human rights. The significance and impact of international machinery is growing, however, as a result of the internationalization of human rights.

The state – and particularly the democratic state based on the rule of law – should be the principal custodian of human rights. Its role is to respect and enforce them. However, experience shows that the state can be not only the protector, but also the gravedigger of human rights. It is because states have so often failed in their role as the custodians of human rights and become instruments of oppression that the international community has been given a watching brief over their behaviour. They can no longer shelter behind the cosy screen of non-interference. Human rights have ceased to belong to the

domain of 'internal affairs'. One of the fundamental principles of international law, as it has developed in recent decades, is that respect for human rights is a duty of every state, not only towards its own people, but also towards the international community. This principle has found expression in the case-law of the International Court of Justice and in Principle VII of the Helsinki Final Act. The major international human rights texts assert the primacy of the individual at the very heart of the international community.

Many states are still extremely hesitant to accept serious international supervision by independent human rights bodies, and are especially wary of systems which allow individuals to petition these bodies. A sadly typical example of this is the relatively small number of states which have ratified the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. The acceptance of the right of individuals to submit petitions or communications to international human rights bodies is the acid test of the willingness of states to submit to effective international control in the human rights field.

The recognition of human rights in international law and the advent of international protection of these rights mark substantial progress in the struggle to achieve their application, and are also an essential stage in the necessary erosion – in the interest of human rights – of what is termed 'national sovereignty'.

The essential lesson which was learned in Western Europe in the wake of World War II, and which led to the ECHR, was that the only way of safeguarding human rights is to set up independent international legal bodies with power to intervene on behalf of individuals in their dealings with states.

The system established by the ECHR is a major step forward here, since it establishes independent judicial bodies, the European Commission and Court of Human Rights, whose decisions are binding on the states concerned. The right of individual petition to the European Commission of Human Rights has now been accepted by all States Parties, which have thus consciously refrained from barricading themselves behind the wall of silence called 'non-interference in internal affairs'. And the Council of Europe has again done pioneer work by adopting the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which makes provision for a system of visits to all places of detention by an independent European body.

The enormous progress made since the inter-war period as far as erosion of the traditional principle of non-interference is concerned, is eloquently demonstrated by the Bernheim case before the League of Nations. In 1933, Franz Bernheim, a German citizen of Jewish origin, complained to the Council of the League of Nations about breaches by Germany of the German-Polish Treaty of 1922. He relied on the section protecting minorities in

Upper Silesia, which was then part of Germany. He had lived there from 1931 to 1933 and had been sacked by a German firm, like all other Jewish employees. He therefore complained about the measures taken against Jews. The delegate of Germany raised a number of procedural objections; concerning the merits, he did not deny the measures taken, and argued that 'the anti-semitic movement was not directed against the Jewish religion, but only against the race'. He further argued that the Jewish problem in Germany was *sui generis* and 'could not be treated like an ordinary minority question'; this was 'a domestic matter in respect of which Germany had no commitment under international law'.[8]

2. *Types of International Institution and Machinery for the Protection and Promotion of Human Rights*

There are many different types of international institution and machinery for the protection and promotion of human rights.

There are universal and regional institutions and machinery, and these should obviously not be competitive, but complementary. They can be classified as: political and legal; judicial, quasi-judicial and non-judicial; preventive and remedial; international and supranational.

Depending on the system, proceedings can be set off by state complaints, collective or individual complaints, or by international institutions acting on their own initiative.

In recent years, there has been a lot of talk about 'early warning systems'; however, no such systems really exist, as events in former Yugoslavia and Rwanda have tragically shown.

Human rights should become a substantial aspect of United Nations peace-keeping and peace-building operations. The UN Observer Mission in El Salvador (ONUSAL) and the UN Transitional Authority in Cambodia (UNTAC) have important responsibilities for preventing human rights violations. As the UN Secretary General wrote in his 'Agenda for Peace', published on 17 June 1992, 'increasingly, peace-keeping requires that civilian political officers, human rights monitors, electoral officials, refugee and humanitarian aid specialists and police play as central a role as the military'.

Human rights should also become an increasingly important component of the development process and of the activities of development agencies. A lot remains to be done here. One positive sign is the growing interest of international financial institutions, such as the World Bank, the Paris donors consortium and the Bank for European Reconstruction and Development, in

8 References to the Bernheim case in A. Cassese, *Human Rights in a Changing World* (1990) 18 ss., and in F. Ermacora, *Menschenrechte in der sich wandelnden Welt*, Vol. I (1974) 357, 408 ss. and 427 ss.

human rights and 'good governance'. In addition, the growing role of UNDP, both through its Human Development Report and through its field offices, opens up new avenues for the UN agencies in the human rights field.

Human rights issues are also increasingly prominent on the Security Council's agenda. This development is one of the results of the broadening of the concept of what represents a threat to international peace and security. Human rights violations, particularly massive and systematic ones, may constitute such a threat. It is only normal, therefore, that they should be brought to the attention of the Security Council, which should take full account of states' obligations in this field in its deliberations and decisions.

3. *Review of Some of the Existing International Institutions and Machinery for the Protection and Promotion of Human Rights*

a) Institutions and Machinery Belonging to the UN Family

The pivot of the system based on the UN Charter is the *Commission of Human Rights,* which is a political and not a judicial or quasi-judicial body. It is composed of government representatives, and its three main tasks are

- standard-setting, i. e. the drafting of human rights instruments,
- the promotion of human rights,
- responding to human rights violations, in particular gross and systematic violations, under the 1235 and 1503 procedures.

Systems based on conventions include those provided for in the International Covenant on Civil and Political Rights (1966), which has given birth to the Human Rights Committee, whose members 'shall serve in their personal capacity', the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965), the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979), the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984) and the Convention on the Rights of the Child (1989).

Certain conventions dealing with human rights have been concluded within specialized agencies. The ILO, in particular, operates a considerable number of conventions concerning employment, labour relations, working conditions and social security.

b) Regional Systems

Besides the European system which, historically speaking, was the first to be set up, there exists an Inter-American and an African regional system for the protection and promotion of human rights.

The *Inter-American system* is based on the American Convention on Human Rights (1969), which was largely inspired by the ECHR and has two supervisory bodies, the Inter-American Commission and the Inter-American Court of Human Rights.

The *African system* is based on the African Charter on Human and Peoples' Rights (1981), and has generated the African Commission on Human and Peoples' Rights. The Commission's functions are rather vaguely defined; its powers are limited and it works under difficult political and material conditions.

In *Europe*, the only real regional system for the protection and promotion of human rights is that operated by the Council of Europe.

c) The Council of Europe System for the Protection and Promotion of Human Rights

Under its founding treaty, the Statute, which was signed in London on 5 May 1949, the Council of Europe's aim is to build European unity on the basis of three fundamental and interconnected principles: pluralist democracy, the rule of law and respect for human rights. Compliance with these three principles is both the chief condition for admission of a country to the Council and the main and lasting obligation of all its members.

As we have seen, the Council of Europe's membership has grown rapidly in the last few years. From 23 in 1989, it has risen to 39 today. With one exception (Andorra), all the new members are post-communist countries in Central and Eastern Europe. Applications for membership from Armenia, Belarus, Bosnia-Herzegovina and Croatia are currently under consideration; these four countries already have special guest status with the Parliamentary Assembly, which was introduced to forge closer links with the Parliaments of Central and East European countries, pending their admission as full members.

Full acceptance of the ECHR (including the right of individual petition and the compulsory jurisdiction of the Court) is now a political condition for admission to the Council of Europe. The practice is that new Member States sign the ECHR on the day they formally join and then proceed rapidly to ratify it; according to the Parliamentary Assembly, this should now be done within one year.[9] All the Member States have indeed signed the ECHR, and all – except Albania, Estonia, Latvia, Moldova, Russia, 'the former Yugoslav Republic of Macedonia' and Ukraine – have also ratified it, which means

9 Cf. for example Opinion No. 189 (1995) on the application by Albania for membership of the Council of Europe, adopted by the Parliamentary Assembly on 29 June 1995, and Opinion No. 190 (1995) on the application by Ukraine for membership of the Council of Europe, adopted by the Parliamentary Assembly on 26 September 1995.

that it now has 32 Contracting Parties. All of these have accepted the right of individual petition and the compulsory jurisdiction of the Court.

The Council of Europe system for the protection and promotion of human rights is mainly based on three treaties: the ECHR, the European Social Charter and the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; the latter two will be dealt with in Chapter III.

d) The European Convention on Human Rights

The ECHR was concluded in Rome in 1950, representing for the then twelve signatory governments 'the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration' of Human Rights.[10] This wording clearly shows that the ECHR was not seen by its authors as the last word in the field of human rights protection or as a kind of final codification of those rights. The catalogue of rights enshrined in the ECHR is an open one which, over the years, has been enriched by additional protocols.[11] In this area, the Council of Europe's approach is, and must remain, dynamic, in line with Article 1 of its Statute, which refers to 'the maintenance and further realization of human rights and fundamental freedoms'.[12]

In the over 40 years since it came into force (1953), the ECHR has, in spite of certain weaknesses and shortcomings, matured into probably the strongest and most effective human rights treaty there is. For many years, much of its effectiveness stemmed from the political determination of its States Parties, their relative homogeneity and their common system of values. It is to be hoped that these can be maintained in the enlarging Council of Europe.

The Convention is an international treaty, under which the Council of Europe's Member States promise to guarantee certain fundamental rights to 'everyone within their jurisdiction'.[13] It is thus clearly based on the principle of universality of human rights; it does not guarantee the rights of Europeans, but sets up a European regional system for the protection of universal human rights.

10 Para. 5 of the Preamble to the ECHR reads as follows: 'Being resolved, as the governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration.'

11 The Protocols guaranteeing additional rights are Protocol No. 1 (1952), Protocol No. 4 (1963), Protocol No. 6 (1983) concerning the abolition of the death penalty and Protocol No. 7 (1984).

12 In the French text: '... la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales'.

13 Art. 1 ECHR: 'The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.'

The importance of the ECHR lies not only in the breadth of the rights it covers, but also, and particularly, in the protection machinery it uses to investigate and remedy alleged violations and ensure compliance with the obligations it imposes. It is kept under constant review with the aim of enhancing the protection it affords, either by extending the list of guaranteed rights or improving the existing procedures.

The Convention and its machinery are, of course, not designed to take the place of national systems for the protection of human rights. Rather, their purpose is to provide a subsidiary international guarantee, in addition to the right of redress in individual states. Since the ECHR has been incorporated in the domestic law of the overwhelming majority of its Contracting States, any person can invoke its provisions directly in applying or appealing to a national court or authority in any of those states.

i) The Machinery

The ECHR's international protection essentially has two modes of operation. The first enables any State Party to complain to the European Commission of Human Rights if it considers that another State Party is not fulfilling its obligations under the Convention. This is a clear expression of the idea of a collective guarantee for human rights; any Contracting State is entitled to 'interfere' in the affairs of another when human rights are at stake. In practice, however, states have been rather reluctant to make use of this possibility. Altogether, there have been only twelve inter-state cases.[14]

The second and much more familiar mode enables any person, non-governmental organization or group of individuals claiming to be a victim of a violation of the rights set forth in the Convention to apply directly to the Commission and file a complaint against any State Party, provided it has made a specific declaration under Article 25, recognizing the Commission's jurisdiction in the matter. As already stated, all the States Parties have made such declarations.

Under the Convention's present system, three bodies play a part in deciding on the outcome of petitions lodged, either by individuals or States Parties. These are:

- the European Commission of Human Rights,
- the European Court of Human Rights,
- the Committee of Ministers of the Council of Europe.

14 Cf. Art. 24 ECHR. Inter-state cases have involved, *inter alia*, the situation of human rights in Greece under the regime of the 'Colonels', methods of interrogating terrorist suspects in Northern Ireland, the consequences of Turkish military action in Cyprus and the situation of human rights in Turkey.

ii) The European Commission of Human Rights

The European Commission of Human Rights is responsible for examining violations of the ECHR by States Parties, alleged by other States Parties or by any person (natural or legal), non-governmental organization or group of individuals claiming to be the victim of that violation. By the end of 1995, it had registered nearly 30,000 applications.

The Commission has as many members as there are Contracting States. Members are elected by the Committee of Ministers of the Council of Europe. They hold office for six years. As members of the Commission exercising judicial functions, they are entirely independent and do not represent the state for which they were elected.

The Commission's procedure has two stages. The first involves examination of the application's admissiblity. A number of grounds for inadmissibility are laid down in the Convention, and the Commission may not examine the merits of the complaint until it is satisfied that none of these applies. Committees of three members of the Commission may declare applications inadmissible when this decision is unanimous and can be taken without further examination. The Commission, either in plenary or in a chamber (of which there are currently two), may declare applications inadmissible either *de plano* or after obtaining the observations of the Government concerned. Approximately 90% of registered cases are rejected as inadmissible. Decisions on admissibility are final.

Once an application has been declared admissible by the plenary Commission, a chamber or a Committee of three members, the Commission does two things. Firstly, it places itself at the disposal of the parties, with a view to securing a friendly settlement on the basis of respect for human rights; over 10% of cases declared admissible have resulted in friendly settlements, often providing for pecuniary compensation for the victim, and frequently referring to a change in the law of the state concerned. Then, if no settlement can be secured, it prepares a report, in which it sets out the facts and gives an opinion as to whether they disclose a violation of the Convention. This opinion is not legally binding, the final decision resting with either the Committee of Ministers or, if the case is referred to it by the Commission or the State Party, the European Court of Human Rights. Protocol No. 9 to the Convention, which came into force on 1 October 1994, gives the person, non-governmental organization or group of individuals lodging the complaint with the Commission the right to refer the case to the Court, subject to leave being granted, and provided that the state concerned has ratified Protocol No. 9.

The number of applications submitted to the Commission has increased massively in the last few years, and this has created a significant backlog resulting in sometimes unacceptable delays in dealing with applications. At the end of 1995, 4,065 applications were pending before the Commission,

and 2,461 of these were still waiting for a first examination. Moreover, the demands made on the Convention system are likely to grow as applications start arriving from new and future Contracting States. Procedural improvements, in particular the introduction of chambers and committees, have been made in an effort to increase the Commission's efficiency. A large number of straightforward cases, particularly those which are clearly inadmissible, are examined within a relatively short period, but the length of time taken to deal with cases which raise serious issues continues to cause concern. A radical overhaul of the whole control machinery of the Convention has become urgently necessary and is now under way, as will be shown below.

One of the most important attributes of the Convention system is its accessibility to anyone who wishes to lodge a complaint. There are no costs involved in applying to the Commission, and no legal representation is required. Nevertheless, it is clearly preferable for applicants to have the assistance of a lawyer. Legal aid is provided for in an Addendum to the Commission's Rules of Procedure, but the amounts made available for it through the Council of Europe budget are simply a contribution towards costs, and may therefore be insufficient to ensure satisfactory representation. This may impair effective access to the Convention system. The availability of adequate legal aid, either through the Council of Europe or at national level, is thus a further area in which significant progress could and should be made.

iii) The European Court of Human Rights

Within three months of the Commission's report being sent to the Committee of Ministers, the case may be referred to the European Court of Human Rights.

The Court has as many judges as the Council of Europe has Member States. They are elected by the Parliamentary Assembly for nine-year terms. Like members of the Commission, they must either be qualified for appointment to high judicial office or be jurists of recognized competence. Again like members of the Commission, they sit in an individual capacity and do not represent the country for which they are elected. They enjoy complete independence in the performance of their duties.

For a case to go to the Court, the defendant state must have accepted its compulsory jurisdiction. All the States Parties to the Convention have done this.

As has been shown above, only the Commission, any state concerned or, in the case of states bound by Protocol No. 9, the person, non-governmental organization or group of individuals submitting an application under Article 25 ECHR may refer a case to the Court. Even in the case of states which have not ratified Protocol No. 9, once the case is before the Court, individual applicants or their lawyers are normally permitted to present written and oral

arguments at the hearing; the complainant can also be asked to appear before the Court as a witness.

The Court examines the case in the light of the Commission's report, and of any further written evidence or legal argument. There is normally a public hearing, at which the delegate of the Commission and lawyers for the respondent government and the applicant present or supplement their submissions and may be questioned on them by the judges.

After the hearing, the judges deliberate in private and vote on the question of whether there has been a breach of the Convention. The majority view forms the Court's decision; separate and dissenting opinions may be annexed to the judgment. Judgments are delivered in open court.

Since it was set up in 1959, the European Court of Human Rights has delivered more than 400 judgments on the merits of cases; in more than two-thirds of those judgments, it has found violations of the Convention. Over the years, its workload has increased considerably. The number of cases referred to it in the period 1959-1970 was ten; in the year 1980, it was eight; by 1990, this figure had risen to 61; in 1995, 113 cases were referred to it. This increase can be attributed not only to the fact that the public now know more about it, which is largely due to growing media coverage of successful cases, but also and probably mainly to an awareness on the part of litigants and lawyers that, in matters touching on fundamental rights, the Court is the final arbiter in Europe.

As the Court's case-load has grown, efforts to refine and improve its procedure have continued, and significant steps have been taken to improve the individual's standing before it.

iv) The Committee of Ministers Acting under Article 32 ECHR

The Committee of Ministers has subsidiary jurisdiction under Article 32 ECHR. When cases are not referred to the Court, after being dealt with by the Commission, the Committee of Ministers 'shall decide by a majority of two-thirds of the members entitled to sit on the Committee whether there has been a violation of the Convention'. This involvement of a political body in an otherwise judicial control procedure has been widely and rightly criticized.[15]

Under the Council of Europe's Statute, the Committee of Ministers is the organization's supreme authority and executive organ. It is composed of the Ministers of Foreign Affairs of the Member States. In practice, it now meets only twice a year at ministerial level. The bulk of its everyday business,

15 Cf. my contribution 'The Protection of Human rights by Political Bodies – the Example of the Committee of Ministers of the Council of Europe' in *Festschrift für Felix Ermacora* (1988) 95 ss., and my contribution to: *La Convention européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article* (1995) Art. 32, 699 ss.

including human rights cases, is transacted by the Ministers' Deputies, who have power to act on its behalf. These are the Member States' Permanent Representatives to the Council of Europe and are usually career diplomats.

Although the Committee of Ministers' jurisdiction under Article 32 is subsidiary or residual in nature, the number of cases it has been required to decide is far from negligible: between 1959 and 1991, it adopted over 100 resolutions on cases brought before it; in 1992 it was seized with 94, in 1993 with 122, in 1994 with 194, and in 1995 with 428 new cases.

When acting as an organ of the ECHR, as when dealing with other matters, the Committee of Ministers meets in private. Individual applicants have no *locus standi* before it.

Article 32 ECHR entrusts to a political body a function which is judicial by nature, namely deciding whether there has been a violation of the Convention. Any decision the Committee takes under Article 32 should be based on legal considerations and not on political expediency. The reality is occasionally different. Although the Committee has followed the Commission's Opinion in the overwhelming majority of cases, there have been examples of 'non-decisions', either because it did not attain the necessary two-thirds majority[16] or because, contrary to the requirements of Article 32, paragraph 1, of the Convention, it failed to decide whether there had been a violation.[17] Although such non-decisions have been relatively rare, the mere possibility of a case ending in this way, after years of litigation at domestic and European level, is highly unsatisfactory from the point of view of security of the law. The disrepute which these non-decisions cast on the Convention's control machinery cannot be overlooked.

In recent years, certain reforms have been introduced with the aim of improving the performance of the Committee of Ministers acting under Article 32. It has thus become normal practice for it to fix a deadline for payment by the defendant state of a certain sum of money to the victim of a violation.

In spite of certain improvements, the Committee's role under Article 32 remains questionable. There is a constant risk that the political nature of its composition may undermine and even prevail over the judicial nature of its function. Within the Committee, states are both judges and parties. One conclusion that can be clearly drawn from the experience of the ECHR is that human rights are better protected by impartial and independent judicial bodies than by political bodies, in which there is always a danger that *raison d'Etat* may carry the day.

16 Protocol No. 10 (1992), an amending Protocol which is not yet in force, aims at removing the requirement of a two-thirds majority.

17 Cf. in particular Resolutions DH (79)1 and DH (92)12 (*Cyprus v. Turkey*).

v) The Execution of the Court's Judgments

One if not *the* crucial question which is frequently and rightly put about the authority and effectiveness of a court is whether its decisions are actually executed. This question is even more frequently put with regard to international courts. In large sectors of public opinion, there are obviously strong doubts about their effectiveness and it seems to be widely assumed that their decisions have, if any, a purely moral authority.

The judgments of the European Court of Human Rights are not only legally binding, but actually executed, even if difficulties and/or delays have arisen in connection with execution in certain cases. For the states concerned, execution can have far-reaching implications. A study of the execution of judgments also reveals the profound impact which the ECHR and its supervisory machinery have, not only on the situation of individual victims of human rights violations, but also, through and beyond individual cases, on the legal situation and social reality in the Contracting States.

The legal basis

Under Article 53 ECHR, 'The High Contracting Parties undertake to abide by the decision of the Court in any case to which they are parties'.

Article 54 stipulates: 'The judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers which shall supervise its execution.'

The obligation to execute judgments

The wording of Article 53 makes the legally binding character of the Court's judgments perfectly clear. States are under an obligation to execute them, unless the Court finds that there has been no violation of the Convention.

It is true that the Convention provides little guidance on the way in which decisions are to be executed and on the nature and scope of states' obligation to execute them. What is clear, however, is that execution is incumbent on the state concerned. Neither the Court nor the Committee of Ministers, acting under Article 54, has power to execute decisions itself.

The obligation to abide by the judgment given in a specific case and execute it is restricted to the state or states which are parties to that case. The obligation to execute does not therefore exist *erga omnes*. This does not mean, however, that a judgment may not have effects for states that are not party to the case in question. All Contracting States are under a general obligation to ensure that their law and practice are in line with the requirements of the Convention, which the Court has the task of interpreting. This general

obligation results from Article 1 and 57[18] ECHR.[19] In practice, even states which are not directly concerned by a Court judgment draw legislative or other consequences from it. There is reason to believe that they do this, not only for reasons of principle, but also to ensure that similar cases are not brought successfully against them before the Convention bodies.

The nature and scope of the obligation to execute depend on the substance of the decision, which may be either a decision stating that the Convention has been violated or a decision granting just satisfaction to the injured party.

Article 50 ECHR provides for the possibility of the Court's finding 'that a decision or a measure taken by a legal authority or any other authority of a High Contracting Party is completely or partially in conflict with the obligations arising from the ... Convention'.

Decisions in which the Court finds that the Convention has been violated are essentially declaratory in character.[20] They do not have the direct effect of setting aside or abrogating a court decision, law or practice in the state concerned. That state is, however, obliged to put an end to the violation, make reparation for its consequences and ensure that similar violations do not recur. Wherever possible, reparation takes the form of *restitutio in integrum*.

The obligation to execute is an obligation to produce a certain result. The state concerned may choose the means of achieving that result.[21]

Depending on the source of the violation, the state concerned is obliged either to take measures pertaining to the individual case or measures of a general nature extending beyond that case.

When the Convention has been violated by an individual domestic decision, e.g. a court decision, the commonest problem is that the decision

18 Art. 57 ECHR reads as follows: 'On receipt of a request from the Secretary General of the Council of Europe any High Contracting Party shall furnish an explanation of the manner in which its internal law ensures the effective implementation of any of the provisions of this Convention.'

19 Cf. Ress, 'The European Convention on Human Rights and States Parties: The Legal Effect of the Judgments of the European Court of Human Rights on the Internal Law and before Domestic Courts of the Contracting States', in *Protection of Human Rights in Europe. Proceedings of the Fifth International Colloquy about the European Convention on Human Rights* (1982) 209 ss.; and Velu, 'Responsibilities for States Parties to the European Convention', in *Proceedings of the Sixth International Colloquy about the European Convention on Human Rights* (1988) 532 ss.

20 In its judgment of 13 June 1979 in the case of *Marckx v. Belgium*, Series A No. 31, the European Court of Human Rights stated that 'it is inevitable that the Court's decision will have effects extending beyond the confines of this particular case, ... but the decision cannot itself annul or repeal these provisions: the Court's judgment is essentially declaratory in character' (para. 58 of the judgment).

21 In para. 58 of the *Marckx* judgment (footnote 20 above), the Court also stated that its judgment 'leaves to the State the choice of the means to be utilized in its domestic legal system for performance of its obligations under Article 53'.

concerned is final and/or has acquired the force of *res judicata* in internal law. Contracting States are not obliged to initiate review proceedings before national courts, although such proceedings may be very useful and considerably facilitate execution of the Strasbourg Court's judgment. Indeed, there are cases where payment of compensation or other forms of redress may not be sufficient.

Several countries have expressly provided for the possibility of reviewing domestic judicial decisions in cases where the European Court of Human Rights finds that the Convention has been violated.[22] In other countries, general regulations on review can be applied. In the absence of domestic review proceedings, states may use other means, such as pardon or exempting a successful applicant from a prison sentence.

If a law or practice is at the root of the violation found by the European Court of Human Rights, the state concerned must take general measures extending beyond the particular case. This derives both from its obligation to ensure that its law and practice are in line with the ECHR as interpreted by the European Court of Human Rights and from its duty to forestall similar violations in future. It would clearly be insufficient, and also inconsistent with the aims and purpose of the Convention, if a state, after a violation had been found, took remedial action only in favour of the applicant in the case concerned (e.g. payment of compensation) without removing the root cause of the violation. This might indeed lead to a repetition of similar violations and to the bringing of similar cases in Strasbourg, without anything being done to bring the law or practice which caused the violation into line with the Convention as interpreted by the Court.

Article 50 ECHR stipulates:

> If the Court finds that a decision or a measure taken by a legal authority or any other authority of a High Contracting Party is completely or partially in conflict with the obligations arising from the present Convention, and if the internal law of the said Party allows only partial reparation to be made for the consequences of this decision or measure, the decision of the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.

The respondent state is obviously under an obligation to execute a decision by which the European Court of Human Rights, acting under this provision, grants the injured party just satisfaction, i.e. financial compensation, and to take all the measures needed for this purpose.

22 Cf. The European Convention on Human Rights: Institution of Review Proceedings at the National Level to Facilitate Compliance with Strasbourg Decisions. Study prepared by the Committee of Experts for the improvement of procedures for the protection of human rights (DH-PR) under the authority of the Steering Committee for Human Rights (CDDH). Strasbourg, Directorate of Human Rights, January 1992, Council of Europe document H (92)1.

Supervision of the execution of Court judgments by the Committee of Ministers

Under Article 54 ECHR, the Committee of Ministers is responsible for supervising execution by the states concerned of judgments of the European Court of Human Rights.

Whereas the Committee of Ministers' powers under Article 32 ECHR undoubtedly constitute an anomaly in the Convention's control system, there would seem to be sound objective reasons for giving it power to supervise the execution of Court judgments. This task may be legal in character, but there is clearly some logic in entrusting it to the Council of Europe's supreme political authority, which also has power, under the Statute, to suspend or expel from the Organization any Member State which seriously violates the principles of the rule of law and human rights.[23] Unlike its role under Article 32 ECHR, the Committee's powers under Article 54 have never been seriously questioned, although the way in which it exercises those powers sometimes gives rise to justified criticism. In the debate on reform of the Convention's control machinery, it was therefore always assumed that the important functions under Article 54 should stay with it.

As the *Travaux préparatoires* on the Convention show, Article 54 arose from the concern that, although they were legally binding and states were obliged to execute them, the Court's judgments might not be complied with.

The powers entrusted to the Committee of Ministers by Article 54 are different in nature from those conferred on the Security Council by Article 94, paragraph 2, of the UN Charter in cases where judgments given by the International Court of Justice are not executed. Whereas the Security Council's powers are essentially political, those of the Committee of Ministers under Article 54 ECHR are essentially legal in character.

Under Article 54, the Committee of Ministers has a collective responsibility to 'supervise' (in French *surveiller*) execution of the Court's judgments. It is obviously understood that Article 54 will not be activated when the Court finds in its judgment that the Convention has not been violated. It is also generally agreed and constant practice that the Committee's power applies both to judgments on the merits of cases and to judgments affording just satisfaction under Article 50 ECHR.

The Committee of Ministers' collective responsibility under Article 54 is to 'supervise' (*surveiller*) – words which normally connote scrutiny or inspection. The Committee thus has the duty of scrutinizing all the measures

23 In accordance with Art. 3 of the Statute, 'every Member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms...' Art. 8 of the Statute stipulates: 'Any Member of the Council of Europe which has seriously violated Article 3 may be suspended from its right of representation and requested by the Committee of Ministers to withdraw...'

taken by the state concerned to execute the Court's judgment. Like the state's obligation to execute, the Committee's power of supervision extends to measures pertaining to the specific case, general measures and the award of just satisfaction. This is confirmed by its constant practice.

To enable the Committee of Ministers to exercise its power of supervision fully and effectively, the state concerned must provide it with full information on the measures it has taken to execute the judgment. This obligation to supply information is clearly set down in the Rules on application of Article 54. Rule 2(a) stipulates:

> When, in the judgment transmitted to the Committee of Ministers in accordance with Article 54 of the Convention, the Court decides that there has been a violation of the Convention and/or affords just satisfaction to the injured party under Article 50 of the Convention, the Committee shall invite the State concerned to inform it of the measures which it has taken in consequence of the judgment, having regard to its obligation under Article 53 of the Convention to abide by the judgment.

A question which sometimes arises is whether the action taken by the state concerned is satisfactory. This places a heavy responsibility on the shoulders of the Council of Europe's Directorate of Human Rights,[24] which has, among others, the task of assisting and advising the Committee of Ministers when it acts under Article 32 and 54 ECHR. Indeed, when there is reason to doubt whether the measures taken by a state in pursuance of a Court judgment are appropriate or sufficient, such doubts are unlikely to be voiced by the representatives of other states on the Committee, in spite of the collective responsibility which we have mentioned. This uncomfortable job is usually left to the Directorate of Human Rights.

Execution of a judgment, and particularly the adoption of general measures, such as changes in domestic law, may take time. If the state concerned tells the Committee of Ministers that it is not yet in a position to inform it of the measures taken, then, under Rule 2(b) of the Rules on application of Article 54, the case is automatically included on the Committee's agenda for a meeting taking place not more than six months later, unless the Committee itself decides otherwise. This means in practice that the state is kept under pressure and does not 'get off the hook' until it is able to show that the necessary consequential measures have been taken.

Under Rule 4 of the Rules on application of Article 54, 'the decision in which the Committee of Ministers declares that its functions under Article 54 of the Convention have been exercised shall take the form of a resolution'. This resolution, which is made public, is really the final step in a case decided by the Court. The resolutions adopted by the Committee of Ministers

24 Cf. Drzemczewski, 'The Work of the Council of Europe's Directorate of Human Rights', *HRLJ* (1990) 89 ss.

under Article 54 show that the effects of Court judgments often go far beyond the case concerned: the Court's case-law has provoked numerous and often very substantial changes in national legislation, regulations and practices. These resolutions are an essential source of information for all those who want to measure the far-reaching impact of Strasbourg case-law in the Contracting States.

When the Committee of Ministers, acting under Article 54, takes note of information provided by a state on general measures, e.g. legislative measures, taken in consequence of a Court judgment, this does not, of course, mean that the Committee is declaring that these measures comply with the requirements of the Convention as interpreted by the Court. It certainly has no authority to exercise an 'abstract control of norms'. What it does is examine, *prima facie*, measures, including any general measures, adopted by the state concerned – *bona fide,* it is to be hoped – to give effect to the Court's judgment.

The record concerning execution of the Court's judgments is, on the whole, remarkably good. This in itself is ample proof of the effectiveness and impact of the ECHR and its control machinery. Practice concerning the scope both of states' obligation to execute judgments and the Committee of Ministers' power to supervise execution is now well-established. Problems have arisen on this in a very few cases only. It is to be hoped that states will continue to take, *bona fide,* all the measures needed to execute Court judgments, and that the Committee of Ministers will confirm and develop its now well-established practice of using its powers fully and responsibly, without being impeded by considerations of political expediency.

vi) The Reform of the ECHR's Control System

The ever-growing number of applications, their increasing complexity and the rapid expansion of the Council of Europe have made it essential to revise the ECHR, which has been in force since 1953. The Convention was drawn up for ten or twelve Member States; its present supervisory machinery is running into growing difficulties, and will simply be unable to work reasonably efficiently with 35, 40 or even more states. One of the glaring weaknesses of the present system is the length and complexity of proceedings, and substantial reform is needed to make it more effective. This is the purpose of Protocol No. 11, which establishes a new single, full-time European Court of Human Rights.

Protocol No. 11, which is an amending protocol, will come into force when all the Parties to the Convention have ratified it. This is a matter of considerable urgency. If it is to meet the new and growing challenges, the Strasbourg system must be consolidated and reinforced with independent judicial machinery; failing this, it may cease to afford an 'effective remedy'.

The possibility of setting up a single Court or 'merging' (a term, not entirely appropriate, which was also used) the Commission and the Court was first discussed in the early 80s. This idea was officially launched at political level in a report on 'the functioning of the organs of the ECHR', presented by the Swiss delegation at the European Ministerial Conference on Human Rights (Vienna, March 1985).[25] For a long time, opinions on this proposal were very divided. However, in November 1991, the Ministers of Foreign Affairs, meeting at the Committee of Ministers' 89th Session, instructed their Deputies to give absolute priority to speeding up work on reform of the ECHR's control machinery. A year later, they repeated that they regarded this problem as important and urgent, and agreed that the search for a rapid solution must feature prominently among the Organisation's priorities. A period of intensive, behind-the-scenes negotiation followed. Under Switzerland's strong, effective leadership, the trend in favour of a single Court gained momentum, while the number of states wanting to keep the two-tier system declined. A major breakthrough was achieved with the 'Stockholm compromise' in May 1993, when the idea of setting up a single Court was finally accepted by states which had previously opposed the idea. In the months which followed, considerable progress was made in negotiations at expert level. When the Heads of State and Government of the Council of Europe's Member States met for their Summit in Vienna, in October 1993, they resolved 'to establish, as an integral part of the Convention, a single European Court of Human Rights to supersede the present controlling bodies'. They instructed the Committee of Ministers to finalize a draft amending Protocol, and this was finally adopted and opened for signature at the Committee's 94th Session on 11 May 1994. At the Vienna Summit, the Heads of State and Government committed themselves to ensuring that 'this protocol is submitted for ratification at the earliest possible date'. All the Contracting States have signed the protocol; so far, 19 of them have ratified it.

The title of Protocol No. 11 refers to 'restructuring of the control machinery' of the Convention. Thus the structural changes made, although profound, do not tamper with any of the rights guaranteed in the body of the Convention or its protocols. When Protocol No. 11 comes into force, the control machinery will be fundamentally changed: a completely new institution will come into being.

Protocol No. 11 is, of course, the fruit of a political compromise, reached after long and arduous negotiation. The new Articles 30 and 43 are at the heart of this compromise; they deal respectively with the relinquishment of jurisdiction and referral from a Chamber of 7 judges to the Grand Chamber of 17 judges, in both individual and inter-state cases. Article 43 provides for

25 Council of Europe Document MDH (85)1.

the possibility of a Grand Chamber's 're-hearing' a case on which a seven-judge Chamber has already given judgment. It is true that the solution adopted is not very convincing intellectually and also rather top-heavy. It is to be hoped, however, that the new full-time Court will have a sufficient margin of discretion, and above all the common sense, to overcome any apparent inconsistencies. The actual functioning of the new system will depend to a large extent on the way in which the five-judge panel provided for in paragraph 2 of Article 43 operates. This will have to decide on requests for re-hearings. It is to be hoped that it will interpret the provisions of paragraphs 1 and 2 of Article 43 restrictively; paragraph 1 states that referral to the Grand Chamber may be requested 'in exceptional cases'; under paragraph 2, the panel is to accept the request 'if the case raises a serious question affecting the interpretation or application of the Convention or the protocols thereto, or a serious issue of general importance'. Unless these provisions are interpreted restrictively, a *de facto* two-tier system may develop within the new Court and one of the main aims of the reform – speeding-up the proceedings – be lost.

The new procedure will function as follows. As in the present system, individual and inter-state applications will exist side by side. Like the Commission Secretariat at present, the Court Registry will make all necessary contacts with the applicant. The application will then be registered by a Chamber of the Court and assigned to a judge-rapporteur, who may refer it to a three-judge committee. That committee may, by a unanimous decision, declare individual applications inadmissible; this decision will be final.

When the judge-rapporteur considers that the application raises a question of principle and is not inadmissible, or when the committee is not unanimous in rejecting it, it will be referred to a Chamber, which will decide on its admissibility and merits. The judge-rapporteur will prepare the case-file and contact the parties, who will then submit their observations in writing. The Chamber will also place itself at the parties' disposal with a view to securing a friendly settlement. If no friendly settlement can be reached, the Chamber will deliver its judgment.

The Chamber may decide *proprio motu* to refer a case to the Grand Chamber, when it means to depart from the Court's previous case-law or when the case raises a serious question affecting the interpretation of the Convention. This relinquishment of jurisdiction to the Grand Chamber is possible unless one of the parties to the case objects.

Once the Chamber has given judgment, the parties will have three months to request that the case be referred to the Grand Chamber. As seen above,[26] a five-judge panel will decide whether the request for a re-hearing is admissible.

26 See page 174, first paragraph..

The Chamber's judgment will become final when there is no further possibility of referral to the Grand Chamber. The Grand Chamber's judgment will be final. As at present, Contracting Parties will undertake to abide by the Court's final judgment in any case to which they are party; the Committee of Ministers will supervise execution of the Court's judgments.

Although Protocol No. 11 reflects the consequences of a difficult political compromise, it does mark considerable progress. Its coming into force will strengthen the independent, judicial character of the Convention's control machinery. There will be a single permanent Court ensuring, it is to be hoped, flawless supervision. Judges working full-time, assisted by legal secretaries (referendars), should maintain and develop high-quality case-law. Proceedings will be streamlined and the present overlapping of work between the Commission and Court will be avoided. A very considerable step forward is marked by the fact that the right of individual petition will be mandatory, and that the Court will have jurisdiction in all cases, including inter-state cases. The Committee of Ministers will no longer be called on to decide human rights cases under Article 32 ECHR.

Since Protocol No. 11 is an amending protocol, it will not come into force until all the Parties to the Convention have ratified it. It is to be hoped that the process of ratification will be concluded in the near future.

vii) Weaknesses of the ECHR System

Although the ECHR system is regarded as the most advanced international human rights structure, its weaknesses should not be overlooked. Two of the most glaring should be remedied by the coming into force of Protocol No. 11: the present length and complexity of proceedings and its insufficiently independent and judicial character. Other weaknesses remain:

- The Convention system is relatively powerless to deal with serious and systematic violations of human rights in Contracting States, a defect which is in striking contrast to the, at times, almost minute attention the Convention bodies devote to comparatively minor matters or 'legal niceties'. This may be seen as part of a wider phenomenon: the inability of international human rights bodies to react speedily and effectively to urgent situations and to gross, systematic human rights violations, including torture, disappearances, summary executions and arbitrary arrests on a large scale.
- The Convention bodies do not, unfortunately, have power to order binding interim measures in the States Parties.[27]

27 Cf. the frequently applied Rule 36 of the Rules of procedure of the European Commission of Human Rights which reads as follows: 'The Commission, or when it is not in session, the President may indicate to the parties any interim measure the adoption of which seems desirable in the interest of the parties or the proper conduct of the proceedings before it.'

- It is comparatively easy for States Parties to derogate from the Convention under Article 15, and maintain these derogations for lengthy periods, until the Convention bodies have a chance to decide whether they are compatible with the Convention's requirements.[28]
- The scope of the rights protected is not the same in all the States Parties. This is due, firstly, to the fact that the protocols to the Convention are far from having been ratified by all of them and, secondly, to the large number of reservations made by States Parties.

These shortcomings weaken the 'collective enforcement' of human rights provided for in the Preamble to the Convention; they are also liable to weaken the Convention system's impact in new Council of Europe Member States, in which democracy, the rule of law and respect for human rights are not firmly established.

e) Accession to the Council of Europe and Monitoring of Member States' Compliance with Council of Europe Standards

All the Council of Europe's Member States are required to respect their obligations under the Statute, the ECHR and all other conventions to which they are party, and also to observe a series of principles, rules, standards and values which have been elaborated over the past 47 years within the Organization concerning pluralist democracy, the rule of law and human rights.[29] As we have seen, full acceptance of the ECHR is now a political condition for admission to the Council of Europe; all new and aspiring members are expected to sign the ECHR on joining and ratify it promptly afterwards, which includes the making of declarations under Articles 25 and 46, pending the coming into force of Protocol No. 11.

At the Vienna Summit, the Heads of State and Government stated that the Council 'is the pre-eminent European political institution capable of welcoming, on an equal footing and in permanent structures, the democracies of Europe freed from communist oppression'. They also elaborated on the statutory requirements for accession to the Council of Europe:

> Such accession presupposes that the applicant country has brought its institutions and legal system into line with the basic principles of democracy, the rule of law and respect for human rights. The people's representatives must have been chosen by means of free and fair elections based on universal suffrage. Guaranteed freedom of expression and notably of the media, protection of national minorities and observance of the principles of international law must remain, in our view, deci-

Parallel provisions are to be found in Rule 36 of the Rules of Court 'A' and Rule 38 of the Rules of Court 'B' of the European Court of Human Rights.

28 Turkey and the United Kingdom have maintained such derogations for several years.

29 Cf. The Legal Heritage of the Council of Europe: its role in reinforcing links with the countries of Eastern Europe. Report submitted by the Swiss Minister of Justice at the 17th Conference of European Ministers of Justice, June 1990.

sive criteria for assessing any application for membership. An undertaking to sign the European Convention on Human Rights and accept the Convention's supervisory machinery in its entirety within a short period is also fundamental. We are resolved to ensure full compliance with the commitments accepted by all member States within the Council of Europe.

Under Article 4 of the Statute, the Committee of Ministers has power to invite 'any European State which is deemed to be able and willing to fulfill the provisions of Article 3'[30] to join the Council of Europe. Before doing so, however, it must consult the Parliamentary Assembly. Although the power of decision lies with the Committee, it seems politically unthinkable that it would go ahead without the Assembly's approval. In fact, the main role in scrutinizing applications for membership is played by the Assembly and its committees and rapporteurs. In recent years, it has become the Assembly's practice to involve 'eminent lawyers' in the examination of applications for membership. In fact, these 'eminent lawyers' are members of the European Commission and Court of Human Rights, acting in a personal capacity.[31]

Between a country's applying for membership and its actually joining, there is a 'give and take' period of negotiation with the Assembly's rapporteurs and committees, which may last several years.[32] It is actually at the pre-accession stage that the Council of Europe's representatives have the most leverage and can press for the reforms needed to bring the applicant country into line with the Council's standards.

Strictly speaking, admission to the Council of Europe implies that both the Parliamentary Assembly and the Committee of Ministers consider the country concerned 'willing and able' to comply with the Council's basic standards and the essential requirements of pluralist democracy, the rule of law and human rights. In practice, however, the situation is not as clear as that. The countries recently admitted include some 'borderline cases', in which it was obvious that, at the time of admission, they did not comply fully with the conditions for membership.[33] The political argument used in support of this course of action is that admission to the Council will foster the

30 Cf. footnote 23 above.

31 Cf. for example the very detailed report on the conformity of the legal order of the Russian Federation with Council of Europe standards, prepared by MM. Bernhardt, Trechsel, Weitzel and Ermacora. October 1994. Council of Europe Document AS/Bur/Russia (1994) 7.

32 For example, the Russian Federation formally applied for membership on 7 May 1992 and joined the Council on 28 February 1996.

33 This has been clearly acknowledged by the Parliamentary Assembly in its Opinion No. 193 (1996) on Russia's request for membership of the Council of Europe in which it is stated that 'the Assembly believes that Russia – in the sense of Article 4 of the Statute – is clearly willing and *will* be able in the near future to fulfil the provisions for membership of the Council of Europe as set forth in Article 3...' The use of the future tense is significant; Art. 4 of the Statute reads as follows: 'Any European State which is deemed to be able and willing to fulfil the provisions of Article 3 may be invited to become a Member of the Council of Europe...'

process of democratization in the country concerned. This might be called 'therapeutic' admission. Admittedly, the states concerned gave a series of specific commitments.[34] These are explicitly referred to in the Assembly's Opinions on the accession of new members, and the Committee of Ministers often refers to them too in its Resolutions inviting states to join the Council.

As well as monitoring compliance with specific commitments given by specific countries,[35] both the Parliamentary Assembly and the Committee of Ministers have recognized that they have a general responsibility to monitor compliance by all the Member States with the Council of Europe's principles and standards.[36] The future will show how effective this monitoring proves.

The Council of Europe does not limit itself to pressing for compliance with its principles and standards, but is also helping the post-communist countries in their difficult transition to democracy. Having been, from the start, an organization dedicated to the preservation and defence of democracy, the rule of law and human rights, it now has – as a result of the radical political changes – a new and important 'democracy-building' role in Central and Eastern Europe. This is the purpose of specific Council of Europe programmes, such as the 'Demosthenes' programme, which are designed to help these countries to carry out the necessary constitutional, legislative and administrative reforms. Joint Programmes are also run, with the European Commission, for Albania, the Baltic States, the Russian Federation and Ukraine. The Council's aim in pursuing these programmes is not only to help the beneficiary countries with the setting-up of democratic institutions, but also to change attitudes and build a civil society and a culture of democracy, the rule of law and human rights.

The rapid enlargement of the last few years faces the Council of Europe with considerable challenges. Its official policy is 'enlargement without dilution, without any lowering of our standards'. This, of course, is much more easily said than done. The truth is that the Council has already lowered its standards for the admission of new members. It would not be in Europe's interest, however, if it lost its soul while extending its coverage, and sacrificed its fundamental principles to political expediency.

34 See for example the commitments referred to in Parliamentary Assembly Opinions No. 175 (1993) on the application by Slovakia for membership of the Council of Europe, No. 176 (1993) on Romania, No. 190 (1995) on Ukraine and No. 193 (1996) on the Russian Federation.

35 Cf. Order No. 488 (1993) of the Parliamentary Assembly.

36 Cf. Order No. 508 of the Parliamentary Assembly as well as the Declaration on compliance with commitments accepted by member States of the Council of Europe, adopted by the Committee of Ministers at its 95th Session (10 November 1994).

III. The Difficult Implementation of Human Rights and their Underlying Principles

In some parts of the Western world there is a belief – naive, in my view – that democracy, the rule of law and human rights are bound to triumph in the end, or at least that they are not in any acute danger. In fact, Alexis de Tocqueville is still right: democracy is threatened all the time; so are the rule of law and human rights. The struggle for human rights is never-ending – they must be constantly defended, and can be upheld only at the price of constant vigilance.

Even in the 'Europe of human rights', the 'maintenance and further realisation'[37] of these rights, and implementation of the fundamental principles which underlie them, constantly come up against obstacles and difficulties. In three specific and sensitive areas, I shall try to illustrate these obstacles and difficulties, as well as attempts to overcome them.

A. Torture versus Human Dignity

Torture is undoubtedly one of the most serious and most appalling violations of human rights and human dignity. As in other human rights instruments, the prohibition of torture in the ECHR is absolute. No derogation is possible from Article 3 ECHR, which contains this prohibition. The right not to be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment is one of the Convention's hard-core rights.

There is relatively little case-law on Article 3 ECHR.[38] To conclude from this that the violations concerned are also rare would be too optimistic; it is more realistic to recognize that, particularly in the dramatic situations where torture may occur, an international judicial control system based on individual applications has certain built-in limitations.

When the idea of setting up, at the Council of Europe, a special non-judicial system for the prevention of torture was first aired, some of its opponents – governments among them – argued that this was superfluous, since there was no torture in the Council's Member States. The truth, alas, is different.

37 Art. 1 of the Statute of the Council of Europe; cf. *supra* page 159 and note 12.

38 Cf. Cassese, 'Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment', in R. St. J. Macdonald *et al.*, *The European System for the Protection of Human Rights* (1993) 225 ss.

1. The History of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

An international Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment was adopted by the UN General Assembly in 1984, after lengthy and difficult negotiations.

The history of the European Convention for the Prevention of Torture is that of an idea and of a man – a brilliant idea and an outstanding man. Jean-Jacques Gautier was a rich private banker from Geneva and a man of high moral character. In the autumn of his life, he decided to leave banking and devote his last years to the fight against torture. He invested a great deal of money and energy in doing this and, among other things, founded the Swiss Committee against Torture, which has since grown into an international non-governmental organization. The greatest ideas are often the simplest, and this is certainly true of the proposal launched by Gautier in 1976. His idea was to prevent torture by inspecting the places where it was most likely to occur, i.e. places of detention. It was probably inspired by the inspection system operated by the International Committee of the Red Cross. Gautier's idea was taken up at the UN and embodied in a draft Optional Protocol to the UN Convention against Torture, presented by Costa Rica. However, mainly as a result of the objective alliance which then existed between the communist states and Third-World dictatorships, who were obviously not keen on really effective control machinery, the proposed Optional Protocol was put on ice.

It was then suggested that Gautier's idea might be implemented within the Council of Europe, whose Member States had seemed to favour it at the UN. At that time, motions concerning allegations of torture in two of the Council's Member States, Spain and Turkey, had been tabled in the Parliamentary Assembly. In 1983, the Legal Affairs Committee presented to the Assembly a report accompanied by a draft European Convention, which had been drawn up by the Swiss Committee against Torture and the International Commission of Jurists.

Negotiations at intergovernmental level were far from easy. Some member governments which had seemed to support Gautier's idea at the UN were obviously less keen on it, now that it seemed on the point of being implemented at the Council of Europe. None the less, the outcome was successful, partly thanks to strong support from civil society (NGOs, churches, etc.). The European Convention for the Prevention of Torture was adopted by the Committee of Ministers on 26 November 1987 and came into force on 1 February 1989. It has now been ratified by 30 Council of Europe Member States.

2. *Salient Features of the European Convention for the Prevention of Torture*

The purpose of the Convention is not to create new substantive law. Torture is already prohibited in absolute terms by Article 3 ECHR. The Convention for the Prevention of Torture deliberately refrains from trying to define the concepts of torture and inhuman or degrading treatment or punishment. This is wise, since we know that *omnis definitio periculosa est*, a fact confirmed by the difficulties which arose in connection with the definition of torture in Article 1, paragraph 1, of the UN Convention against Torture. Indeed, the second sentence of that definition, which states that the term torture 'does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions', seems highly questionable.

In the Preamble to the European Convention for the Prevention of Torture, the Member States of the Council of Europe express their conviction that 'the protection of persons deprived of their liberty against torture and inhuman or degrading treatment or punishment could be strengthened by non-judicial means of a preventive character based on visits'. More generally, it can be argued that there is clearly a strong need, in our increasingly complex modern societies, to ensure ever more effective protection of human rights by establishing, alongside the indispensable judicial institutions, non-judicial machinery which can act preventively, less formally and more rapidly. The same kind of thinking underlies the spectacular development of the ombudsman institution in a growing number of countries.

The European Convention sets up a new body, the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), with as many members as there are States Parties. These members are elected by the Committee of Ministers, following the procedure used for members of the European Commission of Human Rights. They serve in an individual capacity, and must be independent, impartial and available to serve the Committee effectively.

The first President of the CPT was Antonio Cassese. As the promoters of the Convention had hoped, the members come from a variety of backgrounds: they include lawyers, doctors, psychiatrists and criminologists, and several have practical experience of prison affairs. The percentage of women is higher (seven) than on the European Commission (only two women) and European Court of Human Rights (only one woman).

Inspection visits are the non-judicial, preventive means of control provided for in the Convention. Article 2 states that 'each Party shall permit visits ... to any place where persons are deprived of their liberty by a public authority'. 'Any place' may mean prisons, police stations, psychiatric hospitals, camps (e.g. camps where asylum-seekers are held), certain areas of airports, etc.

Under Article 7, paragraph 1, of the Convention, the CPT carries out two kinds of visit: periodic and *ad hoc*. They are conducted by delegations which must include at least two members of the CPT and are assisted by experts and interpreters. *Ad hoc* visits (i.e. visits which the CPT considers 'required in the circumstances') have so far been carried out in Turkey and Northern Ireland.

One of the more difficult points in negotiating the Convention was the question as to whether and to what extent advance notice should be given of visits. Article 8, paragraph 1, states that 'the Committee shall notify the Government of the Party concerned of its intention to carry out a visit. After such notification, it may at any time visit any place referred to in Article 2.' In this connection, it may be worth quoting paragraph 56 of the Explanatory Report on the Convention:

> This provision does not specify the period of time which should elapse (for example twenty-four or forty-eight hours) between the notification and the moment the visit becomes effective. Indeed, exceptional situations could arise in which the visit takes place immediately after the notification has been given. However, as a general rule and taking into consideration the principle of co-operation set out in Article 3, the Committee should give the State concerned reasonable time to take the necessary measures to make the visit as effective as possible. On the other hand, the Committee should carry out the visit within a reasonable time after the notification.

Paragraph 58 of the Explanatory Report states:

> ... the fact that specific establishments are mentioned in the notification should not preclude the Committee from announcing that it also wishes to visit other establishments in the course of the visit.

In practice, the advance notice rule has not made the visits less effective.

Article 8, paragraph 2, lists facilities which States Parties must provide to enable the CPT to carry out its task, e.g. 'unlimited access to any place where persons are deprived of their liberty, including the right to move inside such places without restriction'. Under Article 8, paragraph 3, the CPT 'may interview in private persons deprived of their liberty'; Article 8, paragraph 4, states that it 'may communicate freely with any person whom it believes can supply relevant information'.

After each visit, the CPT prepares a report on the facts found. It sends this to the state concerned, with any recommendations which it considers necessary. Both the information it collects in connection with a visit and its report are confidential. Reports may, however, be published in two cases. Firstly, under Article 11, paragraph 2, the report may be published, with any comments by the state concerned, at that state's request; in practice, reports

are published, rather, with the state's agreement. Publication has in fact become the rule, and non-publication the exception.

Publication in the second case is more in the nature of a sanction. Article 10, paragraph 2, states:

> If the Party fails to co-operate or refuses to improve the situation in the light of the Committee's recommendations, the Committee may decide, after the Party has had an opportunity to make known its views, by a majority of two-thirds of its members to make a public statement on the matter.

A public statement under Article 10, paragraph 2, has so far been made in one case; it concerned Turkey and was adopted by the CPT on 15 December 1992. Its conclusions, based on the CPT's findings in the course of two *ad hoc* and one periodic visit, state *inter alia:*

> In the light of all the information at its disposal, the CPT can only conclude that the practice of torture and other forms of severe ill-treatment of persons in police custody remains widespread in Turkey and that such methods are applied to both ordinary criminal suspects and persons held under anti-terrorism provisions. The words 'persons in police custody' should be emphasized...
> ... as far as the CPT can judge, the phenomenon of torture and other forms of ill-treatment of persons deprived of their liberty in Turkey concerns at the present time essentially the police (and to a lesser extent the gendarmerie). All the indications are that it is a deep-rooted problem.

3. *The European Convention for the Prevention of Torture – A New Departure*

The European Convention for the Prevention of Torture has brought a number of new features into international and European human rights law: one of them is the use of inspection to prevent human rights violations.

Unlike the European Commission and Court of Human Rights, the CPT is not a judicial body empowered to settle legal disputes concerning alleged violations of treaty obligations. It is an institution set up to prevent ill-treatment from occurring. While the Commission and Court aim at 'conflict resolution' in legal terms, the CPT aims at 'conflict avoidance' in practical terms. The primary goal of the Commission and the Court is to ascertain whether breaches of the ECHR have occurred. The CPT's task is to prevent abuses, whether physical or mental, of persons deprived of their liberty; its eyes are on the future, rather than the past. The Commission and the Court may intervene only when individuals or states ask it to do so. The CPT acts *ex officio* through periodic or *ad hoc* visits.

The CPT tries to meet three important requirements in its work: professionalism, impartiality and a constant willingness to co-operate with states. It

wants constructive, 'ongoing' dialogue with states, and considers its co-operation with national authorities 'invariably ... very good'.[39]

The CPT draws on a wide range of information sources – governmental, intergovernmental and non-governmental – in deciding which countries to visit and when, and which subjects/areas/establishments to concentrate on in the course of a visit. However, it arrives at its own conclusions and recommendations in the light of the information it collects during visits.

Concerning matters of substance, the CPT pays special attention to the existence of certain basic safeguards against ill-treatment – particularly the right of an arrested person to notify a close relative or third party, to have access to and the assistance of an independent lawyer, and to have access to a doctor (including a doctor of his or her own choice). The CPT considers that these three rights should apply from the outset of detention (i.e. from the moment when a person is obliged to remain in police custody). The possibility of lodging complaints concerning ill-treatment or conditions of detention with an independent body is regarded as another vital safeguard.

In conclusion, the European Convention for the Prevention of Torture can be regarded as one of the most positive innovations in the field of international human rights protection. It is far from being a 'token structure' or 'paper tiger'. Its non-judicial, preventive machinery complements the ECHR's judicial system very usefully and effectively. At the same time, the CPT's findings have confirmed that torture and inhuman or degrading treatment have not been eradicated in the 'Europe of human rights', that people in police custody run a serious risk of ill-treatment, and that there is much room for improvement in prison conditions. It is to be hoped that the CPT will continue to play its highly constructive role, and will be seen – rightly – by national authorities, not as a nuisance, but as a helpmate in introducing the reforms needed to protect the human rights of human beings who are particularly exposed and vulnerable.

B. The Situation of Aliens versus Universality of Human Rights

As we have seen, human rights, if they are really universal, are necessarily the rights of every human being. This means that they should apply in the same way to nationals and foreigners. Nobody should be an alien in the land of human rights. In fact, however, the foreigner or alien is a favourite target for intolerance and discrimination.

Article 1 ECHR states that 'the High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction' the rights enshrined in the Convention;

39 Cf. 2nd General Report, Doc. CPT/Inf (92) 3, para. 20.

and Article 14 provides that these rights 'shall be secured without discrimination on any ground such as ... national ... origin'.

In reality, however, even in Council of Europe Member States,[40] policy and law on aliens seem to belong to a kind of 'reserved area' of concepts and practices which are typical of the nation-state, indeed the police state – an area which scarcely seems touched by the vast contemporary movement aimed at guaranteeing human rights as inalienable, indivisible, universal and thus, by definition, available to everyone.

The rights proclaimed at the time of the French Revolution as the 'rights of men and citizens' were rapidly reduced, in the age of European nationalism, to the rights of citizens – and 'citizens' meant 'nationals'. The narrow logic of nationalism and the nation-state took it for granted that a person who did not belong to the state or nation could not have rights. It is this same logic which still largely informs our legal systems and prevailing modes of thought.

Even international instruments which are designed to guarantee universal human rights – but were obviously negotiated by nation-states – are not without restrictions and limitations on aliens. These restrictions and limitations apply mainly in three fields: residence rights and freedom of movement; political rights; and economic and social rights.

As far as the ECHR is concerned, Article 2 of Protocol No. 4 guarantees the right to liberty of movement and freedom to choose residence only to persons 'lawfully within the territory of a State'. The same applies to Article 1 of Protocol No. 7, which establishes procedural guarantees against expulsion, but restricts them to aliens 'lawfully resident in the territory of a State'.

Article 16 ECHR allows potentially wide-ranging interference with the political rights of aliens. It stipulates that 'nothing in Articles 10, 11 and 14 shall be regarded as preventing the High Contracting Parties from imposing restrictions on the political activities of aliens'. This obviously runs counter to the basic principle enshrined in Article 1 ECHR. As the European Commission of Human Rights stated in *Piermont v. France*, one of the very few cases in which the Strasbourg bodies have had an opportunity to consider Article 16, those who drafted that article 'were subscribing to a concept that was then prevalent in international law, under which a general, unlimited restriction of the political activities of aliens was thought legitimate'.[41] In fact, Article 16 is a stain on the ECHR. So far, however, all attempts to remove or amend it have been unsuccessful.

40 Cf. *Human Rights of Aliens in Europe. Proceedings of the Colloquy of Funchal, October 1993,* (1985).

41 Para. 58 of the Commission's Report, Publications of the European Court of Human Rights, Vol. 313 (1995).

The European Social Charter, for its part, is based on the traditional principles of nationality and reciprocity and not on that of universality. Attempts to extend the scope of the revised European Social Charter[42] *ratione personae* have unfortunately failed. The 'Community Charter of the fundamental social rights of workers' – a declaration with no binding legal force – lists a few 'rights' which belong to 'every individual', but most of those it mentions apply only to 'every worker of the European Community'.

The legal and factual situation of aliens or foreigners seems to be one of the most serious and widespread departures from the principle of universality of human rights, and also one of the most manifest signs of intolerance and discrimination in our age. The philosophy of universal and indivisible human rights should lead us to a radical re-thinking of certain basic concepts, e.g. those of the national, the citizen and the human being as holder of inalienable human rights, and of how these concepts relate to each other. Are we not, as a result of the weight and inertia of traditional nation-state thinking, inclined to attach too much importance to the connection between the human being and his or her state? Is it so obvious that only nationals[43] can be citizens? Is nationality really a more valid and convincing criterion for granting fundamental rights – human rights – than the simple fact of being a human being or the fact of a person's living and working in a country, even if it is not 'his' or 'her' country?

C. Neglect of Economic, Social and Cultural Rights versus Indivisibility of Human Rights

1. Economic and Social Rights

The idea that economic and social rights are an integral part of human rights and that states have obligations regarding them in international law seems to be losing ground. Even non-governmental organizations are not particularly active in defending them – there is no Amnesty International for these rights.

When the Universal Declaration of Human Rights was being drafted, one of those working on the text remarked: 'No personal liberty could exist without economic security and independence. A man in need is not a free man.' These were the very words used at the time by the United States delegate. Unfortunately, since then, we have seen in many quarters a regrettable tendency to deny that economic and social rights are fundamental human rights, to play certain rights or categories of right off against others and to establish a hierarchy among them. For example, we have seen – and sometimes still see – futile and meaningless attempts to champion civil and political rights

42 Revised European Social Charter, adopted by the Committee of Ministers in April 1996.

43 In this respect, the equivalent German term of *Staatsangehöriger* (i. e. belonging to the State) or *Staatsbürger* (i. e. citizen of the State) seems to me highly significant.

against economic and social rights, and vice-versa. In fact, all human rights and categories of right are inseparably bound up together; it is only when all of them are effectively guaranteed that human beings can live in dignity.

To see that human rights are indivisible, we only have to look at the countless people, in all parts of the world – even in our affluent Western societies – who live in extreme poverty and misery. They are, in fact, deprived of virtually all human rights. Freedom of expression, for example, may not mean much to those who have no means of voicing their needs and getting a hearing, relegated as they are to the outer limits of our societies. The right to family life may have little significance for those whose children are taken away and placed in homes or foster families simply because they are poor. The problem of poverty, which is worsening and spreading in our societies – the European Union and Council of Europe countries included – must be tackled not only from the economic and social angles, or as a problem of assistance, but also and above all from the standpoint of human rights.

Growing inequality and the unequal distribution of wealth in the world, in Europe and in all our countries, are one of the most serious challenges to human rights in our time. In my view, underdevelopment and mal-development, extreme poverty, misery and social exclusion are violations of human rights.

Where Europe is concerned, we should remember that the historical and philosophical roots of the contemporary movement for European unification, and particularly those of the Council of Europe, go back to the fight and resistance against nazism and fascism. For those who, in the darkness of World War II, dreamt of, and fought for, a new and better Europe, for those who started making that dream a reality after 1945, the building of Europe was a great humanist project. For them, respect for human dignity and human rights was an essential element in the new international and European order they wanted after the victory. And they had a global vision of human rights, including both economic, social and cultural rights, and civil and political rights. The Council of Europe was to be the incarnation and guardian of that vision.

Unfortunately, it must be said that Europe and the Council of Europe have made far less progress towards 'social democracy' than towards 'political democracy', to use the terms employed by one of the fathers of the ECHR, Pierre-Henri Teitgen. The ECHR itself mainly, though not exclusively, guarantees civil and political rights. The European Social Charter,[44] signed in Turin in 1961, was intended as the ECHR's counterpart; in many respects, it is actually its poor relation.

Since the Ministerial Conference on Human Rights, held in Rome in November 1990, efforts have been made to give the European Social Charter

44 Cf. D. Harris, *The European Social Charter* (1984).

a fresh impetus. These have led to the adoption of an amending Protocol to improve the Charter's control machinery,[45] to an Additional Protocol providing for collective complaints[46] and to the revised version of the Charter.[47]

Although some reforms have been carried out, particularly through anticipated implementation of some parts of the amending Protocol, the Charter's supervisory machinery, based on periodic reports by the Contracting States, remains considerably less stringent and effective than that of the ECHR.

As we have seen, full acceptance of the ECHR is now a political condition for admission of a country to the Council of Europe. The same does not apply to the European Social Charter. In fact, only 20 of the 39 Member States of the Council have ratified it, and none of the new Member States in Central and Eastern Europe has done so. This makes one wonder just how serious the Member States are in their frequently affirmed commitment to the equal importance and indivisibility of all human rights. In fact, there seems to have been a shift away from the global vision of human rights which prevailed in the wake of World War II.

Obviously, as far as the countries of Central and Eastern Europe are concerned, the disastrous economic and social situation prevailing in many of them does not create favourable conditions for the effective enjoyment of human rights. However, although protection of economic and social rights is of literally vital importance for millions of people in these countries, there seems, in many quarters, to be a rejection of the very concept of these rights, going hand in hand with a rejection of the old regime, which officially promoted economic and social rights at the expense of civil and political rights. The combined effect of pan-economic thinking and the sometimes rather naive enthusiasm of the new converts to the market economy is resulting – paradoxically enough – in a kind of Marxism in reverse, a new kind of determinism, which sees the market economy and economic freedom as the necessary and sufficient prerequisites of all freedoms and of human rights. The experience of many of the world's regions and countries shows how misguided this is.

45 Protocol amending the European Social Charter, opened for signature in Turin on 21 October 1991, not yet in force.

46 Additional Protocol to the European Social Charter providing for a system of collective complaints, opened for signature in Strasbourg on 9 November 1995, not yet in force.

47 Cf. *supra* note 42.

2. Cultural Rights

Although cultural rights are regularly mentioned as one of the categories of human rights, they are in fact the worst neglected. They seem indeed to be the forgotten ones.[48]

At the Council of Europe, there has recently been lively, but so far inconclusive, discussion on cultural rights, in connection with follow-up action on the Vienna Summit's decisions concerning 'national minorities'. The Heads of State and Government instructed the Committee of Ministers

- to draft with minimum delay a framework convention specifying the principles which Contracting States commit themselves to respect, in order to assure the protection of national minorities ... and
- to begin work on drafting a protocol complementing the European Convention on Human Rights in the cultural field by provisions guaranteeing individual rights, in particular for persons belonging to national minorities.

The Framework Convention for the Protection of National Minorities was opened for signature on 1 February 1995. Entry into force and full implementation of this convention and of the European Charter for Regional or Minority Languages, which was opened for signature in 1992, should now be ensured.

So far, negotiations on a protocol complementing the ECHR in the cultural field have produced no positive results. On the contrary, the Committee of Ministers decided, in January 1996, to suspend work on drafting of this protocol. This decision is regrettable, even though the Committee has agreed to continue discussing the feasibility of further standard-setting in the cultural field and in that of national minorities. Although constantly mentioned in the list of human rights categories, very few cultural rights have been guaranteed at European level. It is a serious mistake to neglect the cultural dimension of human rights. There are cultural rights which should be protected under the ECHR system. Guaranteeing them would be of special importance for minorities. A group of distinguished human rights experts has prepared a very interesting preliminary draft protocol to the ECHR concerning the recognition of cultural rights.[49] The fact that it has so far proved impossible to reach agreement on such a protocol is not really due to the objective difficulty of the exercise, but to governments' reluctance to submit to the control machinery of the ECHR in a field which is regarded as politically delicate.

48 Cf. P. Meyer-Bisch (ed.), *Les droits culturels – une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, VIIIe colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme à l'Université de Fribourg, novembre 1991, (1993).

49 *Ibid.*, at 304.

IV. Threats And Challenges to the Cause of Human Rights at the Dawn of the 21st Century

The Europe of pluralist democracy, the rule of law and human rights and Europe as a 'vast area of democratic security' were described as 'a source of immense hope' by the Vienna Summit. However, this Europe is also threatened by terrible dangers and confronted with formidable challenges. Two of these seem particularly alarming: pan-economic ideology and the rise of aggressive nationalism, racism and, more generally, intolerance and irrationality.

A. Pan-Economic Ideology

Since 1989, there has been a great deal of talk not only about the 'end of history', but also about the 'death of ideologies'. I myself believe that there is one ideology – which does not admit to being one – which is surreptitiously invading and pervading our societies and our way of thinking. This ideology, which I would term pan-economic ideology, is affecting the whole concept of Europe and our perception of human rights.

It seems necessary to ask one fundamental question: what concept of the human being is at the heart of European society and its human rights thinking and practice? Is it not increasingly that of the human being reduced to *homo oeconomicus*, debased to an economic factor (or, a bit more optimistically, economic actor). I, for one, do not regard *homo oeconomicus* as a particularly interesting or attractive variety of *homo sapiens*. Typical features of *homo oeconomicus* are selfishness and egocentrism, a lust for possessions, profit and power, and an unwillingness to share with others. His emphasis is on having rather than being. This type of man sees rights, even human rights, as his rights, not the rights of others. The human rights approach of *homo oeconomicus* is essentially self-centred, individualistic and petulant; solidarity has no place in his value system. *Homo oeconomicus* shows insufficient respect not only for other humans and their rights, but also for his environment in the broadest sense of the term.

The pan-economic ideology and the concept of *homo oeconomicus* inevitably lead to a singularly constricted view of human rights. The global vision has gone and, in particular, the social and cultural dimension of human rights is gradually eroded.

Though insufficiently implemented, the idea of the indivisibility of human rights has at least been recognized in the past as a valid objective. In Europe, a complex web of social support has been built up, underpinned by legal norms guaranteeing rights, including social rights. This whole approach is now being questioned by the – in my view – false prophets of so-called

modernity, in the name of fashionable slogans such as deregulation. They argue that laws, regulations and rights, particularly social rights, are a handicap and stand in the way of a modern and flexible labour market, capable of responding to an increasingly competitive world market. These false prophets are particularly active in the post-communist countries of Central and Eastern Europe. Speaking in Strasbourg in October 1993, B. Geremek, one of the founders of *Solidarity*, said:

> We in the Eastern countries have suffered a painful experience with profound political consequences, namely, the experience of neglect of social policy. This neglect casts doubt on economic policy as a whole; it casts doubt on the transformation of the economy and also on the democratic transformation.

Neglect of social policy and of the social dimension of human rights may be fatal for Europe, and for democracy, both in Europe as a whole and in each of our countries.

B. The Rise of Aggressive Nationalism, Racism and, more Generally, Intolerance and Irrationality

Disruptive and destructive currents are again flowing over our continent: aggressive nationalism, ethnocentrism, racism, xenophobia, antisemitism, religious fanaticism, intolerance and irrationality.

As far as nationalism is concerned, Hobsbawm suggested that this was no longer 'a major vector of historical development', and that our continent was moving – partly thanks to European unification – towards post-national attitudes.[50] However, in the opinion of a distinguished academic and human rights scholar from former Yugoslavia, Vojin Dimitrijevic, exclusive nationalism 'presents the greatest danger to democratic transition, at least in former 'socialist' countries'.[51] Exclusive nationalism puts the ethnic group and its interests at the top of the value scale and so runs counter to universal values. In several post-communist countries, we are seeing a combination of Stalinist populism and nationalism. Movements and political parties of allegedly communist provenance are cultivating typically fascist ideals of strength, combat and destruction. For some dictators in decaying communist systems, nationalism has been the only means of preserving their power and acquiring a new legitimacy and social support. This development is not entirely surprising. Indeed, nationalism and the Bolshevik version of communism are intimately bound up with collectivism and anti-individualism, which also characterized fascism and nazism, with its telling slogan '*Du*

50 Cf. E. J. Hobsbawm, *Nations and Nationalism since 1780* (1990) in particular at 163.

51 V. Dimitrijevic, *The Insecurity of Human Rights after Communism. 'Factors and Difficulties' Affecting the Implementation of International Human Rights Standards in Times of Transition*, Publication No. 11 (April 1993) of the Norwegian Institute of Human Rights, at 24.

bist nichts, dein Volk ist alles' (You are nothing, your people or nation is everything). This explains the ease with which some leaders switched from communism to nationalism, and also the existence of 'red-brown' coalitions between former communists and nationalists.

In this context, the ideal of the nation-state is transmuted into the ideal of a state for every ethnic group, a state owned by the nation. Many, too many, people nurture the dream of an ethnically 'pure' state, which can easily lead to the reality of ethnic cleansing. Even in cases which stop short of this, the presence of other ethnic groups is regarded as an anomaly. Attitudes like this obviously make it extremely difficult, if not actually impossible, to solve minority problems peacefully and harmoniously.

In many parts of Europe, there seems to be a terrible and sometimes deliberate confusion between *demos* and *ethnos* and, as a result, between democracy and ethnocracy. Various countries are having trouble with the concepts of nationality and citizenship: who is a national, who is a citizen, who is a holder of rights, of human rights? Answering these questions on the basis of ethnic criteria is a dangerous and vicious aberration.

At the Vienna Summit, the Heads of State and Government of the Council of Europe's Member States, 'alarmed ... by the development of aggressive nationalism and ethnocentrism', adopted a Declaration and Plan of Action on combating racism, xenophobia, antisemitism and intolerance. They expressed their conviction that 'these manifestations of intolerance threaten democratic societies and their fundamental values and undermine the foundations of European construction'.

At the root of these phenomena there is, in my view, a twofold rejection: rejection of the universal in humanity and the human being, and rejection of the other, of 'otherness', of difference.

It can also be said that, in these phenomena, irrationality is making a powerful comeback in political theory and practice, in all parts of Europe, both East and West. It is, perhaps, worth recalling that, in the inter-war years, irrationality was the soil in which ethnocentrism, nationalism, racism and anti-democratic ideas were cultivated. The 'thinkers' who laid the ideological foundations of nazism saw irrationality, not as an aberration, but a virtue. Instinct was set against reason, and seen as superior to it; the power of reason was forced to yield to the 'power of life', which soon proved indeed the power of death. In his 1926 book, *Der Aufmarsch des Nationalismus*, Friedrich Georg Jünger, one of the great champions of the 'rupture of nationalism', wrote that nationalism 'has no inclination to criticize or analyse. It is averse to tolerance because tolerance is not part of life. It is fanatical because everything that is of blood is fanatical and unjust.' These theories, which systematically denigrated the spirit, reason and tolerance and celebrated 'the national myth which blossoms from the blood', logically led to

the justification, indeed the glorification and practice, of violence, the law of the jungle and elimination of the 'other'. Sadly, these ideas have now found a new and chilling topicality. They are again being put into practice; and they are again germinating in the minds of scientists, who insist on the need to obey 'natural laws' and regard the idea of human rights as a deviation from the biological rules which govern animal societies. The distinguished scientist and great humanist, Jean Hamburger, was right when he said:

> The concept of human rights is not inspired by the natural law of life; on the contrary, it is a rebellion against natural law...

According to him, human rights

> are not a gift of nature, but a permanent conquest, an endless battle against a return to the animal condition, a kind of active, everyday process of creation, a rebellion which gives human life its meaning, originality and nobility...[52]

Conclusion

Many things have been achieved by the 'Europe of human rights', but none of them should be taken for granted. Many things remain to be done to develop and promote the culture of pluralist democracy, the rule of law and human rights in the whole of Europe and get closer to realization of that great and challenging objective: to implement human rights in their universality and indivisibility, to guarantee all human rights and human rights for all. Enormous strength and determination will be needed to continue on this path, to meet the challenges and resist the dangers which the cause of human rights is facing.

As far as the Council of Europe is concerned, it is to be hoped that it still has, and will retain, that strength and that determination. To what extent do its members genuinely share its values and the determination to comply with them? It would be disastrous if the attention given those values were mere lip-service, an institutional ritual, with no real significance. Human rights lose their credibility if they are just an empty phrase, a pious wish, an unkept promise.

At the Vienna Summit, Vaclav Havel deplored the fact that 'the Europe of today lacks ethics, imagination and generosity'. If Europe is to be solidly built, it must be built on the basis of genuinely shared values, on a shared ethic – on what Janos Kis[53] has called the ethic of equal dignity.

52 J. Hamburger, in *Universality of Human Rights in a Pluralistic World*, Proceedings of the Colloquy organized by the Council of Europe in Strasbourg (April 1989) 112 ss.

53 J. Kis, *L'égale dignité. Essai sur les fondements des droits de l'homme* (1989).

Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire

par

ALAIN PELLET

Academy of European Law (ed.),
Collected Courses of the Academy of European Law, Volume V, Book 2, 193–271.
© 1997 *Kluwer Law International. Printed in the Netherlands.*

Table de matières

Introduction 201

Chapitre I
Les Communautés sans le droit international? 203

A. Les tentatives de «désinternationalisation» du droit communautaire 204
   1. La jurisprudence de la Cour de Justice 204
   2. La doctrine communautariste 207

B. Le droit international, fondement du droit communautaire 211
   1. Un ordre juridique d'origine conventionnelle 212
   2. La révision des traités 214
   3. Le «complexe du Jivaro» 217

Chapitre II
Les Communautés comme organisations internationales 221

A. L'absence de caractère étatique, fût-il fédéral, des Communautés 222
   1. Les Communautés ne sont pas des Etats 222
   2. La souveraineté des Etats membres demeure intacte 225

B. La Communauté présente les traits caractéristiques d'une organisation internationale 231
   1. La Communauté est une organisation internationale 233
   2. «Une manifestation très avancée du droit des organisations internationales» 237

Chapitre III
L'ordre juridique communautaire, «ordre juridique de droit international» 245

A. L'autonomie relative du droit communautaire par rapport au droit international 247
   1. Un ordre juridique autonome 247
   2. Les rapports de systèmes entre droit communautaire et droit international 251

B. L'autonomie du droit communautaire par rapport aux droits nationaux 254
   1. L'effet direct du droit communautaire 256
   2. La primauté du droit communautaire 261

En guise de conclusion 268

Orientations bibliographiques 270

Biographie

Professeur à l'Université de Paris X – Nanterre et à l'Institut d'études politiques de Paris.

Membre de la Commission du droit international des Nations Unies.

Etudes supérieures

- Agrégation de droit public et de sciences politiques (1974);
- Doctorat d'Etat de droit public (1974 – Université de Paris II);
- D.E.S. de sciences politiques (1969 – faculté de droit et des sciences économiques de Paris);
- D.E.S. de droit public (1969 – faculté de droit et des sciences économiques de Paris);
- Auditeur à l'Académie de droit international de La Haye (session de droit public, 1967, 1969 et 1971);
- Diplôme de l'Institut d'études politiques de Paris («Sciences-Po») (1968 – section du service public);
- Licence en droit public (1968 – faculté de droit et des sciences économiques de Paris).

Fonctions universitaires

- Professeur à l'Université de Paris X – Nanterre, Professeur (1990-);
- Directeur du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN);
  Directeur du D.E.A. de droit des Relations économiques internationales et communautaires;
- Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris («Sciences-Po») (1980-);
- Professeur à l'Université de Paris-Nord (1977-1990);
- Professeur à l'Université de Constantine (1974-1977);
  Maître de conférence à l'Institut d'études politiques de Paris (1972-1981);
- Assistant à l'Université de Paris II (1969-1974);
- Professeur invité, missions de courte durée et conférences dans de nombreuses universités étrangères.

Activités extra-universitaires

- Membre de la Commission du droit international des Nations Unies (1990-);
  rapporteur spécial sur «Les réserves aux traités» (1994-);
- Membre suppléant de la Sous-Commission des droits de l'homme des Nations Unies (1983-1992);
- Conseil et avocat de la France, du Burkina Faso, du Nicaragua, de l'Australie, du Tchad, de la Slovaquie, de la Bosnie-Herzegovine et du Cameroun, dans plusieurs affaires devant la Cour internationale de justice;
- Expert-consultant auprès de la Commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en Yougoslavie (1991-1993);
- Conseiller juridique de l'Organisation mondiale du tourisme (1990-);
- Rapporteur du Comité de juristes français chargé d'étudier la création d'un Tribunal pénal international destiné à juger les crimes commis dans l'ex-Yougoslavie («Commission TRUCHE») (1993);
- Consultant, société d'avocats Mignard-Teitgen-Grisoni (Paris) (1993-).

Publications principales

Ouvrages

- *Droit international public* (avec D. Nguyen Quoc et P. Daillier), (L.G.D.J.), 5e éd., 1994, 1379 pages, (traduction partielle en grec, 1991; en hongrois, à paraître en 1996).
- *Les fonctionnaires internationaux* (avec D. Ruzie), P.U.F., Collection «Que sais-je?», 1993, 128 pages.
- *La Charte des Nations Unies (commentaire article par article)*, (avec J.P. Cot), Economia, 2e éd., 1991, XIV – 1771 pages, (traduction en japonais, 1993; en anglais à paraître en 1995).
- *Le Droit international du développement*, P.U.F., Collection «Que sais-je?», 2e éd., 1987, 128 pages, (traduction en japonais, 1988).
- *Les voies de recours ouvertes aux fonctionnaires internationaux*, Pédone, 1982, 202 pages.
- *Droit international public*, P.U.F., Collection THEMIS, 1981, 154 pages, (traduction en japonais, 1992).

Recueils de textes

- *Les Nations Unies – Textes fondamentaux*, P.U.F., Collection «Que sais-je?», n° 3035, 1995, 128 pages.
- *Droit d'ingérence ou devoir d'assistance humanitaire?, Problèmes politiques et sociaux*, n° 758-759, 1er-22 décembre 1995, La documentation française, 133 pages.

Principaux articles

- «L'activité du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie», à paraître in *AFDI* (1995).
- «The Road to Hell is Paved with Goods Intentions – The United Nations as Guarantor of International Peace and Security: a French Perspective», in C. Tomuschat (éd.), *UN at Age Fifty* (1995) 113-133.
- «La formation du droit international dans le cadre des Nations Unies», *EJIL* (1995) 401-425.
- «Peut-on et doit-on contrôler les actions du Conseil de sécurité?,», S.F.D.I., Colloque de Rennes, *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies et les nouveaux aspects de la sécurité collective* (1995) 221-238.
- «Quel avenir pour le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes?», *Liber Amicorum Jimenez de Arechaga* (1995) 401-425.

- «Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie», *RGDIP* (1994) 7-60.
- «The Normative Dilemma – Will and Consent in International Law», 12 *Australian Yearbook of International Law* (992) 22-53.
- «Contre la tyrannie de la ligne droite – Aspects de la formation des normes en droit international de l'économie et du développement", XIX *Thesaurus Acroasium* (1992) 287-355.
- «La mise en œuvre des normes internationales des droits de l'homme», in CEDIN, *La France et des droits de l'homme* (1990) 101-140.
- «Le glaive et la balance – Remarques sur le rôle de la CIJ en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales», in Y. Dinstein (éd.), *International Law at a Time of Perplexity – Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (1989) 539-556.
- «La carrière des fonctionnaires internationaux», in S.F.D.I., Colloque d'Aix-en-Provence, *Les agents internationaux* (1985) 143-191.
- «L'article 53 de la Constitution de 1958 – Le rôle du Parlement dans la procédure d'entrée en vigueur des traités et accords internationaux», in F. Luchaire et G. Conac (éds.), *La Constitution de 1958* (2e éd., 1987) 1005-1038.
- «Le bon droit de l'ivraie – Plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international)», in *Mélanges Charles Chaumont* (1984) 465-493.
- «Budget et programmes aux Nations Unies, quelques tendances récentes», *AFDI* (1976) 242-282.
- «La grève dans les services publics internationaux», *RGDIP* (1975) 932-971.
- «La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme», *RDP* (1974) 1319-1379.

Introduction

Ce cours est un cours «d'humeur», presque de «mauvaise humeur». Il n'a pas pour ambition d'apporter au lecteur des connaissances techniques nouvelles et pour une raison simple: comme l'a écrit Jacques Delors, la construction européenne est «un monument d'hermétisme – ou une ouverture très sophistiquée – connu seulement des spécialistes...».[1] Et spécialiste, l'auteur ne l'est certainement pas. Il ne s'agit donc pas d'approfondir un domaine particulier du droit communautaire, mais de porter sur celui-ci dans son ensemble un regard extérieur – ou, pour être plus exact – un regard partiellement extérieur car, n'en déplaise aux communautaristes, le droit communautaire tient son fondement et son existence même du droit international public: les Communautés comme, d'ailleurs l'Union européenne, ont été créées par des traités; ce sont ces traités qui fondent leur personnalité juridique; et un traité est un instrument juridique international. Dès lors, les Communautés et l'Union sont, avant toute chose et peut-être exclusivement, des personnes du droit international.[2]

Ces évidences sont d'une banalité affligeante et l'on aurait scrupule à les rappeler si la doctrine communautariste ne les scotomisait pas à peu près complètement et systématiquement. Non pas – en tout cas pas uniquement – par ignorance, mais, et c'est plus grave, dans le cadre de ce qui paraît être une véritable «stratégie intellectuelle dogmatique».

Ceci est irritant; pas seulement parce que cela heurte l'amour-propre des internationalistes mais surtout, plus substantiellement, pour deux raisons fondamentales:

- en premier lieu, la doctrine communautaire qui a acquis son autonomie académique par rapport au droit international public témoigne ainsi de son ignorance des révolutions que celui-ci a subies, en partie d'ailleurs grâce au droit communautaire; le «droit des gens» est en général présenté par les communautaristes comme une discipline figée, incapable de rendre compte du fait communautaire et dont ils font une présentation inexacte et, à la limite, trop souvent franchie, presque caricaturale;
- en second lieu, il semble presque évident qu'en écartant ainsi, d'un revers de main, l'approche internationaliste du droit communautaire, on se prive d'éléments de réflexion et de compréhension féconds.

Voici pourquoi ce cours est un cours «d'humeur»: il s'agit de réagir contre le mépris injuste, et injustifié, dans lequel la doctrine communautariste, à de brillantes mais rares exceptions près, tient le droit international, au risque de déformer la réalité, et ceci à des fins purement idéologiques: la promotion de

1 *La France pour l'Europe* (1988) 272.

2 Le «droit international» dont il est question dans ce cours est, sauf indication expresse contraire, le droit international public.

la construction communautaire qui, pourtant, ne se porterait sans doute pas plus mal de rendre justice à ses origines internationalistes...

Ce cours s'efforcera de le faire en s'interrogeant sur la possibilité d'envisager ou d'imaginer les Communautés[3] sans le droit international (chapitre I), en les décrivant en tant qu'organisations internationales (chapitre II) et en étudiant – mais très superficiellement – l'ordre juridique communautaire comme un «ordre juridique de droit international» (chapitre III).

3 Il ne fait pas de doute qu'il existe toujours trois Communautés fondées sur des traités constitutifs distincts, auxquelles s'ajoute maintenant, et se superpose dans une certaine mesure, l'Union européenne. Ce cours, selon un usage assez répandu, traitera, sous réserve de quelques précisions données dans le chapitre II, indifféremment de «la» ou «des» Communautés. Etant donné le niveau d'abstraction assez grand auquel il se situe, ceci ne présente probablement guère d'inconvénient.

Chapitre I

Les Communautés sans le droit international?

Il est à peine exagéré d'évoquer le «terrorisme intellectuel» que font régner certains communautaristes parmi les juristes. L'une des manifestations de ce phénomène consiste à affirmer que la question de la nature juridique de la ou des Communautés est résolue, qu'elles n'ont plus rien à voir avec le droit international et qu'il est inutile de revenir sur ce point.

Le juge Pescatore, dont les qualités de juriste ne sont évidemment pas en cause, est probablement le représentant le plus qualifié et le plus connu de ce courant doctrinal et l'ensemble de son œuvre, considérable, est imprégné de cette conviction selon laquelle les ordres juridiques communautaire et international sont entièrement distincts et séparés; tout au plus le droit communautaire pourrait-il constituer un modèle et une source d'inspiration féconde pour la réforme et l'approfondissement du droit international. Au demeurant, M. Pescatore est loin d'être isolé dans cette conviction, certainement sincère, mais que l'on peut juger erronée et, en tout cas, très excessive. On peut, à vrai dire, soupçonner qu'elle est partagée par la quasi-totalité des spécialistes du droit communautaire. Il est ainsi très frappant de constater que l'index de l'excellent manuel de *Droit communautaire général* du Recteur Guy Isaac[4] ne comporte pas d'entrée à l'expression «Droit international» et que, d'une manière générale, aucun développement, ou à peu près, n'y est consacré.

Ceci est extrêmement significatif: l'éminent auteur, dont le livre a déjà formé des générations de juristes français, admet comme une donnée d'évidence que, en tant qu'ordre juridique, le droit communautaire ne doit rien au droit international; il est présenté «en soi». Certes, M. Isaac n'omet pas de présenter «les traités communautaires»[5] qui constituent le «droit communautaire primaire»,[6] mais il s'abstient soigneusement de s'interroger sur le fondement de la validité de ce droit «primaire». Résultat inévitable: les milliers d'étudiants français qui apprennent le droit communautaire dans ce manuel – dont il faut redire l'excellence – auront forcément la conviction, erronée, que le droit communautaire n'a aucun lien avec le droit international...[7]

4 (1994) 328 pages.
5 *Ibid.*, 117-124.
6 *Ibid.*, 117.
7 Une tendance récente dans les Universités française consiste à «avancer» l'étude du droit communautaire général de la troisième à la deuxième année des études en droit. Ceci est justifié par l'importance concrète considérable du droit communautaire pour les Etats membres; mais ce n'est acceptable que si, avant d'aborder le droit communautaire, les étudiants reçoivent au moins des rudiments de droit international: comment comprendre les Communautés sans savoir ce qu'est un traité ou une organisation internationale?

Et pourtant le Professeur Isaac n'est pas, loin s'en faut, un communautariste «extrême». On peut sans doute même le considérer comme assez représentatif d'une tendance modérée, assez «technicienne», qui constitue la grande majorité des communautaristes, dont la caractéristique est de ne pas nourrir de prévention particulière à l'encontre du droit international mais, tout simplement, de n'en pas voir l'intérêt pour leur discipline. Ils conçoivent les Communautés et leur droit abstraction faite du droit international.

La thèse fondamentale de ce chapitre et, à vrai dire, de l'ensemble de ce cours, est que ceci n'est pas possible. Malgré la «désinternationalisation» à laquelle procèdent la doctrine et la jurisprudence communautaristes, pour de mauvais motifs (section A), cette position est intenable et ne correspond nullement à la réalité des choses; bien au contraire, le droit international constitue l'ancrage et le fondement mêmes du droit communautaire (section B).

A. Les tentatives de «désinternationalisation» du droit communautaire

L'anathème lancé contre le droit international est le fait aussi bien de la doctrine que de la jurisprudence communautaires. Mais les motifs de cette excommunication paraissent, tout bien réfléchi, différents dans l'un et l'autre cas. La CJCE a agi par calcul, de propos délibéré, mais, si l'on y regarde d'un peu plus près, sans pousser la thèse de l'enfermement du droit communautaire jusqu'à ses conséquences extrêmes. La doctrine, pour sa part, a suivi avec zèle la direction montrée par la jurisprudence, mais sans s'imposer la relative modération dont la Cour a su faire preuve, et ceci probablement par ignorance des tendances actuelles du droit international.

1. La jurisprudence de la Cour de Justice

Dans les premières années de son existence, la Cour a manifesté quelque considération pour les traités constitutifs.

Ceci est très frappant, par exemple, dans un arrêt de 1960, que l'on a qualifié d'«obscur»[8] et qui porte sur des problèmes compliqués de fiscalité applicable aux fonctionnaires de la CECA, l'arrêt *Humblet*. Pour affirmer l'obligation de la Belgique de respecter l'immunité fiscale d'un fonctionnaire communautaire belge, la Cour s'est expressément fondée sur l'obligation résultant «du Traité et du protocole qui ont force de loi dans les Etats membres à la suite de leur ratification et qui l'emportent sur le droit interne».[9] Les choses étaient très claires, très solidement argumentées au regard du droit in-

8 De Witte, «Retour à 'Costa' – La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international», *RTDE* (1984) 426.

9 Affaire 6/60, *Rec.*, 1146.

ternational: les obligations des Etats membres trouvent leur source et leur fondement dans les traités régulièrement ratifiés par les Etats et incorporés dans leur ordre juridique interne.

Quoique dans une formule concise, qui a fait sa fortune, le célèbre arrêt *Van Gend en Loos* du 5 février 1963 ne dit pas autre chose. Tout en affirmant que le Traité (CEE) «constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les Etats contractants» – ce qui est indiscutablement exact[10] –, la Cour de Luxembourg conclut que «la Communauté constitue un nouvel ordre juridique *de droit international*».[11] Cette expression est évidemment décisive. Elle signifie qu'en 1963 la Cour n'éprouvait aucun doute sur l'ancrage de l'ordre juridique communautaire dans le droit international, tout en mettant en lumière, à juste titre les évidentes particularités du droit communautaire.

Pourtant, un an plus tard, dans le non moins célèbre arrêt *Costa c. ENEL* du 15 juillet 1964, la Cour, de façon évidemment délibérée, «rectifie le tir». Il y est dit cette fois qu'«à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre intégré au droit des Etats membres...».[12] Peu importe, pour l'instant cette dernière précision.[13] Ce qui compte, c'est une omission; mais elle est de taille: la disparition après «ordre juridique» de la mention «de droit international». Ainsi à à peine plus d'un an d'intervalle, le «nouvel ordre juridique de droit international» devient «un ordre juridique propre». *Exit* le droit international, alors qu'il ne s'était produit, entre-temps, aucune mutation juridique majeure. Il est, dans ces conditions, exclu que l'«ordre juridique de droit international» de 1963 ait pu perdre ce caractère en 1964 et, d'ailleurs, l'arrêt *Costa* ne dit rien de tel: posant le principe de la primauté du droit communautaire,[14] il établit fermement que l'ordre juridique communautaire a été institué par le Traité et que sa primauté découle des «termes et [de] l'esprit» de celui-ci qui, malgré les particularités qu'il présente par rapport à ceux que la Cour appelle, un peu dédaigneusement, les «traités ordinaires», n'en est pas moins un «accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international».[15]

Il ne paraît pas aventureux d'en déduire que, malgré la différence de formulation existant entre ces deux arrêts essentiels, la Cour de Justice ne méconnaît pas dans le second le fondement international de la Communauté et de son droit, même si elle l'explicite moins nettement; après tout, la Cour a tendance à tenir pour acquis les principes posés par elle et il n'était, en effet,

10 Voir *infra* B.3.
11 Affaire 26/62, *Rec.*, 1963, 3 – italiques ajoutées.
12 Affaire 6/64, *Rec.*, 1161.
13 Voir *infra*, chapitre III.
14 *Id.*
15 Définition du traité aux fins de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (article 2, paragraphe 1(a).

pas indispensable de reprendre la formule explicite qu'elle avait retenue dans l'affaire *Van Gend en Loos*.

Le glissement terminologique de 1964 n'est cependant pas passé inaperçu de la doctrine – l'arrêt *Costa* est probablement l'un de ceux, sinon celui, qui a fait l'objet des commentaires les plus abondants. Or, malgré l'ardeur «désinternationaliste» des commentateurs,[16] la Cour s'est toujours soigneusement gardée de revenir à sa formulation initiale et ne reprendra jamais la formule «nouvel ordre juridique de droit international», alors même que, quelques mois après l'arrêt *Costa*, le 13 novembre 1964, dans l'affaire *Commission contre Luxembourg*, elle reprend la première partie de la formule *Van Gend en Loos* «ordre juridique nouveau», mais en s'abstenant soigneusement de préciser «de droit international».

Il s'agit donc clairement d'une tactique délibérée de la Cour dont M. Bruno De Witte, dans un remarquable article[17] paru en 1984 a donné une explication extrêmement convaincante à laquelle on ne peut guère que se rallier: il est certain que la Cour a entendu «couper les ponts» avec le droit international et ceci dans un objectif qui, avec le recul du temps, apparaît clairement; il s'agissait de «*démarquer le droit communautaire du droit international afin de mieux assurer sa primauté*».[18] Pourquoi et comment? Nous y reviendrons plus en détail dans le chapitre III; il suffit de dire qu'il s'agit d'une entreprise, tout à fait superflue, en direction des Etats qui, comme l'Allemagne ou l'Italie, se réclament du dualisme; l'objectif est, au fond, de simplifier la tâche aux juges de ces pays en «gommant» le caractère international de l'ordre communautaire.

Ceci étant, la manœuvre était purement psychologique et si cette entreprise de séduction a été couronnée d'un certain succès, encore que limité, en direction des juges des pays supposés «dualistes», ceux-ci ne s'y sont laissés prendre que parce qu'ils l'ont bien voulu et d'ailleurs seulement de manière partielle.

Le fait, évidemment, demeure: l'ordre juridique communautaire n'est pas, à la différence de l'ordre juridique étatique, une donnée factuelle;[19] c'est un ordre créé; et il l'est par une série de traités. Il s'agit donc d'une création du droit international. La Cour de Luxembourg ne l'a jamais nié; elle le rappelle même avec constance comme en témoignent, par exemple, les formules qu'elle a utilisées dans ses avis des 14 décembre 1991 et 10 avril 1992 à propos de l'EEE:

16 Voir I.A.2 *infra*.
17 *Supra* note 8, 425-54.
18 *Ibid.*, 442 – italiques dans le texte.
19 Le droit international ne crée pas l'Etat; il en constate l'existence.

- «Le traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit»;[20]
- ou bien: le Traité instituant l'EEE ne dénature pas «les compétences de la Communauté et de ses institutions telles qu'elles sont conçues par le Traité».[21]

Dans les deux cas, le fondement juridique international de la construction communautaire est reconnu même si, corrélativement, l'accent est mis sur les particularités du Traité originaire, que nul ne saurait nier, mais qui sont un autre problème. Malheureusement, la doctrine communautariste, pour sa part, emportée par son zèle «européaniste», ne veut, dans sa grande majorité, retenir de cette jurisprudence, somme toute équilibrée même si elle est passablement «orientée», que l'affirmation de la spécificité du droit communautaire.

2. La doctrine communautariste

Les communautaristes ont bonne conscience et il n'est pas douteux que si, par hasard, ce cours tombait aux mains de l'un d'eux, il ne manquerait pas de hausser les épaules en considérant qu'il ranime une guerre de religions dépassée.

Il est exact que les batailles doctrinales qui ont marqué les premiers temps de la construction communautaire, sans avoir complètement disparu, se sont en grande partie apaisées. Mais cette paix armée est plutôt due au fait que les «internationalistes» ont déserté le champ de bataille qu'à leur conviction du bien-fondé des thèses communautaristes extrêmes qui, malheureusement, tiennent le haut du pavé dans le petit monde du droit communautaire même si, en son sein, il comporte des «colombes». On peut penser, en particulier, parmi la doctrine francophone, à M. Daniel Vignes – il est vrai ancien Directeur général au Conseil des Communautés où l'on est, traditionnellement, et peut-être par fonctions, plus modéré qu'à la Commission ou à la Cour... – ou au Professeur Vlad Constantinesco qui, tout en mettant l'accent sur l'originalité, indéniable, de la construction communautaire, a toujours insisté, parallèlement, sur son fondement conventionnel.[22]

Mais foin de ces nuances! Ce cours se veut et est polémique, ce qui conduit sans doute à «grossir le trait», et l'image globale que donne la littérature de base en droit communautaire ne porte certainement pas à la nuance.

20 Avis 1/91, *Rec.* I-6079.
21 Avis 1/92, *Rec.* I-2821.
22 Voir notamment sa thèse, publiée en 1974, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, LGDJ, Paris, 492p. ou sa contribution aux *Mélanges Chaumont – Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – Méthodes d'analyse du droit international; Mélanges offerts à Charles Chaumont* (1984), «La Cour de Justice des Communautés européennes et le droit international», 207-222.

La majorité des auteurs manifestent une superbe indifférence pour le droit international[23] et, chez les plus militants, l'indifférence devient franche hostilité.

Dans sa thèse, publiée en 1968, et consacrée à *L'application d'un traité – fondation: le Traité instituant la CEE,*[24] le Professeur Henri Lesguillons présente les querelles doctrinales des années 1950 et 1960 durant lesquelles se sont affrontées les thèses fédéralistes qui voyaient – et voient toujours – dans les Communautés une structure (pré-)fédérale, et les thèses internationalistes qui les décrivent comme des organisations internationales d'un type particulier, ce qui est assurément plus réaliste.[25] Parmi les premiers, les professeurs Cartou, Heraud, Jaenicke ou Schwarzenberger; parmi les seconds, Mme Bastid et MM. F. Berger, Bindschedler, Bleckmann, Delbez, Scelle, Seidl-Hohenveldern, Verdross, Vitta ou Paul de Visscher. La seconde thèse a été relancée récemment avec beaucoup de talent par le Professeur Charles Leben, dans un article[26] dont on peut partager les conclusions générales tout en étant sceptique sur le bien-fondé de l'approche kelsénienne et terriblement abstraite adoptée par l'auteur.

Quant à l'école fédéraliste, elle ne s'affiche plus ouvertement comme telle tant l'évolution des Communautés a démenti de façon éclatante ses prévisions intégrationnistes décidément trop optimistes (quelles que soient les sympathies politiques que l'on peut nourrir pour elles).

Il n'en reste pas moins que cet échec n'a guère entamé l'ardeur anti-internationaliste de la doctrine communautariste la plus agissante. Certes, il n'est pas d'auteur qui ne paie, formellement, tribut aux traités originaires:[27] ils sont trop voyants pour que l'on puisse se dispenser de ce «lip service». Mais, ce devoir accompli, c'est pour expliquer aussitôt que ceci n'a aucune conséquence.

Un exemple très frappant de cette attitude, tout de même assez étonnante, est donné par la contribution du juge Constantinos Kabouris aux *Mélanges Pescatore*. Dans ces réflexions qu'il présente comme «parfois peu confor-

23 Voir *supra* note 3 et le texte correspondant.

24 LGDJ, Paris, IV – 319p.

25 Voir *infra*, chapitre II.

26 «A propos de la nature juridique des Communautés européennes», 24 *Droits* (1991) 61-72.

27 Cf. M. Blanquet, *L'article 5 du traité CEE – Recherches sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, LGDJ, Paris (1994) XXII – 502p.: «Les Etats membres sont a priori placés dans un cadre conventionnel, leurs obligations découlant d'un traité négocié et accepté» (page 421); ou P. Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés européennes – Etude des sources du droit communautaire* (1971): «Les bases du nouveau droit européen ont été créées par le procédé le plus classique du droit des gens: au moyen de plusieurs traités internationaux»; ou, du même auteur, *Droit international et droit communautaire – Essai de réflexion comparative*, Centre européen universitaire, Nancy, non daté: «Bien sûr, le droit communautaire trouve ses bases dans un ensemble de traités internationaux conclus suivant les procédés les plus classiques du droit international» (page 15).

mistes» mais où l'on peut voir, au contraire, un assez grand conformisme communautariste, l'éminent auteur explique que le Traité (de Rome) «est en vigueur par lui-même, de façon autonome, et constitue la source primaire de tout l'ordre juridique communautaire...»;[28] après quoi il met l'accent sur l'abandon par la jurisprudence de l'expression «ordre juridique de droit international»[29] pour conclure à la nature fédérale de «la relation Communauté – Etats membres».[30]

D'une façon générale, la doctrine communautariste s'est évertuée à donner une interprétation très radicale de l'évolution de la position de la Cour qui cependant est probablement plus tactique que substantielle.[31] Pour nombre d'auteurs, l'expression «nouvel ordre juridique de droit international» ne serait qu'une «remarque quelque peu malencontreuse»[32] ou «une erreur».[33]

Ainsi débarrassés de la présence encombrante du droit international, les communautaristes les plus virulents, qui se considèrent comme les «représentants du droit européen»,[34] se livrent à une critique acerbe de ce même droit international auquel, cependant, la construction communautaire ne devrait pratiquement rien: «La spécificité de l'ordre juridique communautaire s'exprime notamment par le fait que le droit international n'est pas appelé à jouer un grand rôle...».[35]

Ainsi, le juge Pescatore s'est, dans nombre de travaux, penché sur les relations et la comparaison entre le droit communautaire et le droit international. Dans son cours sur *L'ordre juridique des Communautés européennes*, il s'emploie à montrer que, «[j]uridiquement, les communautés sont fermées sur elles-mêmes».[36] «La raison profonde de l'inadaptation du droit international au droit communautaire résulte du fait que le premier est fait pour régir des rapports de coexistence ou de coopération...».[37] Cette pure pétition de principe conduit notre auteur, dans un autre pamphlet, à poser en postulat que le droit international est «peu évolué»[38] et à vanter la «supériorité» – le mot apparaît à maintes reprises sous sa plume – intrinsèque du droit communau-

28 «La relation de l'ordre juridique communautaire avec les autres ordres juridiques des Etats membres – quelques réflexions parfois peu conformistes», *Mélanges Pescatore – Du droit international au droit de l'intégration – Liber Amicorum Pierre Pescatore* (1987) 331.

29 *Ibid.*, 331-2; voir *supra* note 12 et le texte correspondant.

30 *Ibid.*, 334.

31 Voir *supra* A.1.

32 G. Bebr, *Development of Judicial Control of the European Communities* (1981) 436, cité par De Witte, *supra* note 8, 445.

33 Iglesias Buiges, «La nature juridique du droit communautaire», *CDE* (1968) 527.

34 P. Pescatore, *Droit international et droit communautaire*, *supra* note 27, 9.

35 J.-V. Louis, *L'ordre juridique communautaire, Commission des Communautés européennes*, coll. «Perspectives européennes» (1986) 78.

36 *Supra* note 27, 40.

37 *Ibid.*, 123.

38 *Droit international et droit communautaire*, *supra* note 27, 33.

taire, mais, fort heureusement conclut-il, «tout ce qui fait l'originalité et la force du droit communautaire échappe aux catégories du droit international».[39] Dès lors, le droit communautaire qui, seul, permet de porter un regard neuf sur la souveraineté[40] constitue un «modèle à la pensée scientifique».[41]

De même, mais ce ne sont que des exemples parmi bien d'autres, M. Jacot-Guillarmod, dans un ouvrage d'ailleurs fort stimulant paru en 1979, *Droit communautaire et droit international public*, n'hésite pas à écrire:

> Par ses faiblesses intrinsèques, le droit international public diffère profondément du droit communautaire. Plusieurs traits du droit international sont ainsi devenus, par contraste, d'utiles repères pour apprécier la spécificité du droit communautaire et, par là même, pour mesurer l'écart qui s'est creusé entre les deux ordres juridiques.[42]

Pour cet auteur, si dialogue il doit y avoir entre les deux systèmes de droit, ce ne peut être qu'en ce qui concerne les relations externes des Communautés,[43] dans lesquelles, concède-t-il, le droit international joue en effet un rôle croissant, conséquence du rôle accru que jouent les Communautés elles-mêmes dans les relations internationales[44] (ce dernier constat est, au moins, indéniable!).

Bien sûr, si tout ceci était exact, on ne pourrait que se féliciter, avec M. Jacques Bourgeois, Conseiller juridique principal à la Commission, que la Cour de Luxembourg «soit soucieuse d'éviter [...] d'introduire dans le droit communautaire le cheval de Troie de certains modes de pensée du droit international».[45]

Mais tout ceci n'est pas exact et repose sur deux pétitions de principe difficilement acceptables.

En premier lieu les «faiblesses» que ces auteurs prêtent au droit international sont, en partie au moins, l'effet de leur imagination ou de leur ignorance. Le droit international contemporain n'est pas ce qu'ils disent, ou ce qu'ils croient. Par exemple, il est totalement inexact que, comme l'écrivait M. Pescatore[46] – mais on retrouve aussi cette affirmation erronée sous d'autres plumes[47] – la dénonciation d'un traité soit «toujours possible»; comme cela ressort clairement des articles 54 à 64 de la Convention de

39 *Ibid.*, 10.
40 «L'apport du droit communautaire au droit international public», *CDE* (1970) 507.
41 *Ibid.*, 522.
42 (1979) 258.
43 *Ibid.*, 266.
44 *Ibid.*, 250.
45 «Les relations internationales de la Communauté européenne et la règle de droit: quelques réflexions», *Mélanges Pescatore*, *supra* note 28, 65.
46 *Droit international et droit communautaire*, *supra* note 27, 15.
47 Voir par exemple C. Kabouris, *supra* note 28, 337.

Vienne de 1969, le traité est, au contraire, un piège à volonté, qu'il cristallise de façon largement définitive. De même, pour prendre un seul autre exemple, en définissant le droit communautaire – tout le droit communautaire – comme un «*jus cogens* régional»,[48] M. Jacot-Guillarmod fait preuve soit d'ignorance sur la notion de *jus cogens*, soit d'une hardiesse singulière, même au regard des thèses les plus avancées! Au fond, cependant, il faut bien reconnaître que ceci n'est pas très grave et témoigne seulement d'une certaine ignorance due à un excès de spécialisation; les internationalistes, et l'auteur de ce cours le premier, en sont certainement également les victimes.

En revanche, la seconde pétition dont partent nos auteurs est moins excusable et jette un certain discrédit sur la «méthode scientifique» elle-même de ceux qui la présentent comme un «modèle» de rigueur. Ils posent en effet en postulat le résultat même de l'équation qu'il s'agit de résoudre. Alors que la question est de déterminer la place du droit international dans la construction communautaire, ils raisonnent à peu près de la manière suivante:

1. Le droit communautaire ne doit rien au droit international;
2. donc le droit international est, par définition, tout ce qui n'est pas communautaire et est purement inter-étatique;
3. donc le droit international n'a aucune place dans le droit communautaire...

Mais la première et la troisième propositions sont identiques, ce qui n'est pas de bonne logique, et la deuxième est très abusivement simplificatrice. Une étude moins militante conduit à une vision infiniment plus nuancée.

B. Le droit international, fondement du droit communautaire

Il ne saurait faire de doute que, loin d'être étranger au droit communautaire, le droit international en est le fondement même, ce qui fait de lui, pour reprendre l'expression de la Cour de Justice elle-même, «un ordre juridique de droit international». De ce constat découlent plusieurs conséquences, notamment en ce qui concerne la révision des traités communautaires originaires même si l'importance de la question est, en définitive, plus théorique que concrète. Ceci étant, cet ordre juridique, pour être d'origine conventionnelle n'en est pas moins, c'est une évidence, tout à fait spécial et à part, originalité que, par sa malléabilité et sa souplesse, le droit international est parfaitement capable de prendre en considération.

48 *Supra* note 42, 362.

1. Un ordre juridique d'origine conventionnelle

Il n'est pas utile de rappeler en grands détails les origines conventionnelles du droit communautaire. Chacun sait que les Communautés ont été créées par des traités successifs; pas seulement ceux de Paris de 1951 et de Rome de 1957, mais aussi tous ceux qui ont réalisé des aménagements institutionnels plus ou moins profonds depuis la Convention de Rome de 1957 relative à certaines institutions communes jusqu'au traité de Maastricht sur l'Union européenne du 7 février 1992 entré en vigueur le 1er novembre 1993, en passant par le traité de fusion de 1965, les deux traités sur le budget communautaire de 1970 et 1975, l'Acte annexé à la décision du Conseil du 20 septembre 1976 relatif aux élections du Parlement européen et l'Acte unique du 28 février 1986, sans oublier les traités successifs d'adhésion de 1972, 1979, 1986 et ceux, encore en pointillés, de 1994.

Il est également bien connu que chacun de ces textes est extrêmement complexe, l'instrument principal étant en général accompagné d'une multitude d'annexes, protocoles et déclarations dont, dès 1956, la Cour de Justice a dit qu'ils avaient «la même force impérative» que le traité lui-même.[49]

De plus, tout en préservant l'autonomie de chaque traité, la Cour n'en considère pas moins la construction communautaire comme un tout, chacun de ces instruments étant appelé, le cas échéant, à éclairer l'interprétation donnée aux autres.[50]

Conformément à une construction doctrinale qui ne prête pas le flanc à la critique,[51] c'est cet ensemble complexe de traités que la Cour de Luxembourg a qualifié, notamment dans l'avis 1/91 du 14 décembre 1991, de «charte constitutionnelle d'une communauté de droit».[52] Mais, pour avoir des aspects constitutifs ou, si l'on veut, «constitutionnels», ils n'en répondent pas moins, en tous points, à la définition des traités la plus communément reçue en droit international, celle, par exemple, que l'on trouve dans l'article 2, paragraphe 1(a), de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969:

> L'expression «traité» s'entend d'un accord conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes.

En accord avec les principes les plus classiques et les mieux établis du droit international, de tels traités entrent en vigueur, conformément à leurs dispositions, après que les Etats parties ont exprimé leur consentement à être liés –

49 Affaire 7/54, *Industrie sidérurgique luxembourgeoise*, *Rec.* 1956, 55.
50 Cf. affaire 9/56, *Meroni*, *Rec.*, 1958, 9 et affaire 13/60, *Comptoirs de vente de charbon de la Ruhr*, *Rec.* 1962, 165.
51 Voir *infra* le texte correspondant à la note 151.
52 *Rec.* 1991, I-6102.

en l'espèce par la ratification. C'est donc à la suite d'un processus parfaitement orthodoxe de droit international que les Communautés ont été créées. Pour banal que ce soit, ceci doit être souligné: elles ne doivent rien à la génération spontanée; ce sont des créations juridiques et, plus précisément, du droit international. Elles ne relèvent pas du fait, mais du droit.

Même si le moment n'est pas encore venu de comparer les Communautés à la forme étatique,[53] cette évidence fondamentale suffit à établir leur nature non étatique. Certes un Etat peut, en apparence, être issu d'un traité et l'on peut penser à cet égard à la création de la Belgique en 1830. Mais ce n'est jamais du traité que l'Etat tire son existence juridique. Il est un sujet de droit parce qu'il existe en fait. Comme l'a rappelé récemment la Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie («Commission Badinter») dans son avis n°1 du 29 novembre 1991, «l'existence ou la disparition de l'Etat est une question de fait».[54] Du moment qu'une entité répond à la définition de l'Etat, c'est un Etat; les conditions de sa création n'importent pas.

Cette analyse est évidemment inapplicable aux Communautés. Alors que l'existence de l'Etat s'impose au droit international, celle des Communautés en découle. Elles procèdent de celui-ci, de la volonté des Etats parties aux traités originaires telle que le droit international l'organise et en réglemente l'expression.

La Cour de Justice s'est du reste constamment montrée tout à fait consciente de ce caractère fondamental. En premier lieu, on l'a vu,[55] dans ses arrêts de 1963 et 1964, les arrêts «fondateurs» dont découle toute la construction de l'autonomie du droit communautaire, elle a insisté sur l'origine conventionnelle des Communautés, point que la doctrine communautariste «militante» se garde de souligner. Ensuite, dans tous les cas où cela lui paraît utile, elle n'hésite pas à se référer à la ratification des traités par les Etats membres, leur rappelant ainsi leurs obligations et le fondement conventionnel de celles-ci. Ainsi, dans son ordonnance du 22 juin 1965 rendue dans l'affaire des *Aciéries San Michele*,[56] elle rappelle à l'Italie qu'elle est engagée par le traité CECA qu'elle a régulièrement signé et ratifié; de tels rappels sont constants dans les arrêts rendus en matière de responsabilité pour manquements. Le juge Pescatore, qui donne ces exemples[57] en déduit que les traités ont, de ce fait, «amené la création des rapports juridiques *apparentés* à ceux du droit international».[58] Pas du tout! ce ne sont pas des rapports «apparentés» à ceux du droit international Ce sont des rapports de droit international, pour une raison, encore une fois, «toute bête» et sur laquelle il

53 Voir *infra* II.A.
54 *RGDIP* (1991) 264.
55 Voir *supra* le texte correspondant aux notes 8 à 15.
56 Affaire 9/65, *Rec.* 1965, 35.
57 *L'ordre juridique des Communautés européennes, supra* note 27, 124-5.
58 *Ibid.*; les italiques sont ajoutées.

est superflu de gloser indéfiniment, parce que la création des Communautés est la manifestation juridique et le résultat de l'expression de la volonté des Etats parties aux traités de les créer sur le plan international.

Ceci étant posé, et trop évident pour pouvoir être sérieusement mis en doute, on ne peut échapper à la question, rebattue mais jamais totalement résolue de la révision des traités constitutifs, qui vient à nouveau de rebondir avec l'avis 1/91 sur l'EEE. Ce que les Etats ont fait par la conclusion de traités des plus classiques formellement, peuvent-ils le défaire?

2. La révision des traités

Les données du problème sont bien connues: les traités contiennent des clauses spéciales de révision; ces modalités sont, dorénavant, fixées à l'article N du Traité sur l'Union européenne; elles font intervenir le Conseil, le Parlement et, le cas échéant, la Commission et le Conseil de la Banque centrale européenne, et, si les modifications sont adoptées par une conférence des représentants des Etats membres, «les amendements entreront en vigueur après avoir été ratifiés [toujours une procédure typique du droit international] par tous les Etats membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives». La question est de savoir si l'on pourrait passer outre à ces dispositions.

On peut d'ailleurs signaler que ceci s'est produit à deux reprises dans le passé puisque, en 1956 et en 1957, le traité CECA a été modifié, sur des points, il est vrai, relativement secondaires, à la suite d'une procédure ne respectant pas les règles posées par le traité de Paris. Les auteurs se bornent en général à voir dans ces précédents des «négligences»[59] ou des «péchés de jeunesse».[60] Soit! Mais la question mérite tout de même que l'on s'y arrête quelques instants; comme la jeunesse, la maturité peut avoir droit à ses péchés!

Compte tenu de ce qui précède, il paraît évident qu'il s'agit là d'un problème de pur droit international public et pas du tout d'un problème propre au droit communautaire: les traités communautaires sont, d'abord, des traités; comme tels ils sont, dans leur vie et jusque dans leur mort, soumis à l'application de cette branche, matériellement «constitutionnelle», du droit des gens qu'est le droit des traités.

A cet égard, un argument paraît devoir être écarté d'emblée: celui tiré de la jurisprudence de la Cour de Justice. Il est tout à fait exact que l'on peut en déduire que, selon la juridiction de Luxembourg, les traités peuvent être

59 Ganshof van der Meersch, «L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international», 148 *RdC* (1975-V) 47.

60 Cruz Vilaca, «Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés européennes?», *CDE* (1993) 19.

modifiés, exclusivement, par recours aux procédures conventionnellement prévues. De son point de vue, la Cour a certainement raison: gardienne de la «légalité communautaire», elle a pour charge de faire respecter les traités originaires. De même que l'on imagine mal la Cour constitutionnelle d'un Etat donnant par avance sa bénédiction à une violation de la constitution, de même, il est peu concevable que, face à une disposition claire des traités – et l'article N est sans ambiguïté –, la Cour de Justice vienne proclamer par avance que sa violation serait sans conséquence aucune.

Il faut toutefois constater que, dans les quelques affaires dans lesquelles elle a pris position, la Cour n'était pas confrontée à la seule hypothèse qui pose réellement problème, celle de l'«acte contraire», c'est-à-dire d'un traité entre Etats membres modifiant les traités constitutifs, mais à de prétendues modifications résultant du droit dérivé (directive, résolution du Conseil ou pratique institutionnelle). On peut penser surtout aux affaires *Manghera*,[61] *Defrenne*[62] ou *Royaume-Uni c. Conseil*. Encore faut-il noter en passant que, dans ce dernier arrêt, du 23 février 1988, la Cour affirme que les traités ne sont à la disposition «ni des Etats membres, ni des institutions elles-mêmes»[63] mais que, dans l'avis 1/91,[64] elle oublie de s'appliquer ce sage précepte à elle-même puisqu'elle voit dans l'article 164 du traité CE l'un des «fondements mêmes de la Communauté», non susceptible de modification sur la base du troisième alinéa de l'article 238, alors que le Traité ne comporte pas une telle restriction.[65]

Quoi qu'il en soit, il est plus que probable que la Cour s'inclinerait face à une révision opérée délibérément par la procédure de l'acte contraire, de même que le Conseil constitutionnel français, placé devant le fait accompli de l'élection du président de la République au suffrage universel à la suite de la révision constitutionnelle de 1962, introduit à la suite d'un référendum constituant dont la validité au regard de la Constitution de 1958 était pour le moins douteuse, s'est incliné et a estimé ne pouvoir censurer ni cette réforme,[66] ni les élections subséquentes. Ceci est probablement justifié juridiquement si l'on veut bien admettre la distinction, classique en droit constitutionnel, entre pouvoir constituant institué et pouvoir constituant originaire. Certes, la révision des traités par un acte contraire constituerait, comme on

61 Affaire 59/75, *Rec.* 1976, 91.
62 Affaire 43/75, *Rec.* 1976, 455.
63 Affaire 68/86, *Rec.* 1988, 855.
64 *Supra* note 20.
65 Il est vrai que, dans l'avis 1/92, la Haute Juridiction a semblé admettre qu'une telle révision, fondée sur l'article 236 du traité CE serait valable (*Rec.* 1992, I-2821).
66 Décision du 6 novembre 1962, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel* (1962) 27.

l'a écrit, un «acte révolutionnaire»,[67] mais qui pourrait nier que la révolution produit des effets juridiques? c'est même sa raison d'être!

Au demeurant, ceci ne résout qu'imparfaitement le problème: il en résulte simplement que la Cour de Justice ne pourrait pas et, probablement, qu'elle ne devrait pas, censurer une révision intervenue dans de telles conditions. Il faut en effet sortir du cadre de l'ordre juridique communautaire dans lequel on s'est situé jusqu'à présent et examiner le problème au regard du droit international puisque les traités constituent le lien entre ces deux ordres juridiques distincts et autonomes.

Quid donc si, comme on le doit, on raisonne au regard du droit international? Il doit être entendu d'emblée qu'il ne s'agit pas d'appliquer ici le droit des traités «en général». Contrairement aux affirmations de ses détracteurs, le droit international n'est pas fait d'un seul bloc; ses règles sont adaptées aux différentes situations qui se présentent et il ne saurait être question de tenir les actes constitutifs des organisations internationales[68] pour des traités «ordinaires», si bien que les règles de la Convention de Vienne de 1969 ne leur sont pas automatiquement et globalement applicables. Comme le précise expressément l'article 5 de cette Convention, celle-ci «s'applique à tout traité qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale [...] sous réserve de toute règle pertinente de l'Organisation»; et, comme le précise l'article 2, paragraphe 1(j) d'une autre Convention de Vienne, celle de 1986 sur le droit des traités conclus par les organisations internationales, «l'expression 'règles de l'organisation' s'entend notamment des actes constitutifs de l'organisation». L'article N du traité de Maastricht en fait donc indiscutablement partie.

Il paraît assez logique d'en tirer la conséquence que, sauf improbable changement fondamental de circonstances, qui conduirait à écarter l'application de l'article N, le recours au droit international ne permet pas de légitimer le procédé de l'acte contraire. Ainsi, le droit international vient au secours des thèses communautaristes les plus rigides...

Il faut cependant bien voir ce que ce raisonnement a de très formel. D'une part, il est très improbable que le problème se pose concrètement[69] et, d'autre part, si cela se produisait, ce manquement (au regard tant du droit communautaire que, par voie de conséquence, du droit international, qui y renvoie) ne pourrait pas être sanctionné: pour les raisons indiquées ci-dessus, la Cour de Justice devrait s'incliner devant le «pouvoir constituant originaire» et le droit international n'offre pas de mécanismes de contrôle crédibles qui, au demeurant, ne seraient, de toutes manières, pas actionnés

67 Bernhardt, «Les sources du droit communautaire: la 'constitution' de la Communauté», Commission des Communautés européennes, *30 ans de droit communautaire*, coll. «Perspectives européennes» (1982) 81.

68 Catégorie dont relèvent les traités communautaires; voir *infra*, chapitre II.

69 Voir G. Isaac, *supra* note 4, 124.

puisque, par hypothèse, tous les Etats membres seraient d'accord. Quant à une modification par un traité conclu entre certains Etats membres de la Communauté seulement, elle ne serait, assurément, pas opposable aux autres Etats membres et engagerait la responsabilité des Etats signataires à leur égard.[70]

Il semble donc légitime de conclure que le recours au procédé de l'acte contraire se justifie, finalement, davantage en vertu du droit communautaire (par le recours à la théorie du constituant originaire eu égard à la nature «constitutionnelle» des traités constitutifs) qu'au regard du droit international, mais que la violation de celui-ci n'aurait pas de conséquences concrètes. N'en déplaise aux militants les plus sectaires d'un «communautarisme» étroit, le droit international n'en offre pas moins le terrain théorique le plus solide pour exclure la validité de l'acte contraire...

3. Le «complexe du Jivaro»

Concluant un colloque organisé en 1992 par le Centre de droit international de Nanterre (CEDIN) sur *Les accords de Maastricht et la constitution de l'Union européenne*,[71] le professeur Denys Simon dénonçait le « «Jivaro intellectuel» consistant à essayer par tous les moyens de réduire le contenu et l'enjeu du Traité» de Maastricht.[72] Cette mise en garde vaut, évidemment, pour l'ensemble du droit communautaire en ce sens que ce n'est pas parce que toute la construction communautaire trouve son fondement dans le droit international qu'elle est banale, ou anodine.

Il serait tout à fait inapproprié et, à vrai dire, parfaitement stupide, de prendre prétexte de la fondation des Communautés par des traités pour en nier l'originalité et d'abord pour une raison très simple: le traité est une forme neutre, en principe indifférente à son contenu. On distingue traditionnellement *l'instrumentum*, qui est le support formel du traité, du *negotium* qui en est la substance, l'objet même. Mais alors que *l'instrumentum* fait l'objet de règles relativement précises – quoique souples – du droit international, le *negotium* est presque entièrement laissé à la discrétion des parties. En d'autres termes, le traité est un moyen juridique à la disposition des Etats pour réaliser les objectifs qu'ils se fixent, mais ces objectifs, et les moyens de les atteindre, peuvent être fixés à peu près sans limites.

A cette liberté, le droit international ne fixe qu'une borne, le fameux *jus cogens*, que l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 définit comme les normes impératives du droit international général, acceptées et reconnues par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que

70 Cf. l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969.
71 M.F. Labouz (éd., 1992) 241p.
72 *Ibid.*, 214.

normes auxquelles aucune dérogation n'est permise. Mais, quoi qu'ait pu en dire, jadis, l'Union Soviétique, les traités communautaires ne contiennent à l'évidence aucune disposition contraire à une norme de ce type.

Ils comportent, en revanche, indiscutablement, des étrangetés, des bizarreries, par rapport aux réalisations habituelles du droit international; et l'on peut y voir, en ce qui concerne la plupart d'entre elles, des avancées considérables. Le problème sur lequel le professeur O'Keeffe a centré, cette année, son cours général à l'Académie, la place de l'individu dans le droit communautaire, constitue d'ailleurs un élément essentiel de cette originalité profonde et féconde. Mais il y a en a bien d'autres, que l'on pense, par exemple, à l'importance de l'«auto-production législative» de la Communauté;[73] au rôle tout à fait extraordinaire par rapport aux juridictions internationales de type classique, que joue la CJCE dans la vie du droit communautaire et qui se traduit, notamment, par l'importance, exceptionnelle, du contentieux de la légalité et par ses rapports directs avec les juridictions nationales,[74] qui contraste avec le caractère embryonnaire et consensualiste du règlement obligatoire des différends dans l'ordre international; à l'ignorance, par le droit communautaire, du principe, fondamental en droit international général, de l'épuisement des recours internes;[75] à la responsabilité communautaire, organisée et effectivement sanctionnée; ou aux institutions juridiques, très remarquables, que sont l'effet direct et la primauté du droit communautaire.

Toutefois, ces traits spécifiques – encore une fois, profondément originaux par rapport à ce dont on a l'habitude en droit international – doivent être quelque peu relativisés en ce sens qu'ils ne sont pas tous, loin de là, de totales nouveautés. Ce sont moins les innovations du droit communautaire en elles-mêmes qui frappent l'internationaliste que la «massivité» des particularités qui le caractérisent et leur réunion. Par exemple: les Communautés ne sont pas les seules organisations internationales à disposer d'un pouvoir de décision obligatoire à l'égard de leurs Etats membres; l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), l'Organisation mondiale de la santé (OMS) ou, de façon plus spectaculaire, le Conseil de sécurité dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, en disposent également mais seulement dans des domaines restreints[76] ou, comme à l'OCDE, à des conditions procédurales extrêmement strictes. De même, la Convention européenne des droits de l'homme – qui est antérieure à la CECA – ouvre plus largement le prétoire de la Commission et, en fait, de la Cour aux individus

73 Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 33 ou P. Pescatore, *L'ordre juridique, supra* note 27, 13.

74 J.-V. Louis, *supra* note 35, 38.

75 Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 207.

76 Encore que le Conseil de sécurité élargisse considérablement le champ de son intervention obligatoire depuis la fin de la guerre froide.

que les traités communautaires ne leur donnent accès à la CJCE. Mais, et c'est le second facteur qui fait des Communautés un exemple assez extraordinaire, aucune institution internationale ne concentre comme elles le font tous ces éléments d'originalité.

Pourquoi tout ceci est-il possible? Sur quel fondement la Cour de Justice peut-elle s'appuyer pour imposer aux Etats et à leurs juridictions nationales des principes aussi «dérangeants» par rapport aux relations internationales traditionnelles que l'effet direct ou la primauté du droit communautaire? Pourquoi, toute considération socio-politique mise à part, les Etats se plient-ils à des disciplines aussi étrangères à leur comportement international habituel? A ces questions, il n'y a qu'une réponse: ce sont les traités et eux seuls qui déterminent les droits et les obligations respectifs des Etats d'une part et de la Communauté et de ses institutions d'autre part. Comme l'écrit Walter Ganshof van der Meersch,

> [L]'ordre juridique communautaire tel que le déterminent les Traités de Paris et de Rome [auxquels on pourrait ajouter l'Acte unique et le traité de Maastricht], puise sa validité dans ces traités internationaux auxquels il reste subordonné.[77]

Plus de traités au sens du droit international, donc plus de fondement juridique international; plus de Communautés. Même un auteur aussi peu suspect d'idolâtrie pour le droit des gens que le Professeur J.-V. Louis écrit: «C'est le Traité qui est la source même de la primauté...»[78] – il est vrai que c'est pour faire échapper le droit communautaire à l'emprise des droits nationaux; mais le fait est là: la construction communautaire est, non pas d'abord mais bien exclusivement, une construction juridique internationale; le fondement de son existence, de l'équilibre entre la Communauté et ses Etats membres réside dans le droit international.

Toutes les innovations sur lesquelles, non sans raison, mais sans «rendre au droit des gens» ce qui lui revient, les communautaristes mettent si volontiers l'accent, ont été rendues possibles par le recours aux techniques, elles très classiques, du droit international. Comme la Cour elle-même le répète à l'envi, l'effet direct, la primauté, le recours préjudiciel de l'article 177, les recours en carence, en manquement ou en responsabilité ont leur source et leur justification juridiques dans les traités, leurs dispositions et, puisqu'elle pratique largement l'interprétation téléologique, leurs objectifs. C'est par «l'entrée en vigueur du Traité» comme l'a dit la Cour dans l'arrêt *Costa*[79] que toutes ces institutions se sont trouvées intégrées dans le droit...

*

77 Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 44-5.
78 J.-V. Louis, *supra* note 35, 121.
79 *Supra* note 12.

Comme la Cour de Karlsruhe l'a rappelé dans son arrêt du 12 octobre 1993 relatif à la constitutionnalité du Traité sur l'Union européenne, l'intégration européenne, pour originale qu'elle soit est un fait du droit international public.[80]

Dans un article célèbre, le doyen Vedel mettait en lumière «les bases constitutionnelles du droit administratif»[81] et il y montrait avec brio que toute l'analyse de cette branche du droit français, dont nul ne songe à nier l'originalité, devait tenir compte de ce fondement. La même chose vaut, *mutatis mutandis*, pour le droit communautaire: ancré dans le droit des gens, il n'en présente pas moins des traits profondément originaux; mais ceux-ci n'existent que du fait de ce fondement juridique international, et c'est à la lumière de ces «bases internationales» que le droit communautaire doit, ou devrait, être analysé et pensé quitte, lorsque cela est nécessaire, à porter un regard critique sur la jurisprudence de la Cour de Luxembourg.

Lorsque l'on s'y essaie – et ce sera l'objet des deux autres chapitres de ce cours –, on s'aperçoit d'ailleurs que cette jurisprudence se laisse plus facilement appréhender que l'on pouvait le penser *prima facie* par une analyse internationaliste si, du moins, l'on veut bien ne pas avoir du droit international une vision étriquée et souvent obsolète et caricaturale.

80 *E.G.Z.* (1993) 429; voir le commentaire de J. Schwartze, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* (1994) 293-303, notamment 300.

81 8 *Etudes et documents du Conseil d'Etat* (1954) 21 et s.; également reproduit in *Pages de doctrine*, LGDJ, Paris (1980) 129-76.

Chapitre II

La Communauté comme organisation internationale

Dans le très remarquable article qu'il a publié dans la revue *Droits* en 1991, le Professeur Charles Leben, relançant la querelle, jamais éteinte, relative à la nature juridique de la, ou des, Communauté(s) européenne(s), écrit:

> ou bien les rapports entre Etats membres de la Communauté ne sont plus du tout régis par du droit international et on se situe alors au sein d'un Etat fédéral, les relations entre entités composantes étant régies par du droit interne et de façon ultime par une Constitution, ce que personne ne peut soutenir s'agissant des Communautés, ou bien les rapports entre Etats membres sont effectivement gouvernés par les traités qui ont institué les Communautés et, quel que soit le particularisme de ces traités et le particularisme de l'interprétation qu'en donne la Cour de Luxembourg, ils demeurent évidemment dans la sphère juridique internationale,[82]

et les Communautés sont et ne peuvent être que

> des organisations internationales comme les autres.[83]

Toutefois, comme l'ont relevé d'éminents auteurs, infiniment plus autorisés à parler des Communautés que l'auteur de ce cours «d'humeur», comme MM. Ganshof van de Meersch[84] ou Vlad Constantinesco,[85] il n'est pas évident qu'il faille nécessairement se laisser enfermer dans le dilemme «Etat *ou* organisation internationale». Après tout, la forme «organisation internationale» est une invention relativement récente du droit international et, depuis lors, d'autres sujets de droit, les peuples, les mouvements de libération nationale, les individus, sont apparus sur la scène juridique internationale. De plus, comme l'a rappelé la Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif du 11 avril 1949, «[l]es sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits»,[86] et l'on pourrait fort bien envisager que, tout en relevant du droit international – et elles en relèvent –, les Communautés constituent l'amorce d'une nouvelle catégorie de sujets du droit international; ni Etat, ni organisation internationale; autre chose...

On peut l'envisager; mais il faudrait pour cela qu'elles ne soient ni une entité étatique ni une organisation internationale, car on voit mal l'intérêt

82 «A propos de la nature juridique...», *supra* note 26, 64.
83 *Ibid.*
84 «L'ordre juridique...», *supra* note 59, 38.
85 *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, LGDJ, Paris, 1974, chapitre préliminaire, 7-86.
86 *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *Rec.* 1949, 178.

d'inventer de nouveaux sujets du droit des gens si les catégories existantes, maintenant bien établies et répertoriées, permettent d'accueillir notre objet, pour l'instant non identifié. Dès lors, on l'aura deviné, ce chapitre ne comportera que deux sections; car, s'il est très clair que les Communautés ne sont pas des Etats, il n'est pas moins clair qu'elles présentent toutes les caractéristiques d'une (ou plusieurs) organisation(s) internationale(s) même si, ici encore, leurs traits spécifiques sont tout à fait évidents.

A. L'absence de caractère étatique, fût-il fédéral, des Communautés

Les Communautés ne sont ni un, ni des Etats. D'emblée, la chose paraît si évidente que l'on peut se demander s'il est bien nécessaire de le démontrer au risque d'enfoncer des portes largement ouvertes. A la réflexion, la précaution n'est, cependant, pas aussi superfétatoire qu'il peut sembler car, aussi évident et largement admis que cela soit, il se trouve encore des communautaristes pour affirmer, non pas, certes, que la Communauté est un Etat mais qu'à défaut de l'être, elle en présente certains traits. Ce n'est pas exact.

L'Etat est certainement l'un des objets les mieux identifiés du droit international et si la question de la souveraineté demeure au centre de quelques controverses, les internationalistes peuvent sans doute s'accorder sur la définition minimale et d'un classicisme de bon aloi donné par la Commission d'arbitrage pour l'ex-Yougoslavie dans son avis n°1: «L'Etat est communément défini comme une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir politique organisé» et qui «se caractérise par la souveraineté».[87] Il est clair que la Communauté ne répond pas à cette définition, tandis qu'au contraire les Etats membres, malgré les limitations importantes de leurs compétences – et non de leur «souveraineté» – qui résulte de leur participation aux Communautés, demeurent des Etats dans toute la plénitude qu'a le terme en droit international.

1. Les Communautés ne sont pas des Etats

Il n'est pas douteux que les pères-fondateurs des Communautés avaient en vue une véritable «intégration» communautaire. Dans l'esprit de Robert Schuman, de Jean Monnet, d'Adenauer ou de De Gasperi, l'approche fonctionnelle devait déboucher sur une véritable fusion des souverainetés dont aurait résulté un nouvel Etat, probablement fédéral, successeur des six Etats originaires. Il ne paraît pas douteux non plus que, comme l'écrivait M. Dagtoglou dans l'important ouvrage publié en 1982 sous l'égide de la Commission, *30 ans de droit communautaire*, que cette perspective «reste

87 29 novembre 1991, *RGDIP* (1992) 264.

sûrement ouverte»[88] même si elle semble de plus en plus lointaine. C'est elle qui est à l'origine des thèses «fédéralistes» brièvement évoquées dans le chapitre précédent.[89] Mais si celles-ci sont, assurément, admissibles comme expression d'un espoir politique, elles ne le sont certainement pas en tant qu'analyses scientifiques et, comme l'écrit le Professeur Vlad Constantinesco,

> [f]aire dépendre la nature juridique actuelle d'une institution de ce qu'elle sera peut-être un jour, en caractériser les instruments actuels par leur avenir probable n'est pas seulement inexact, mais aussi dangereux. Aussi, l'approche fonctionnelle [et la thèse fédéraliste en est une dérive] tombe-t'elle sous le coup des critiques que l'on peut adresser à tout finalisme: poser le *sollen* au sens impératif et temporel, et analyser à sa lumière le *sein*.[90]

Or, comme le rappelait également M. Dagtoglou, «en tout état de cause, il n'est pas contesté que la Communauté n'était à l'origine ni n'est devenue ultérieurement, ni ne deviendra par nécessité juridique ou par automaticité politique un Etat fédéral».[91] Le fédéralisme renvoie nécessairement et inévitablement à l'Etat; faute de quoi il se dilue à l'excès et perd tout caractère opérationnel et en vient à désigner tout mouvement de coopération inter-étatique aussi bien qu'infra-étatique[92] et l'idée d'un «fédéralisme international»[93] n'a pas grand sens. Or, ni les Communautés, ni l'Union, ne répondent à la définition de l'Etat communément admise en droit international.[94]

Analysant «la nature juridique de l'Union européenne», M. Astéris Pliakos croit pouvoir déceler l'existence de trois éléments constitutifs de l'Etat.[95] Elle est, à vrai dire, très douteuse. Certes, on peut assez bien définir le territoire de la Communauté ou de l'Union, composé de l'ensemble des territoires des Douze; encore que, si l'on entre dans les détails, cette affirmation doive être qualifiée et nuancée – il suffit de penser à cet égard aux îles Féroé, au Groenland ou aux territoires français d'outre-mer. L'existence d'une population au sens que le droit international donne à ce terme est encore beaucoup plus problématique; certes, on peut, ici encore, songer à

88 Dagtoglou, «La nature juridique de la Communauté européenne», Commission des Communautés européennes, *30 ans de droit communautaire*, coll. «Perspectives européennes» (1982) 38.

89 Voir *supra* le texte correspondant aux notes 24 à 26. Dans un ouvrage récent, le Professeur G. Soulier analyse la Communauté «comme un Etat fédéral minimum» (*L'Europe – Histoire, civilisation, institutions* (1994) 356 et s.).

90 *Supra* note 85, 63.

91 *Supra* note 88, 38.

92 En ce sens, Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 89; voir aussi Leben, *supra* note 26, 62 et s.

93 Cf. P. Pescatore, *Droit international et droit communautaire, supra* note 27, 10-11; voir aussi T. Daups, *L'idée de constitution européenne*, thèse Paris X, Atelier national et reproduction de thèses, Lille (1995) 91 et s. et 234 et s.

94 Voir *supra* le texte correspondant à la note 87.

95 *RTDE* (1993) 192 et s.

définir la «population communautaire» comme l'ensemble des ressortissants des Douze, mais cela se heurte tout de même à un certain nombre d'objections fondamentales.

A vrai dire, les internationalistes sont ou, en tout cas, ont été profondément divisés sur la définition de la composante humaine de l'Etat. A la conception objective, fondée sur le lien, purement juridique, de la nationalité, s'est opposée l'approche subjective, traduite par l'idée de «nation», «rêve d'avenir partagé» (E. Renan), fondé sur des souvenirs communs. Les excès de cette dernière conception, qui ont trouvé leur point d'orgue dans les théories raciales nazies, ont conduit à l'abandonner largement. Mais, même dans cette perspective, il est pour le moins osé d'affirmer l'existence d'une «nation communautaire», dont on a dit que «[c]e serait pourtant là le véritable et nécessaire symptôme du fédéralisme»[96] et les récentes élections européennes (juin 1994) ne laissent pas grand espoir de ce côté.

Pas beaucoup d'espoir non plus du côté de la thèse objective. Certes, les articles 8 à 8 E insérés par le traité de Maastricht dans le traité CE instituent une «citoyenneté européenne» qui a, comme l'ont écrit les professeurs Kovar et Simon, une «valeur fortement emblématique»[97] et dont découlent pour les «citoyens de l'Union» un certain nombre de droits et de devoirs – des droits plus que des devoirs, d'ailleurs. Mais l'article 8 nouveau définit le citoyen de l'Union comme «toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre» et, comme le rappellent expressément tant la Déclaration relative à la nationalité d'un Etat membre annexée au Traité sur l'Union européenne que la décision du Conseil européen d'Edimbourg du 11 décembre 1992 concernant certains problèmes soulevés par le Danemark à propos du traité de Maastricht, «la question de savoir si une personne a la nationalité de tel ou tel Etat membre est réglée uniquement par référence au droit national de l'Etat concerné», ce qu'a confirmé la Cour de Justice.[98] Ni l'Union, ni la Communauté n'ont donc compétence pour définir la consistance de leur «population» et il est bien difficile de la considérer, dès lors, comme un «élément constitutif» de l'une comme de l'autre de ces entités.

Toutefois, ce sont sûrement les problèmes posés par le «troisième élément», le «pouvoir politique organisé» qui sont les plus délicats. Il n'est pas douteux que la Communauté dispose d'un certain pouvoir politique. Tel est aussi le cas d'un très grand nombre d'entités infra-étatiques aussi bien qu'inter-étatiques: une commune, un département, un Etat membre d'un Etat fédéral disposent, eux aussi, d'un tel pouvoir politique organisé et, pourtant, ce ne sont pas des Etats au sens du droit international, pas davantage que les organisations internationales qui, elles aussi, bénéficient toujours, peu ou

96 *Supra* note 26, 92.
97 Kovar et Simon, «La citoyenneté européenne», *CDE* (1993) 286.
98 Affaire C-369/90, *Micheletti et as. c. Delegacion del Gobierno en Cantabria*, *Rec.* 1992, I-4239.

prou, d'un certain pouvoir politique propre. C'est que les «éléments constitutifs» sont des conditions nécessaires à l'existence de l'Etat au regard du droit international, mais ce ne sont pas des conditions suffisantes. Pour que l'on soit en présence d'un Etat, il ne suffit pas que ces éléments existent, il faut encore qu'ils s'agencent d'une manière particulière; c'est ce que l'on traduit en termes juridiques en disant que le critère de l'Etat est la souveraineté qui, par définition même, ne se divise pas, si bien que dès lors que les Etats membres demeurent pleinement souverains, la Communauté ne l'est pas et ne peut, en conséquence, à aucun titre, prétendre à la qualité d'Etat.

2. La souveraineté des Etats membres demeure intacte

M. Jacot-Guillarmod qui, sur ce point également[99] fait écho aux thèses soutenues par le juge Pescatore,[100] estime que les communautaristes et les internationalistes partent de «prémisses divergentes»[101] en ce qui concerne le concept même de souveraineté. C'est en partie vrai car la plupart des internationalistes éprouvent de grandes difficultés à admettre les concepts de «souveraineté limitée» ou de «souveraineté partagée», très en vogue parmi les communautaristes. Encore faut-il, ici encore, ne pas caricaturer la position des spécialistes de droit international en ce domaine.

Selon M. Pescatore, ceux-ci seraient incertains sur le concept même de souveraineté de l'Etat et n'en offriraient aucune théorie cohérente.[102] Certes, il existe des nuances d'un auteur à l'autre, voire même d'une décision juridictionnelle ou arbitrale à une autre, mais, quoiqu'en pensent les communautaristes extrêmes, les internationalistes s'accordent pour considérer:

1. pour reprendre le célèbre *dictum* de Max Huber dans l'arbitrage de l'*Île des Palmes* de 1928, que «la souveraineté dans les relations entre Etats signifie l'indépendance»;[103]
2. qu'ainsi définie, la souveraineté constitue le critère même de l'Etat; et,
3. qu'il n'en résulte nullement une illimitation du pouvoir de l'Etat, dont l'existence est indissociablement liée à celle des autres Etats, ce qui implique qu'ils sont liés par les règles du droit international.

M. Pescatore semble imputer aux internationalistes d'en être restés à la conception absolue de la souveraineté de Jean Bodin; c'est négliger le fait, pourtant difficilement discutable, que, sur ce point comme sur bien d'autres, la doctrine internationaliste, sous réserve de quelques regrettables exceptions, a changé – avec, d'ailleurs, la société internationale.

99 Voir *supra* le texte correspondant aux notes 36 à 44.
100 *Supra* note 40, 501.
101 O. Jacot-Guillarmod, *supra* note 42, 251.
102 *Supra* note 40, 501.
103 Sentence du 4 avril 1928, II *Recueil des sentences arbitrales*, 838.

Pour la très grande majorité des internationalistes contemporains, la souveraineté n'est donc, en aucune manière, une doctrine de l'illimitation du pouvoir étatique. Elle signifie simplement que l'Etat, qui ne se reconnaît pas de supérieur, a des égaux. A ce titre, il est le titulaire originaire du maximum de compétences compatibles avec celles, égales, dont bénéficient les autres Etats. Ceci a plusieurs conséquences sur lesquelles il n'est ni utile ni possible d'insister ici sauf à signaler qu'il en résulte une présomption de compétence de l'Etat dans la sphère internationale. Mais cette présomption est très loin d'être irréfragable. Elle fléchit en particulier dans deux cas: d'une part, si l'exercice d'une compétence revendiquée par un Etat est incompatible avec la compétence, par définition égale, appartenant à tous les autres Etats (c'est la conséquence du principe, fondamental, de l'égalité souveraine)[104] et, d'autre part, si l'Etat, volontairement, décide de renoncer à l'une des compétences que lui reconnaît le droit international et c'est, pour notre problème, le point essentiel.

Le moyen le plus habituel par lequel l'Etat renonce à ses compétences est la conclusion d'un traité et, comme l'a expliqué avec beaucoup de rigueur et de vigueur la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) dans le premier arrêt qu'elle a rendu, en 1923, dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, «[l]a faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat».[105] Autrement dit, en renonçant à l'exercice de telle ou telle de ses compétences par un traité, l'Etat ne renonce pas à sa souveraineté – qui est la source de ces compétences, y compris celle de s'engager internationalement; bien au contraire, il l'exerce.

Ce tableau, brossé à très grands traits, de la notion de souveraineté telle qu'elle est reçue en droit international, permet de comprendre pourquoi la théorie de la divisibilité ou de la limitation de la souveraineté n'est guère recevable, bien qu'elle soit chère à de nombreux communautaristes, y compris ceux que, comme M. Ganshof van der Meersch, on peut qualifier de «modérés».[106] En renonçant, au profit de la Communauté, à certaines de leurs compétences souveraines, les Etats ne renoncent nullement à leur souveraineté; ils l'exercent (comme ils le font chaque fois qu'ils concluent un traité). Ils ne remettent pas non plus des «bouts» de leur souveraineté à l'Organisation: celle-ci n'est pas divisible; un Etat n'est pas «plus» ou «moins» souverain; sa souveraineté est le fondement de ses compétences internationales, comme elle l'est aussi de son droit à renoncer à les exercer.

Bien entendu, sous la plume des communautaristes extrêmes, la thèse de la divisibilité de la souveraineté, déjà irrecevable par elle-même, prend une connotation plus radicale, qui la rend plus inacceptable encore. Ainsi, le

104 «La conception de la souveraineté limitée par le droit a pour corollaire une conception de l'Etat limité dans ses compétences internationales» (H. Lesguillons, *supra* note 24, 61).

105 Série A, n°1, 25.

106 Cf. *supra* note 26, 199 et s.

Professeur J.-V. Louis estime que la construction communautaire entraîne un «partage» ou un «exercice conjoint» de la souveraineté[107] et, allant plus loin encore, le juge Pescatore, affirme que «le droit communautaire table [...] sur la conception d'une souveraineté nationale divisible» et que les Etats membres ne jouissent plus que de «souverainetés résiduelles».[108] Outre que l'on peut contester le choix de l'adjectif «résiduel», c'est confondre la souveraineté – qui est la source et le fondement des compétences étatiques – avec ses conséquences que sont, précisément, les compétences de l'Etat auxquelles celui-ci peut parfaitement renoncer (en vertu de sa souveraineté) et auxquelles, en effet, les Etats membres des Communautés ont renoncé dans les matières couvertes par les traités et conformément à leurs termes.

Ici encore, la Cour de Justice a une position infiniment plus modérée et raisonnable que la doctrine. Elle n'a jamais qualifié la Communauté de «souveraine»,[109] mais parle, ce qui est tout différent, de «droits souverains». Ainsi, dès 1964 dans l'arrêt *Costa*, la Haute Juridiction précise qu'en instituant, par le traité CEE, «une Communauté de durée illimitée, dotée d'attributions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et, plus précisément, de pouvoirs réels issus *d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des Etats, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains...*».[110] Il n'y a rien à redire à cela, qui correspond entièrement à la distinction entre d'une part la souveraineté, qui ne se divise, ni ne se limite, ni ne se transfère, et, d'autre part, les compétences qui en découlent qui s'analysent en des droits souverains et qui, sous la seule réserve des normes impératives de *jus cogens*, peuvent faire librement l'objet de renonciation, de limitation ou de transfert. La Cour ne s'est jamais, par la suite, départie de cette vision, en tous points conformes aux analyses internationalistes – à la différence, on peut le signaler au passage, de certaines juridictions nationales qui, emportées par un excès de zèle communautariste, n'ont pas hésité, dans des périodes il est vrai anciennes, à parler de «pouvoir souverain autonome» pour qualifier la Communauté.[111]

La doctrine a beaucoup glosé sur la terminologie utilisée par la Cour. On en a relevé le flottement en faisant valoir que «droits souverains», «pouvoirs souverains», «compétences» ou «attributions» ne sont pas des notions tout à fait équivalentes.[112] On s'est surtout demandé si les mots «limitations»,

107 *L'ordre juridique communautaire...*, *supra* note 35, 14.
108 *Supra* note 40, 507.
109 Cf. V. Constantinesco, «La Cour de Justice des Communautés européennes et le droit international», *supra* note 22, 213.
110 Affaire 6/64, *supra* note 12, 1141, italiques ajoutées.
111 Cf. le jugement du Tribunal de Milan dans l'affaire *Meroni* du 24 juin 1964, 4 CMLR (1965) 1-9.
112 Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 203.

«transferts», «renonciations» et «attributions» étaient synonymes.[113] Ce n'est certainement pas le cas: un Etat peut renoncer à l'une de ses compétences ou en limiter l'exercice sans pour autant la transférer ou l'attribuer; un exemple particulièrement net en est donné par la renonciation progressive à l'usage de la force armée dans les relations internationales, sans que l'on puisse dire que cette compétence étatique traditionnelle a été transférée aux Nations Unies.

Il n'est pas certain en revanche, qu'il y ait lieu de tirer des conséquences particulières de ces glissements terminologiques et notamment de la substitution du mot «attribution» au terme «transfert».[114] Il est exact qu'après avoir utilisé plutôt le mot «transfert», la Cour a tendance, depuis 1972, à parler de «l'attribution opérée par les Etats membres à la Communauté de droits et pouvoirs correspondant aux dispositions du Traité».[115] Mais l'important est qu'il s'agit là, de toutes manières, d'un mouvement opéré volontairement par les Etats et qui se traduit par le changement de titulaire de certains droits ou de certaines compétences qui, à l'origine, appartiennent à l'Etat en vertu de sa souveraineté, et qui, dorénavant, sont exercés par la Communauté sans qu'il en soit résulté un abandon de la souveraineté.

Plus troublant en apparence est un autre aspect de la jurisprudence de la Cour en ce domaine. Il faut, pour le comprendre, une fois de plus, revenir à *Costa*. La Haute Juridiction ne se contente pas, dans son arrêt de 1964, de constater un «transfert d'attributions des Etats à la Communauté», elle ajoute que ce transfert «entraîne donc [ce «donc» fait référence aux dispositions du Traité] une limitation *définitive* de leurs droits souverains»[116] et, dans sa jurisprudence ultérieure, elle insiste fréquemment sur le caractère «total et définitif» de ce transfert de compétences.[117] On peut se demander si, du fait du caractère «définitif» de ce transfert, on ne doit pas considérer que les Etats ont, en réalité, renoncé à leur souveraineté et pas seulement aux compétences qui en découlent.

Il n'en est rien. Si le raisonnement valait, il vaudrait aussi pour n'importe quel traité conclu pour une durée illimitée. Tout traité est, à vrai dire, un «piège à volonté»: en vertu de règles bien établies du droit international,[118] la terminaison d'un traité conclu sans limitation de durée autrement que par l'accord de toutes les parties est extrêmement difficile et suppose que soient réunies des conditions qui sont très rarement remplies. A ce point de vue, les traités communautaires ne limitent pas plus la souveraineté des Etats parties

113 Voir *ibid.*, 197; H. Lesguillons, *supra* note 24, 100 et s; ou P. Pescatore, *supra* note 40, 508-10.
114 Cf. J.-V. Louis, *supra* note 35, 12.
115 Affaire 48/71, *Commission c. Italie, Rec.* 1972, 534.
116 Affaire 6/64, *supra* note 12, italiques ajoutées.
117 Cf. affaire 804/79, *Commission c. Royaume-Uni*, *Rec.* 1981, 1045.
118 Voir les articles 56 et 60 à 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

que n'importe quel autre traité; autrement dit: ils la laissent entièrement intacte. Du reste, comme l'a fait remarquer M. Ganshof van der Meersch, la thèse de la «Communauté définitive» est source de blocages et va à l'encontre de l'objectif poursuivi par ses tenants: elle figerait la Communauté dans sa forme actuelle et exclurait toute évolution vers l'Etat fédéral; ce «définitif» doit, bien entendu, être conçu sous réserve du droit de révision qui peut aboutir à une évolution, pour l'instant indéterminée, de la nature même de cette entité.[119]

La conclusion s'impose d'elle-même: quelle que soit l'étendue des transferts de compétences réalisés par les traités des Etats membres à la Communauté, les premiers n'ont pas renoncé à leur souveraineté au profit de la seconde. Ils demeurent donc des Etats au sens plein du terme puisque, on l'a vu,[120] l'identité entre souveraineté et forme étatique est totale: toute entité souveraine est nécessairement un Etat et tout Etat est nécessairement souverain.

Il est néanmoins nécessaire de se poser une question supplémentaire: l'arrêt *Costa* a été rendu en 1964; trente ans plus tard, les domaines dans lesquels se sont produits ce «transfert d'attributions» et cette limitation corrélative des «droits souverains» des Etats membres par l'effet conjugué des compétences supplémentaires dévolues aux Communautés par l'Acte unique et le Traité sur l'Union européenne d'une part, et d'autre part, de la dynamique communautaire elle-même, qui s'est traduite par une extension considérable, sinon du domaine, du moins des pouvoirs communautaires, notamment, mais pas exclusivement, sur le fondement de l'article 235 du traité CE et par le biais, sans doute plus discutable, de la compétence de la Cour. On peut dès lors se demander si ce qui était exact en 1964 le demeure en 1994. A force de transférer les compétences des Etats vers la Communauté, n'en vient-on pas à transférer la souveraineté elle-même qui, progressivement, se vide de toute substance puisque les droits souverains, dont elle est la source, ne peuvent plus être exercés par les Etats. La souveraineté en serait alors réduite à n'être qu'une coquille vide.

Il y a là une vraie question à laquelle on peut tenter de répondre en suivant une démarche soit subjective, soit objective.

Subjectivement, on peut se référer à la «problématique du tas de sable»: à partir de combien de grains de sable est-on en présence d'un tas? Quand les passages répétés dans une prairie tracent-ils un chemin? Si l'on pose le problème de cette manière, il n'a pas de solution objective; tout est affaire d'opinion et je suis, pour ma part, convaincu que la diminution, indéniable, des compétences des Etats membres n'a pas atteint le point où la coquille serait vide. Certes, l'abandon probable des compétences monétaires des Etats

119 *Supra* note 84, 79.
120 Voir *supra* le texte correspondant à la note 87.

envisagé par le traité de Maastricht constitue un élément important de la problématique[121] comme l'a bien vu le Conseil constitutionnel français dans sa décision du 9 avril 1992, qui a considéré que, dans son volet monétaire, le Traité portait atteinte aux «conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale»;[122] ce qui imposait une révision de la Constitution; mais on doit aussi estimer avec lui qu'il s'agit là d'un transfert *de compétences* et non d'un transfert de *souveraineté*.[123] Il pourrait, peut-être, en aller différemment si le Traité transférait à la Communauté l'exercice de compétences de l'Etat en matière de défense et de politique étrangère mais c'est précisément ce que le Traité sur l'Union européenne se refuse à faire: à tort ou à raison, la «P.E.S.C.» n'est pas communautarisée, comme l'a d'ailleurs expressément relevé la Cour constitutionnelle allemande dans sa décision[124] du 2 octobre 1993.

La seconde approche est plus objective, mais conduit à la même conclusion: dans une perspective peut-être plus sociologique que juridique, mais que le droit ne peut ignorer, l'une des caractéristiques essentielles de l'Etat est qu'il bénéficie du monopole de la contrainte. L'extension des compétences de la Communauté dans des domaines toujours plus considérables ne s'est pas accompagnée d'un accroissement corrélatif de ses pouvoirs d'exécution qui lui ont toujours été chichement mesurés. Ceci est visible jusque dans le mécanisme juridictionnel communautaire. Certes, la Cour de Justice dispose, en théorie, de moyens importants pour faire respecter la primauté du droit communautaire par et dans les Etats membres mais, concrètement, l'exécution de ses arrêts suppose toujours que les juges nationaux qui, dans le cadre de la procédure préjudicielle de l'article 177, en sont les destinataires les plus habituels, s'y plient ou que les Etats acceptent de les mettre en œuvre effectivement. Comme le montre bien M. Fernand Schockweiler, «[i]l est un fait qu'en l'état actuel de l'ordre juridique communautaire, la violation du droit communautaire par un Etat membre reste sans sanctions véritables...»,[125] l'exécution supposant toujours la volonté politique de l'Etat concerné.[126] Et l'institution de sanctions pécuniaires par le paragraphe 2 ajouté à l'article 171 du traité CE par celui de Maastricht ne modifie en rien cette situation: le paiement, en définitive, dépend lui aussi de la bonne volonté de l'Etat condamné.

121 Cf. Pliakos, *supra* note 95, 223.

122 *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel* (1992) 59.

123 Sur ce point, la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 12 octobre 1993 est plus ambiguë que celle du Conseil constitutionnel français puisqu'elle n'hésite pas à évoquer à plusieurs reprises les «droits souverains» des Communautés et l'exercice en commun par les Etats membres d'éléments (?) de leur souveraineté (*E.G.Z.* (1993) 429).

124 *Ibid.*

125 «La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire», *RTDE* (1992) 27.

126 «L'exécution des arrêts de la Cour», *Mélanges Pescatore*, *supra* note 28, 635.

A vrai dire, concrètement, tout ceci n'a guère d'importance car, même si l'on peut relever, ici ou là, quelques «bavures», dans l'immense majorité des cas, les Etats finissent par s'acquitter de leurs obligations communautaires et, notamment, par exécuter les arrêts de la Cour.[127] Le fait n'en demeure pas moins: le monopole de la contrainte – cette caractéristique essentielle de l'Etat – reste entièrement l'apanage des Etats membres et le droit communautaire, obligatoire, n'est pas plus «exécutoire» que ne l'est le droit international. Comme on l'a relevé, le président de la Commission ne pourrait envoyer des troupes pour faire exécuter un arrêt de la CJCE alors que le président des Etats-Unis peut utiliser la force armée pour faire respecter les arrêts de la Cour suprême – Eisenhower l'a fait, à Little Rock en 1959, pour faire exécuter l'arrêt *Brown* de 1964 sur l'interdiction de la discrimination raciale.[128] A la limite, le Conseil de sécurité pourrait, lui aussi, recourir aux sanctions militaires prévues à l'article 42 de la Charte des Nations Unies pour obliger un Etat à respecter un arrêt de la CIJ.[129] Aucun organe communautaire ne dispose d'un tel pouvoir.

On ne peut, bien sûr, que constater l'évidence reconnue par les communautaristes les moins suspects d'«internationalisme»: «la Communauté n'est pas un Etat», ne serait-ce que parce qu'«[e]lle n'a pas la force matérielle d'imposer sa volonté à l'un de ses membres».[130] Le juge Pescatore lui-même en convient, dans une formule où, il est vrai, point le regret: les Etats, écrit-il, sont «restés au fond des choses souverains malgré le transfert d'importants secteurs de compétence dans le domaine communautaire».[131] Ceci, d'ailleurs, ressort très clairement – et pas seulement «au fond des choses» – de l'article F, paragraphe 1, du traité de Maastricht: «l'Union respecte l'identité nationale de ses Etats membres...» et la Cour constitutionnelle allemande elle-même, qui s'y connaît en matière de fédéralisme, pouvait en déduire, dans son arrêt du 12 octobre 1993, que le seuil de l'Etat fédéral, décidément, n'était pas franchi.[132]

B. La Communauté présente les traits caractéristiques d'une organisation internationale

Il n'en reste pas moins que le simple fait que la Communauté ne soit pas un Etat ne conduit pas nécessairement à la considérer comme une organisation

127 Voir Schockweiler, *ibid.*, 613-35 ou Piris, «Après Maastricht, les institutions communautaires sont-elles plus efficaces, plus démocratiques et plus transparentes?», *RTDE* (1994) 10-11.
128 Leben, *supra* note 26, 67-8.
129 Cf. l'article 94, paragraphe 2, de la Charte.
130 Cf. J.-V. Louis, *supra* note 35, 160.
131 *Supra* note 93, 8.
132 Décision *supra* note 122.

internationale.[133] Nul n'a jamais eu l'idée saugrenue de proclamer que tous les sujets du droit international qui ne sont pas des Etats sont des organisations internationales et rien n'exclut *a priori* que, tout en ne constituant pas un Etat, la Communauté soit un sujet *sui generis* du droit des gens. Après tout, de tels sujets existent probablement; on peut penser, par exemple à la CSCE qu'il est difficile de définir comme une organisation internationale[134] mais dont l'existence juridique sur la scène internationale est de plus en plus marquée et que l'on peut sans doute classer parmi ces objets juridiques mal identifiés. L'Autorité palestinienne à Gaza et à Jéricho en constitue probablement un autre exemple d'une très brûlante actualité.

Dans son ardeur à établir l'originalité absolue de la construction communautaire, la doctrine communautaire a également succombé assez souvent aux charmes obscurs du *sui generis*. Il faut le répéter: une telle conclusion n'a rien d'impossible en soi; le droit international public est suffisamment ouvert et souple pour s'accommoder de phénomènes de ce type; mais elle n'est acceptable que «faute de mieux», c'est-à-dire si, à la suite d'un examen aussi impartial que possible, il apparaît impossible de rattacher les Communautés à une catégorie pré-existante du droit international. En effet, la «catégorisation» ne répond pas seulement à une manie profondément ancrée dans l'esprit des juristes; elle présente aussi l'avantage de rattacher l'entité étudiée à un statut juridique préexistant. L'avantage ou l'inconvénient ... et c'est certainement parce qu'ils veulent faire échapper les Communautés au statut juridique général des organisations internationales que les communautaristes répugnent à les considérer comme telles.

Ici encore, leurs craintes sont excessives. Ce que l'on appelle le «statut juridique des organisations internationales» n'est, au fond, qu'un ensemble de principes dont l'observation de la réalité montre qu'ils s'appliquent en général aux organisations internationales.[135] Cela signifie simplement que si un problème se pose et ne trouve pas sa solution dans les règles propres de l'organisation, ce sont ces principes que l'on appliquera. Mais rien n'empêche qu'une organisation internationale déterminée s'éloigne, même sur des points très importants, du «modèle» général. Le droit international est un cadre général accueillant à la diversité. En définitive, il apparaît à la fois que la Communauté est une organisation internationale mais aussi, comme l'écrit le Professeur J.-V. Louis en conclusion de son étude sur *L'ordre juridique communautaire*, que celui-ci constitue «une manifestation très avancée du droit des organisations internationales».[136]

133 Voir *supra* introduction du chapitre II.

134 Ceci demeure peut-être vrai après la transformation de la *C*SCE en *O*SCE en décembre 1994.

135 P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris (1994) 557.

136 *Supra* note 35, 159.

1. La Communauté est une organisation internationale

Les internationalistes ont beaucoup discuté la définition des organisations internationales.[137]

Selon Michel Virally, «une organisation peut être définie comme une association d'Etats, établie par accord entre ses membres et dotée d'un appareil permanent d'organes chargé de poursuivre la réalisation d'objectifs d'intérêt commun par une coopération entre eux».[138] Cette dernière précision fait problème car il ne saurait faire de doute que la construction communautaire va au-delà d'une simple «coopération»;[139] on ne peut cependant en tirer de grandes conséquences, l'auteur excluant les organisations d'intégration, «supranationales», de la catégorie générale.[140]

En revanche, les Communautés entrent parfaitement dans le cadre de la célèbre définition, très généralement acceptée, proposée en 1956 à la Commission du droit international (CDI) par sir Gerald Fitzmaurice et selon laquelle une organisation internationale est «une association d'Etats constituée par un traité, dotée d'une constitution et d'organes communs et possédant une personnalité juridique distincte de celle des Etats membres».[141]

La Communauté est, indiscutablement, une «association d'Etats», ceux-ci ne perdant pas leur nature étatique du fait de leur entrée dans l'institution.[142] Elle a été instituée par la voie conventionnelle[143] étant précisé que les trois traités initiaux ont, sans aucun doute, créé trois organisations distinctes mais que leur fusion institutionnelle sans cesse plus étroite conduit à douter aujourd'hui que l'on soit en présence de trois entités distinctes. Au demeurant, quand bien même cela serait, il ne s'agirait pas d'un phénomène totalement inconnu du droit international; la «Banque mondiale» par exemple est constituée d'un ensemble complexe d'institutions: BIRD, Société financière internationale (SFI), Association internationale de Développement (AID), voire Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI) ou Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), dotées chacune d'une personnalité juridique distincte mais qui sont représentées et gérées par des organes communs qui agissent tour à tour au nom de chaque organisation au titre du «dédoublement fonctionnel». Si l'on considère qu'il y a trois Communautés, c'est aussi ce qui se produit en ce qui

137 Cf. G. Abi-Saab (éd.), *Le concept d'organisation internationale* (1980) 292p., notamment 9-25 et 51-67.

138 *Ibid.*, 52.

139 Voir section II.B.2., *infra*.

140 Abi-Saab, *supra* note 137, 56; voir *infra* le texte correspondant à la note 164.

141 *Annuaire de la Commission du droit international* (1956-II) 106; voir aussi Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 35 ou J. Rideau, *Juridictions internationales et contrôle du respect des traités constitutifs des organisations internationales*, LGDJ, Paris (1969) 11.

142 Voir section II.B.1., *supra*.

143 Voir *supra* I.B.1.

les concerne; on a même parlé, pour qualifier le phénomène de «*détriplement* fonctionnel».[144]

Cette (ou ces) organisation(s) a (ou ont) bien une personnalité juridique ainsi que le précisent les traités initiaux[145] et il s'agit aussi bien de la personnalité juridique interne (dans le droit communautaire et dans celui des Etats membres) que de la personnalité internationale.[146] Il n'en va pas ainsi, en revanche, s'agissant de l'Union européenne à laquelle les Douze ont délibérément refusé la personnalité juridique et qui ne peut agir que par le biais des Etats membres (ou de la Communauté) comme le montrent, par exemples, les articles 86 nouveau du traité CE ou J.6. du traité de Maastricht qui précise que c'est aux missions diplomatiques et consulaires des Etats membres et aux délégations de la Commission qu'il appartient de représenter l'Union dans les relations internationales. Ceci a conduit M. Pliakos à estimer, à juste titre, que «l'Union européenne, à l'exception de son «pilier communautaire» est de type confédéral»,[147] ce qui signifie qu'elle relève de l'inter-étatisme pur et simple.

Pour en revenir aux Communautés et à la définition de l'organisation internationale donnée par Fitzmaurice, celles-ci sont en outre dotées d'«organes communs» très nombreux et complexes et dont les cinq principaux, énumérés à l'article 4 du traité CE, sont appelés «Institutions». Inutile d'y insister, sinon pour constater que l'institutionnalisation communautaire est particulièrement poussée.

Le dernier critère dégagé par la définition de Fitzmaurice mérite plus d'attention. Selon ce grand internationaliste, une organisation internationale est, par définition, «dotée d'une *constitution*». Ceci attire l'attention sur un caractère particulier des actes constitutifs d'organisations internationales, dégagé de longue date par la doctrine internationaliste, qui a toujours mis l'accent sur la double nature, à la fois conventionnelle et constitutionnelle, de ces traités très spéciaux.[148] Expression de l'accord des parties, ils sont ancrés dans le droit international et, à ce titre, demeurent des traités; mais; en même temps, à l'origine d'un nouvel ordre juridique, dérivé,[149] ils constituent la norme suprême, la «constitution», de celui-ci.

144 Isaac, *supra* note 4, 53.

145 Cf. les articles 6 du traité CECA, 210 du traité CE et 184 du traité CEEA.

146 Cf. CJCE, affaire 22/70, *Commission c. Conseil*, *Rec.* 1971, 262; voir aussi Puissochet, «L'affirmation de la personnalité internationale des Communautés européennes», *L'Europe et le droit – Mélanges en hommages à Jean Boulouis* (*Mélanges Boulouis*) (1991) 437-50.

147 Pliakos, *supra* note 95, 215.

148 Voir Monaco, «Le caractère constitutionnel des actes constitutifs d'organisations internationales», *Mélanges Rousseau – Mélanges offerts à Charles Rousseau - La communauté internationale* (1974) 153-72.

149 Voir *infra*, chapitre III.

Cet aspect constitutionnel est, du reste, tellement important, que le titre officiel de certains traités instituant des organisations internationales est «Constitution».[150] Il n'y a, dès lors, aucune difficulté à admettre, avec la Cour de Luxembourg, que «[l]e traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit».[151] Ici encore, à la différence de la doctrine communautariste extrême, on remarquera le caractère équilibré de la position de la Cour: les traités sont la «constitution» ou la «charte constitutionnelle» de la Communauté, mais ils n'en perdent pas pour autant leur caractère conventionnel; lien entre l'ordre juridique international et l'ordre communautaire, ils sont «traités» au regard du premier, «constitutions» au regard du second, étant entendu toutefois qu'à ce second point de vue, il ne faut pas abuser de la comparaison avec la Constitution étatique, norme suprême d'une entité souveraine, ce que les Communautés ne sont pas.[152] A cet égard, les traités communautaires ne se distinguent pas du Pacte de la Société des Nations (SDN) ou de la Charte des Nations Unies par exemples, dont on a fait remarquer qu'ils traduisaient, eux aussi, une constitutionnalisation poussée, tant au plan normatif qu'institutionnel.[153] Comme l'a rappelé Paul Reuter,

> [l]e droit communautaire dépend des chartes constitutives et celles-ci présentent des traits qui les apparentent à des constitutions sans perdre cependant le caractère de traités.[154]

Au regard du droit international public, ce caractère semi-constitutionnel des actes constitutifs a des conséquences très concrètes que l'on ne peut qu'énumérer brièvement:[155]

- la première est la «primauté» de l'acte constitutif, que celui-ci, à l'instar de l'article 103 de la Charte des Nations Unies, essaie souvent de faire prévaloir par des solutions complexes du fait de la nécessité de préserver les droits des tiers; les articles 233 et 234 du traité CE constituent l'illustration communautaire de cette tendance;
- à la différence des «traités ordinaires», les actes constitutifs d'organisations internationales manifestent une assez grande intolérance aux réserves;[156] il faut noter toutefois que les traités communautaires font preuve d'une certaine souplesse à cet égard; certes l'on conçoit mal qu'un Etat y adhère en formulant des réserves formelles; mais les adap-

150 Cf. la «Constitution» de l'Organisation internationale du travail (OIT).
151 Avis 1/91, *Rec.* 1991, I-6102.
152 Voir en ce sens, Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 29; voir aussi les hésitations de Daups, *supra* note 93, notamment 35-41.
153 *Ibid.*, 30-32.
154 *Organisations européennes*, coll. «Thémis» (1970) 214.
155 Voir Daillier et Pellet, *supra* note 135, 560-2.
156 Cf. l'article 20, paragraphe 3, de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

tations à chaque cas concret réalisées par les traités d'adhésion aboutissent *de facto* à un résultat comparable par une technique différente;

- la révision des actes constitutifs s'impose nécessairement à l'ensemble des Etats membres de l'organisation; les traités communautaires réalisent cet objectif par la technique, assez rudimentaire et entièrement «internationaliste», de l'unanimité lorsque, sur ce point, d'autres traités constitutifs témoignent d'un esprit «intégrationniste» plus poussé;[157]
- en règle générale, les actes constitutifs assurent la permanence de l'organisation du fait qu'ils sont conclus sans limitation de durée; tel est le cas des traités CE et Euratom; en revanche, le traité CECA, conclu pour cinquante ans, est plutôt en retrait par rapport à la règle générale, même s'il y a toute raison de penser qu'il suivra, en réalité, le sort des autres instruments constitutifs.

De tout cela, il paraît légitime de conclure que

> [r]ien ne permet de déduire du caractère propre de l'ordre juridique des Communautés européennes que celles-ci ne pourraient être rangées parmi les organisations internationales: elles ont été instituées par des Etats souverains en vue de la réalisation d'intérêts communs; elles l'ont été par des traités internationaux; ceux-ci les ont dotées d'organes [grâce] à l'intervention desquels elles réalisent les objectifs qui leur sont assignés dans leur charte constitutive; leur régime institutionnel assure leur permanence. Au surplus, elles ont la «capacité d'être titulaires de droits et devoirs internationaux»[158] et peuvent avoir la personnalité internationale.[159]

Il est du reste significatif que la Communauté s'assume elle-même comme telle dans les relations internationales: c'est en tant qu'organisation internationale qu'elle participe à certaines conventions multilatérales internationales ou qu'elle siège, en tant que membre ou qu'observateur dans d'autres organisations internationales.[160]

Il n'en reste évidemment pas moins que cette entité constitue un type très particulier de la catégorie des organisations internationales, dont elle relève indiscutablement.

157 Cf. les articles 108 et 109 de la Charte des Nations Unies ou XVII des Statuts du FMI.
158 CIJ, avis consultatif du 11 avril 1949, *supra* note 86, 179.
159 Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 34-5.
160 Cf. J. Groux et P. Manin, *Les Communautés européennes dans l'ordre international*, Commission des Communautés européennes, coll. «Perspective européennes» (1984) 166p.; voir notamment 11.

2. *«Une manifestation très avancée du droit des organisations internationales»*[161]

La définition que donne sir Gerald Fitzmaurice[162] de l'organisation internationale est muette sur un élément auquel Michel Virally[163] semble attacher une certaine importance: les «objectifs» ou les «intérêts communs» poursuivis par l'organisation.

Il est inutile de s'appesantir sur le fait que, s'il s'agit d'un élément de la définition des organisations internationales, cette condition est remplie s'agissant des Communautés européennes. Pour s'en tenir au traité CE, son article 2, qui a fait l'objet d'importantes modifications par le traité de Maastricht, énonce en relativement grands détails la «mission», que les articles 3 et 3A appellent également «les fins» de l'Organisation.

En soi, ceci ne constitue pas un trait d'originalité bouleversante par rapport à ce qui se produit dans les autres organisations internationales; l'article 1er de la Charte énonce aussi, avec une assez grande précision, les buts des Nations Unies. En revanche, la nature de la mission ainsi impartie à la Communauté, présente une incontestable et grande spécificité. Tellement grande que cet élément avait conduit Michel Virally à exclure les organisations internationales d'intégration de la catégorie générale.[164] Selon cet important auteur, au demeurant plus «internationaliste» que «communautariste», il y aurait entre les unes et les autres une différence de nature et pas seulement de degré: alors que les organisations de coordination «laissent intacte la structure fondamentale de la société internationale contemporaine, composée d'Etats souverains», «les organisations d'intégration, au contraire, ont pour mission de rapprocher les Etats qui les composent, en reprenant à leur compte certaines de leurs fonctions, jusqu'à les fondre en une unité englobante dans le secteur où se développe leur activité, c'est-à-dire dans le domaine de leur compétence».[165] Il y aurait là une catégorie nouvelle d'organisations, non pas «internationales» mais «supranationales».[166]

«Supranational»; le mot mérite que l'on s'y arrête. Il est, cela est bien connu, emprunté au traité CECA dont l'article 9, dans sa rédaction initiale, abandonnée par le traité de fusion de 1965, visait expressément le caractère «supranational» des fonctions de la Haute Autorité. Mais, si le mot était nouveau, il recouvrait, en réalité, un principe maintenant tout à fait classique du droit général des organisations internationales: l'indépendance des membres de leur secrétariat, prévue, par exemples, par l'article 100, paragraphe 1, de la Charte des Nations Unies ou l'article 157, paragraphe 2, du traité CE.

161 Voir *supra* note 136.
162 *Supra* note 141; voir aussi Ganshof van der Meersch, *supra* note 59.
163 *Supra* note 138.
164 Voir *supra* le texte correspondant aux notes 138 à 140.
165 *Supra* note 138, 55.
166 *Ibid.*, 56.

Ce n'est évidemment pas dans ce sens que Michel Virally parlait d'«organisations supranationales»; il visait bien plutôt les caractères particuliers des compétences et des pouvoirs appartenant aux Communautés, dont la consistance et l'agencement présentent une incontestable originalité; et c'est dans le même sens que la Cour constitutionnelle allemande de Karlsruhe, avait estimé, dans son arrêt du 18 octobre 1967, éclipsé depuis par des décisions témoignant d'une vision plus modérée des choses, que «[l]es règlements du Conseil et de la Commission sont des actes d'une puissance publique particulière, «supranationale», créée par le Traité et nettement distincte de la puissance publique des Etats membres».[167]

Il convient, dès lors, de s'interroger sur les particularités, si décisives, du système de compétences et de pouvoirs organisés par les traités communautaires.[168]

Comme l'ont expliqué récemment, en des formules concises, MM. Koen Lenaert et Patrick Van Ypersele, les «pères fondateurs»

> ont d'abord assigné des objectifs à la Communauté (article 2 du Traité) et défini les actions nécessaires à leur réalisation (article 4 du Traité), faisant de ces objectifs et de ces actions la mesure de sa compétence (voir l'ensemble des dispositions du Traité qui articulent ou mettent en œuvre ces objectifs et ces actions). Ils ont, ensuite, créé des institutions auxquelles ils ont conféré des pouvoirs (articles 4 et 137 à 163 du Traité). Ils ont, enfin, fait l'obligation aux Etats membres de coopérer à la poursuite des objectifs définis (article 5).[169]

Cet article 5 n'était d'ailleurs probablement pas indispensable car, même si on en retrouve l'équivalent dans les actes constitutifs de certaines autres organisations internationales,[170] il ne fait, finalement, qu'énoncer le principe de bonne foi, pièce essentielle du droit international. On sait cependant la faveur qu'a cette disposition auprès de la CJCE qui «pousse au maximum sa productivité», surtout depuis quelques années.[171]

Il n'est pas douteux que les objectifs énoncés à l'article 2 et, plus encore, les actions prévues aux articles 3 et 3A et les pouvoirs conférés à ces fins aux Institutions, constituent les grandes originalités du droit communautaire. Il n'est cependant pas établi que cette indiscutable spécificité quant à la substance des missions, des compétences et des pouvoirs de la Communauté

167 *Europarecht* (1968) 34.

168 On ne peut évidemment s'y appesantir. Voir la thèse, définitive, de Constantinesco, *supra* note 22, XVII – 429.

169 «Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3B du traité CE», *CDE* (1994) 3; voir aussi Tizzano, «Les compétences de la Communauté», *30 ans de droit communautaire, supra* note 88, 45-72.

170 Cf. par exemples, les articles 25 ou 56 de la Charte des Nations Unies et les commentaires de ces dispositions par Suy et Bouony in J.-P. Cot et A. Pellet (dirs.), *La Charte des Nations Unies* (1991) 471-8 et 887-93.

171 Voir Constantinesco, «L'article 5 CEE – de la bonne foi à la loyauté communautaire», *Mélanges Pescatore*, *supra* note 28, 97-114 et Blanquet, *supra* note 27.

suffise à exclure la Communauté de la catégorie générale des organisations internationales; car si le contenu est différent, les techniques juridiques utilisées restent essentiellement les mêmes.

On a beaucoup écrit que les Communautés n'avaient que des compétences d'attribution ce qui, du reste, constitue une autre grande différence avec les Etats, dont l'une des caractéristiques est d'avoir la compétence de leur compétence (principe *Kompetenz Kompetenz*).[172] Comme l'a rappelé la CIJ,

> [a]lors qu'un Etat possède, dans leur totalité, les droits et devoirs internationaux reconnus par le droit international, les droits et devoirs d'une entité telle que l'Organisation doivent dépendre des buts et des fonctions de celle-ci, énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique.[173]

Ainsi se trouvent énoncés les deux principes généraux qui gouvernent les compétences des organisations internationales: le principe de spécialité et la «doctrine» des compétences ou des pouvoirs implicites (*implied powers*).

Bien qu'il s'agisse d'un «principe inhérent» au droit des organisations internationales, le principe de spécialité a été inséré expressément dans le nouvel article 3B du traité CE par les rédacteurs du Traité sur l'Union européenne, probablement agacés par la conception extrêmement souple, pour ne pas dire laxiste qu'en avait la Cour de Justice: «la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent Traité». On peut même probablement voir dans cette rédaction une réponse explicite à la jurisprudence *Accord européen sur le transport routiers (AETR)*[174] au point que l'on a pu écrire: «Maastricht, c'est l'anti AETR».[175] Au surplus, dans l'ordre juridique communautaire, le principe de spécialité est désormais complété par le déjà fameux principe de subsidiarité, apparu en matière d'environnement dans l'article 103R inséré dans le traité CE par l'Acte unique et généralisé en 1992 par le même article 3B.[176] Quoique d'inspiration commune, les deux principes ne se confondent pas; le principe de subsidiarité a été rendu nécessaire par l'existence, dans la construction communautaire, de compétences partagées entre l'Organisation et ses Etats membres,[177] mais le principe de spécialité conserve toute sa per-

172 En ce sens: Dagtoglou, *supra* note 88, 39 et Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 61.
173 Avis consultatif *supra* note 86, 180.
174 Affaire 22/70, *supra* note 146.
175 Vignes in M.F. Labouz (éd.), Colloque du CEDIN, *supra* note 71, 203.
176 Cf. Constantinesco, «Le principe de subsidiarité – un passage obligé vers l'Union européenne?», *Mélanges Boulouis, supra* note 146, 35-45 ou Lenaert et Van Ypersele, *supra* note 169, 3-83.
177 Article 3B, alinéa 2: «Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire».

tinence en ce qui concerne l'interprétation des compétences communautaires exclusives.

Face au couple «spécialité/subsidiarité», le droit communautaire fait, tout comme le droit des organisations internationales dans son ensemble, sa place à la théorie des pouvoirs implicites, abondamment illustrée par la jurisprudence de la Cour mondiale. Elle a été, en particulier, clairement énoncée par la CIJ dans son avis du 11 avril 1949:

> Selon le droit international, l'Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci.[178]

La doctrine a parfois mis en doute l'applicabilité de la théorie des compétences implicites aux Communautés européennes du fait de la présence dans les traités de dispositions expresses qui offrent des soupapes de sécurité du même genre.[179] Tel serait le cas de l'article 235 du traité CE aux termes duquel:

> Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du Marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent Traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées.

Cette disposition, qui a fait couler beaucoup d'encre[180] est cependant restrictive en ce sens qu'elle justifie la recherche de nouveaux «pouvoirs» mais non l'extension des «compétences» de la Communauté[181] et l'on comprend que la Cour de justice, toujours à l'affût de modes de raisonnement lui permettant de renforcer la construction communautaire, n'ait pas hésité à recourir à la théorie des compétences et, à vrai dire, également des pouvoirs, implicites et ceci malgré l'article 235 ou parallèlement à celui-ci. Il est vrai qu'elle l'a fait en général sans le dire expressément tant elle est soucieuse de payer le moins possible tribut au droit international. L'arrêt *Fédéchar* du 29 avril 1956 amorçait cependant un raisonnement internationaliste:

> il est permis, sans se livrer à une interprétation extensive, d'appliquer une règle d'interprétation généralement admise tant *en droit international* qu'en droit na-

178 Avis consultatif *supra* note 86, 182. Voir aussi CPJI, avis du 23 juillet 1926, *Compétences de l'OIT*, série B, n°13, 18 et du 8 décembre 1927, *Compétence de la Commission européenne du Danube*, série B, n°14, 64 et CIJ, avis consultatif du 11 juillet 1950, *Statut international du Sud-ouest africain*, *Rec.* 1950, 128; 13 juillet 1954, *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, *Rec.* 1954, 47 et du 20 juillet 1962, *Certaines dépenses des Nations Unies*, *Rec.*, 151.

179 Voir Tizzano, *supra* note 169, 49 et s. et Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 64 et s.

180 Voir Tizzano, *supra* note 169, 49 et s. et l'abondante littérature citée en note 12, 53.

181 Sur la distinction voir Constantinesco, *supra* note 85, notamment 68-86.

> tional et selon laquelle les normes établies par un traité international ou par une loi *impliquent* les normes selon lesquelles les premières n'auraient pas de sens ou ne permettraient pas une application raisonnable et utile.[182]

Derrière la règle d'interprétation «de l'effet utile» se profile, en réalité, la théorie des compétences implicites et, de fait, cette jurisprudence de la Cour de Luxembourg va très au-delà de simples techniques d'interprétation.[183] De nombreux autres arrêts de la CJCE vont en ce sens[184] et, d'abord, celui rendu le 31 mars 1971 dans l'affaire *AETR*, dans lequel, s'appuyant à l'évidence sur la théorie des compétences implicites – qu'elle ne mentionne pas –, la Cour relève que

> la mise en vigueur [...] du règlement n°543/69 du Conseil [...] a eu néanmoins pour effet *nécessaire* d'attribuer à la Communauté la compétence pour conclure avec les Etats tiers tous accords portant sur la matière régie par le même règlement.[185]

Plus récemment, et à propos de *pouvoirs* plus que de *compétences*, la Cour a estimé que

> [l]orsqu'un article du traité CEE, en l'occurrence l'article 118, charge la Commission d'une mission précise, il faut admettre, sous peine d'enlever tout effet utile à cette disposition, qu'il lui confère par là même *nécessairement* les pouvoirs nécessaires pour organiser les consultations.[186]

Il est donc tout à fait clair que, comme M. Jourdain faisait de la prose sans le savoir, la Cour de Justice recourt, sans le savoir ou en l'oubliant volontairement, à la théorie, tout à fait classique dans le droit des organisations internationales, des compétences implicites.

Cet assez long détour par la théorie des compétences des organisations internationales était nécessaire pour montrer que si les compétences et les pouvoirs des Communautés présentent, substantiellement, d'incontestables originalités, le mécanisme de dévolution et de répartition des compétences et de ces pouvoirs correspond pleinement en ce qui le concerne à celui couramment décrit par la théorie générale des organisations internationales. Il est dès lors aventureux de séparer la Communauté des autres organisations internationales: toutes diffèrent les unes des autres par leur structure, leurs fonctions et leurs compétences; mais, s'il est permis de parler d'*un* statut ju-

182 Affaire 8/55, *Rec.* 1955-1956, 291 – italiques ajoutées.

183 Pour une analyse très subtile du recours par la CJCE à la théorie des compétences implicites, voir D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales* (1981) 401-2 et 405-8.

184 Voir Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 71.

185 Affaire 22/70, *supra* note 146. – italiques ajoutées; la jurisprudence postérieure a consolidé le raisonnement, jusque et y compris l'avis 2/91 du 19 mars 1993, *Rec.* 1993, I-1061.

186 Affaires jointes 281, 283 à 285 et 287/85, *Allemagne c. Commission*, *Rec.* 1987, 3203; italiques ajoutées.

ridique des organisations internationales, c'est parce que les techniques juridiques qui leur sont applicables sont, sinon identiques, du moins très proches;[187] et ceci se vérifie pour les Communautés, même dans le domaine où elles présentent, quant au fond, l'originalité la plus marquée, celui des compétences.

Il y a à cela une autre raison: s'il n'est pas contestable qu'il existe une différence claire et intellectuellement convaincante entre les fonctions de coopération et les fonctions d'intégration, la distinction entre «organisations de coopération» d'une part et «organisations d'intégration» d'autre part, est, en revanche, infiniment moins rigoureuse. Des organisations internationales traditionnellement classées dans la première catégorie peuvent être investies de missions et de compétences qui relèvent bien plutôt de l'intégration. Tel est, par exemples, le cas de certaines activités de l'Agence internationale pour l'énergie atomique (AIEA), ou de la gestion des droits de tirage spéciaux par le FMI; et il n'est pas absurde de soutenir que les fonctions confiées au Conseil de sécurité par le chapitre VII de la Charte en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales, relèvent également de l'intégration et sont «supranationales». A l'inverse, certains pouvoirs et compétences des Communautés – pour ne rien dire de l'Union européenne – relèvent sans aucun doute de la coopération; c'est le cas de nombreux domaines ajoutés au traité CE par celui de Maastricht ou par l'Acte unique, en matière, par exemples, de culture, de santé publique, de protection des consommateurs ou de «réseaux transeuropéens». C'est seulement la pondération relative de ces éléments, à un moment donné de la vie de l'organisation, qui autorise à la qualifier d'organisation «de coordination» ou «d'intégration», encore cette qualification demeure-t'elle inévitablement subjective.

Au surplus, il est nécessaire d'introduire le «facteur temps». Plus encore que celle des autres organisations internationales, la construction européenne «se traduit par une pratique extrêmement dynamique»[188] qui complique encore la détermination de la nature juridique des Communautés.[189] Or le moins que l'on puisse dire est que le sens de l'évolution est loin d'être clair et univoque.

En témoigne le regard contrasté porté par les analystes, sur le traité de Maastricht. Ainsi, alors que M. Pliakos estime que l'inclusion de la politique étrangère et de sécurité commune dans le Traité et l'élargissement du volet communautaire à des domaines non exclusivement économiques constituent un renforcement du caractère fédéral,[190] il n'en reconnaît pas moins que l'article D, qui confie au Conseil européen la mission d'impulsion et de définition des orientations politiques générales, infléchit dans un sens intergou-

187 Voir Daillier et Pellet, *supra* note 135.
188 Tizzano, *supra* note 169, 48.
189 Cf. Dagtoglou, *supra* note 88, 35 ou 43.
190 Pliakos, *supra* note 95, 189 et 217.

vernemental le processus d'unification, et affaiblit la «supranationalité»,[191] tandis que le renforcement du «fédéralisme» que traduirait l'union économique et monétaire «a été mêlé de doses importantes de logique intergouvernementale».[192]

De même, le bilan très complet récemment dressé par M. Daniel Vignes de «l'amenuisement de la souveraineté des Etats membres des Communautés européennes et [de] l'intégration régionale européenne»[193] est, pour le moins, nuancé. Il y montre notamment que les transferts par les Etats de leurs compétences souveraines entraînent certes pour la Communauté des compétences accrues dans leur extension matérielle, mais d'une manière moins radicale que par les traités initiaux, et que les grandes innovations du traité de 1992 concernent surtout la coopération intergouvernementale, qui est largement dé-communautarisée.

Il n'est pas exagéré de penser que, loin de répondre à l'attente des pères fondateurs, l'orientation générale de la construction communautaire se traduit simultanément par une extension matérielle de la coopération et par un recul progressif de l'intégration: la CEE et la CEEA. sont moins «intégrées», moins «supranationales» que ne l'était – et le reste, mais dans son domaine limité – la CECA; et le traité de Maastricht accentue la tendance vers l'«intergouvernementalisme» que traduisait déjà, mais plus discrètement, l'Acte unique européen. La «rupture avec l'Etat-nation» que certains annonçaient[194] ne s'est pas produite et l'on peut penser – ou craindre – que l'élargissement prochaine à quinze et, plus tard, vingt ou plus Etats membres en éloigne encore la perspective.

*

Force est de constater que les prévisions apocalyptiques faites en 1969 par le juge Pescatore ne se sont pas produites. Ayant posé le principe de la «supériorité» de la construction communautaire sur les structures classiques du droit international, l'éminent auteur affirmait, en 1969:

> Dans ces conditions, le retour à l'international signifierait en réalité l'abandon de tout ce qui fait cette supériorité; il marquerait la substitution des rapports intergouvernementaux à toute autre forme de communication entre les pays participants; ce serait le blocage du processus de décision par l'exigence de l'unanimité, la substitution des marchandages diplomatiques à une méthode de délibération orientée directement selon les exigences de l'intérêt commun.[195]

Ceci est une vision «rousseauiste» de la construction communautaire dont on peut fortement douter qu'une observation réaliste la confirme; mais on peut

191 *Ibid.*, 221.
192 *Ibid.*, 223.
193 2 *Studia Diplomatica* (1994) 49-77.
194 G. Soulier, *supra* note 89, 363.
195 P. Pescatore, *Droit international et droit communautaire*, *supra* note 27, 5.

penser aussi que «l'intérêt commun» peut aussi être servi par le recours à des techniques juridiques internationales, mieux adaptées à la réalité des relations entre les Etats membres que par des mécanismes, «supérieurs» peut-être dans l'abstrait, mais qui, coupés du réel, finissent par aboutir, eux, à des blocages non pas supposés mais bien tangibles.

Dans une perspective plus juridique, l'indéniable originalité des Communautés européennes par rapport aux autres organisations internationales ne saurait suffire à les exclure de cette catégorie générale dont le statut juridique constitue un cadre suffisamment souple pour s'appliquer aussi bien aux «organisations d'intégration» qu'aux «organisations de coopération», en admettant que la distinction ait une portée autre que purement journalistique, ce qui reste douteux.

Nous sommes loin d'une «banalisation» et, pour être des organisations internationales, les Communautés n'en restent pas moins profondément originales. Elles le sont d'abord parce que, sans recourir à des techniques inconnues du droit général des organisations internationales, elles cumulent, elles additionnent, les éléments les plus novateurs et «avancés» de ce droit. Elles le sont aussi parce que «l'ordre juridique de droit international» qui résulte des traités pousse à leurs conséquences extrêmes la notion de «droit propre» de l'Organisation et de supériorité du droit international.

Chapitre III

L'ordre juridique communautaire, «ordre juridique de droit international»

Comme l'a remarqué le président Jean Boulouis,

> les traités [communautaires] non seulement ne font pas la moindre allusion à l'existence d'un ordre juridique dont ils constitueraient le fondement mais se bornent à établir une simple nomenclature d'actes et n'indiquent que pour certains d'entre eux la nature de leur relations avec le droit national.[196]

Ceci n'empêche nullement l'ordre juridique communautaire d'exister.

L'existence, ou non, d'un ordre juridique est une question de fait. Elle se constate mais ne se décrète pas. Si un ensemble de normes forme un système ordonné en fonction d'une logique qui lui est propre, tant en ce qui concerne leur formation que leur application, on est en présence d'un ordre juridique.

En ce sens, et par définition même, tout ordre juridique est «autonome». Intellectuellement au moins, il se suffit à lui-même. Il sécrète lui-même ses propres normes selon un processus qui lui est propre et en organise par lui-même (plus ou moins bien) le contrôle à sa manière. Tel est, du moins, le postulat fondamental du «dualisme» – qu'il serait plus exact d'appeler «pluralisme» – juridique, par opposition au «monisme» pour lequel l'ordre juridique est un, les normes juridiques y étant organisées en un système unique et hiérarchisé.[197]

Dans une perspective moniste cohérente, la question de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire ne se pose pas ou, en tout cas, ne devrait pas se poser: le droit communautaire y apparaît comme un élément de l'ordre juridique «tout court», le seul problème consistant à déterminer quelle place les règles communautaires occupent dans la hiérarchie des normes[198] au sein de cet ordre juridique. Une telle présentation correspond certainement à l'esprit de système de ceux qui la proposent mais se heurte aux enseignements d'une observation, même superficielle de la réalité: il y a *des* ordres juridiques, et ceux-ci répondent à des exigences logiques et sociales différentes.

196 *Droit institutionnel de l'Union européenne* (1995) 237.

197 Le monisme a été systématisé, de manière aussi intellectuellement cohérente que redoutablement abstraite, par Kelsen, «Les rapports de système entre le droit international et le droit interne», 14 *RdC* (1926-IV) 231-239 (sa pensée a d'ailleurs évolué par la suite). Pour une présentation claire des différentes doctrines relatives aux relations entre droit international et droit interne, voir Truyoly Serra, «Théorie du droit international public», 173 *RdC* (1981-IV) 262-283; voir aussi Daillier et Pellet, *supra* note 135, 92-7.

198 Malgré de subtiles distinctions faites par certains auteurs, les termes «règles» et «normes» peuvent être considérés comme synonymes.

Comme l'a fortement affirmé la Cour permanente de Justice internationale, «[a]u regard du droit international [...], les lois nationales sont de simples faits...»;[199] et cette proposition peut être généralisée: au regard de tout ordre juridique, les normes relevant d'un autre ordre juridique «sont de simples faits». Bien entendu, ceci n'empêche pas que ces «faits» puissent être pris en considération par un autre ordre juridique et qu'il existe des «rapports de système»[200] entre les ordres juridiques mais c'est à chacun d'eux qu'il appartient de déterminer ces rapports et, en particulier, de fixer les conditions d'applicabilité des normes juridiques appartenant à un autre ordre juridique et leur place dans la hiérarchie des normes juridiques du for.

A cet égard, la jurisprudence et la doctrine communautaristes ont un comportement schizoïde: elles affirment à la fois l'autonomie absolue de l'ordre juridique communautaire tant à l'égard du droit international que des droits nationaux – et ceci relève d'une démarche typiquement dualiste – et sa primauté, tout aussi absolue, par rapport à ces autres droits, en tout cas par rapport aux droits nationaux[201] – et ceci ne serait concevable que dans une perspective moniste.

S'agissant de la jurisprudence au moins, la contradiction n'est qu'apparente: il est logique et légitime que la Cour de Luxembourg, organe du droit communautaire,[202] raisonne «à l'intérieur» de cet ordre juridique et y fasse prévaloir les normes communautaires sur toute autre règle, exactement comme le juge international affirme la supériorité absolue du droit international ou comme le juge national se fonde exclusivement, malgré les apparences contraires dans les systèmes constitutionnels dits «monistes»,[203] sur le droit interne. Mais les «vérités» de la CJCE ne sont pas absolues. Tout est affaire de «perspective»; ce qui est exact quand on se place «du point de vue» du droit communautaire, ne l'est plus forcément lorsque l'on raisonne au regard du droit international ou des droits nationaux. L'autonomie, indiscutable, de l'ordre juridique communautaire n'a donc pas forcément les conséquences radicales qu'en tirent les auteurs communautaristes si l'on se place dans une perspective «internationaliste» ou «interniste». On le vérifiera en étudiant successivement et brièvement l'autonomie du droit communautaire par rapport au droit international (section A) et par rapport au droit interne (section B).

199 Arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, Série A, n°7, 19.

200 Voir *supra* note 197.

201 Elles sont plus ambiguës en ce qui concerne le droit international.

202 Comme la Cour mondiale l'est du droit international; voir l'arrêt *supra* note 199 du 25 mai 1926, *ibid.*

203 Voir *infra* note 244.

A. L'autonomie relative du droit communautaire par rapport au droit international

Parce qu'il constitue un véritable ordre juridique, le droit communautaire est autonome par rapport au droit international. Toutefois, cette autonomie est relative, pour au moins deux raisons: d'une part, l'ordre juridique communautaire est une création du droit international; d'autre part, il entretient avec celui-ci des rapports de systèmes qui s'apparentent d'ailleurs, de manière frappante, à ceux qu'entretiennent le droit interne et le droit international.

1. Un ordre juridique autonome

«On ne peut», écrit Michel Virally,

> [...] qu'être frappé par le caractère spontané de la création de tout ordre étatique. L'Etat trouve en lui-même, dans l'assentiment du groupe humain qu'il intègre, le fondement de sa légitimité. Tout ordre étatique est auto-créateur et se développe à partir de sources originaires qui lui sont propres et qui n'ont besoin, pour affirmer leur validité, de se référer à aucune norme supérieure. [...] L'ordre juridique étatique se forme en dehors du droit international et sans lui.[204]

L'inverse n'est pas tout à fait exact: le droit international a «besoin» du droit interne «pour son propre fonctionnement».[205] La doctrine dualiste le reconnaît de bonne grâce et, comme l'écrivait Anzilotti, «le droit international présuppose l'Etat, c'est-à-dire le droit interne, parce que l'Etat, tout en ne s'identifiant pas avec l'ordre juridique [national], n'est pas concevable sans lui».[206]

Il n'en reste pas moins que ce n'est pas le droit national qui «crée» le droit international: l'existence de celui-ci est inhérente à une société composée de sujets également souverains dont il assure la coexistence.[207]

On ne peut, raisonnablement, dire la même chose du droit communautaire qui n'est pas une donnée de fait, inhérente à une société particulière présentant, par rapport à celle des Etats ou aux sociétés nationales, une quelconque spécificité. Il est, bel et bien, lui-même, une création juridique résultant d'un ensemble conventionnel complexe qui fait de lui un «ordre juridique de droit international»[208] en ce sens qu'il tient son existence des traités constitutifs et

204 «Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes», *Le droit international en devenir – essais écrits au fils des ans* (1990) 108 (également paru in *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens* (*Mélanges Henri Rolin*) (1964) 488-507).

205 *Ibid.*, 109.

206 *Cours de droit international*, (trad. G. Gidel) (1929) 31; cité *ibid.*, 109.

207 On retrouve ici l'idée que le droit international n'est nullement incompatible avec la notion de souveraineté, dont, dans une société caractérisée par la juxtaposition d'Etats souverains et égaux, on ne peut avoir une conception absolue. Voir *supra* II.A.2.

208 Voir *supra* le texte correspondant à la note 11.

que seuls d'autres traités peuvent en modifier les fondements et les traits essentiels.[209]

Il est, à cet égard, pour le moins discutable d'affirmer que le Traité (de Rome s'agissant de la Communauté européenne), «est en vigueur *par lui-même*, de façon autonome»[210]: il est en vigueur parce qu'il a été validement conclu conformément aux règles du droit des traités. Sa source, son fondement, n'est pas autonome mais, au contraire, l'ancre dans le droit international dont il est la création.

Mais il n'en résulte pas que le droit communautaire ne constitue pas un véritable ordre juridique. La créature échappe à son créateur; une fois créée, la Communauté s'est développée en fonction d'une logique juridique qui lui est propre; elle a élaboré ses propres règles et les a mises en œuvre conformément aux mécanismes, autonomes et spécifiques, institués par les traités constitutifs et qui se distinguent de ceux qui caractérisent tant les droits nationaux que le droit international lui-même.

Sans que la liste en soit exhaustive, ces spécificités institutionnelles (au sens large) sont notamment:

- en ce qui concerne la formation des normes:
  - leur élaboration par des organes permanents dotés de règles de fonctionnement qui leur sont propres,
  - l'abandon, dans des domaines importants et de plus en plus nombreux, du consensualisme qui caractérise le droit international général,[211]
  - l'association, encore timide, de représentants des peuples au processus d'élaboration,
  - et la capacité des Communautés de s'engager au plan international, au même titre que des Etats mais dans des domaines limités;
- et, pour ce qui concerne l'application des normes:
  - l'importance prise par les «sources autoritaires», qui contraste avec leur rareté en droit international,
  - la non-pertinence du principe de réciprocité,[212]

209 Sous réserve du rôle modificateur de l'interprétation; mais ceci est aussi une technique juridique internationale.

210 Kabouris, «La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des Etats membres», *Mélanges Pescatore*, *supra* note 28, 331, italiques ajoutées; voir *supra* chapitre I. note 28 et le texte correspondant.

211 En tout cas en matière de traités, mais, à côté du droit international de formation volontaire, il existe un droit de formation spontanée qui répond à une autre logique.

212 «Le traité ne se borne pas à créer des obligations réciproques entre les différents sujets auxquels il s'applique, mais établit un ordre juridique nouveau qui règle les pouvoirs, droits et obligations desdits sujets...» (affaire 90 et 91/63, *Commission c. Luxembourg et Belgique*, *Rec.* 1964, 1223); le recours en manquement suffit à exclure l'application du principe de réciprocité (cf. affaire 325/82, *Commission c. R.F.A.*, *Rec.* 1984, 777). Voir R. Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français* (1989) 158-9.

- l'effectivité et l'efficacité de procédures juridictionnelles de règlement des différends et de contrôle de l'application du droit, qui excluent tout droit d'action unilatérale des Etats membres;
- et, d'une manière générale, le développement d'une «logique de l'appartenance».[213]

Ce système, original et complet, se suffit à lui-même en ce sens qu'il permet à la Communauté d'élaborer les normes nécessaires à son développement, de leur conférer un caractère obligatoire, et, quoique dans certaines limites,[214] de les mettre en œuvre. La CJCE est dès lors fondée à estimer, dans l'arrêt *Costa* qu'en «instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des Etats à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes» et qu'il en résulte l'institution d'un «ordre juridique propre».[215]

Toutefois, au risque, une fois encore, de choquer les communautaristes extrêmes, le phénomène n'est pas isolé. Et si, dans la même affaire *Costa*, la Cour pouvait, à juste titre, distinguer les traités communautaires des «traités ordinaires», elle pêchait par omission en «oubliant» de rappeler qu'en revanche ils ne se distinguaient pas à cet égard de l'acte constitutif de n'importe quelle autre organisation internationale qui, en créant une institution dotée de la personnalité juridique, tant en droit international qu'au regard des droits nationaux[216] et de compétences propres pour atteindre les buts qui lui sont assignés est à l'origine d'un «ordre juridique particulier»[217] fondé sur un traité – donc d'un «ordre juridique de droit international» – mais autonome par rapport au droit international général et aux droits nationaux des Etats, membres ou non de l'Organisation.

213 Blanquet, *supra* note 27, 423.

214 Voir *infra* le texte suivant la note 318.

215 Affaire 6/64, *supra* note 12, 1158.

216 Cf. l'avis consultatif de la CIJ du 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies:* «L'Organisation [des Nations Unies] était destinée à exercer des fonctions et à jouir de droits – et elle l'a fait – qui ne peuvent s'expliquer que si l'Organisation possède une large mesure de personnalité internationale et la capacité d'agir sur le plan international. Elle [...] ne pourrait répondre aux intentions de ses fondateurs si elle était dépourvue de la personnalité internationale» (*Rec.* 1949, 179). Allant plus loin, la Cour a estimé que «cinquante Etats, représentant une très large majorité de la Communauté internationale, avaient le pouvoir, conformément au droit international, de créer une entité possédant une personnalité internationale objective et non pas seulement une personnalité reconnue par eux seuls» (*ibid.*, 185). Ce raisonnement n'est pas transposable aux Communautés dont la personnalité n'est opposable aux Etats non membres que s'ils les reconnaissaient (voir Daillier et Pellet, *supra* note 135, 573). On peut cependant estimer que la généralisation de la reconnaissance dont elles bénéficient aujourd'hui confère aux Communautés une personnalité objective.

217 De Witte, *supra* note 8, 446.

La doctrine internationaliste s'est beaucoup interrogée sur la question de savoir si ce «droit propre des organisations internationales»[218] présentait un degré d'autonomie suffisant par rapport au droit international pour que l'on puisse y voir un véritable «ordre juridique».[219] Des réponses variées y ont été apportées mais la plus convaincante est, sans aucun doute affirmative ne serait-ce que parce que l'on peut considérer que, par essence, toute institution comporte un ordre juridique; il y a «autant d'ordres juridiques que d'institutions».[220] Cette constatation est, en outre, seule conforme à l'idée selon laquelle l'acte constitutif de toute organisation est à la fois un traité et une constitution;[221] à ce second titre il constitue le fondement de l'ordre juridique de l'organisation et s'impose tant à ses organes qu'aux Etats membres.[222]

Certes, dans tous les cas, il s'agit d'ordres juridiques partiels, l'organisation n'ayant que les compétences qui lui sont nécessaires pour atteindre ses buts.[223] Mais, dans ces limites, on peut parler, sans excès de langage, d'ordres juridiques au sens propre, au sein desquels le processus d'élaboration et d'application des normes répond à une logique juridique particulière découlant de l'acte constitutif et que l'institution qu'il crée peut mettre en œuvre.

Il en va de même s'agissant de la Communauté européenne; ni plus, ni moins. Les traités ont doté les Institutions de règles de fonctionnement qui leur permettent d'élaborer des normes et de les faire respecter selon des mécanismes particuliers et en fonction des objectifs qu'ils fixent, étant entendu qu'il s'agit d'un ordre juridique partiel – limité aux «domaines restreints» assignés aux Communautés[224] – et d'un ordre «de droit international» du fait que le traité lui-même tient sa validité de celui-ci.

218 Cf. C.W. Jenks, *The Proper Law of International Organizations* (1962) XLII – 282p.

219 Voir *ibid.*, ou Focsaneanu, «Le droit interne de l'Organisation des Nations Unies», *AFDI* (1957) 315-49; Reuter, «Principes de droit international public», 103 *RdC* (1961-II) 526-30; Cahier, «Le droit interne des organisations internationales», *RGDIP* (1963) 563-602 et «L'ordre juridique interne des organisations internationales», in R.-J. Dupuy (dir.), *Manuel sur les organisations internationales, Académie de droit international* (1988) 237-57; Balladore-Pallieri, «Le droit interne des organisations internationales», 127 *RdC* (1969-II) 1-38; S. Bastid, *Problèmes juridiques posés par les organisations internationales,* Les cours de droit (1972) 139-50.

220 Cf. S. Romano, *L'ordre juridique* (1975) 17 et s. et 39 et s.

221 Voir *supra* le texte correspondant aux notes 148 à 159.

222 L'avis consultatif de la CIJ du 28 mai 1948, *Conditions de l'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies*, constitue une illustration de ceci; voir notamment *Rec.* 1947-1948, 63-5.

223 Voir *supra* le texte correspondant aux notes 173 à 175.

224 L'expression figure à la fois dans les arrêts rendus par la CJCE dans les affaires *Van Gend en Loos* (*supra* note 11, 23) et *Costa* (*supra* note 12).

2. Les rapports de systèmes entre droit communautaire et droit international

Dans la perspective dualiste, qui est celle de l'auteur de ce cours, la question des rapports des différents ordres juridiques entre eux est entièrement dominée par la considération fondamentale selon laquelle les normes relevant de chacun d'eux sont «de simples faits» au regard des autres ordres juridiques.[225] Ceci vaut, bien sûr, en ce qui concerne les relations qu'entretiennent le droit communautaire d'une part et le droit international public d'autre part. La principale conséquence en est que les normes internationales ne sont pas applicables, en tant que telles, dans l'ordre juridique communautaire et, réciproquement, que le droit communautaire ne s'impose pas, en tant que tel dans l'ordre juridique international.

Une observation superficielle de la réalité pourrait donner à penser le contraire. On constate en effet que concrètement, «[l]iée par le droit international, la Communauté l'est, notamment par le droit international conventionnel auquel elle est partie».[226] La Cour de Justice l'a constamment affirmé: les dispositions d'un accord conclu par la Communauté avec un ou plusieurs Etats tiers «forment partie intégrante de l'ordre juridique communautaire».[227] Allant plus loi, elle a été jusqu'à reconnaître que

> dans toute la mesure où, en vertu du traité CEE, la Communauté a assumé des compétences précédemment exercées par les Etats membres dans le domaine d'application [d'un accord conclu par ceux-ci antérieurement au traité de Rome, en l'espèce le GATT], les dispositions de cet accord ont pour effet de lier la Communauté.[228]

Mais, s'il en va ainsi, c'est parce que le traité CE lui-même confère valeur obligatoire aux accords conclus avec les Etats tiers et les intègre dans l'ordre juridique de la Communauté qui est tenue de les respecter et de les faire respecter par les Etats membres. Ainsi, aux termes de l'article 238, paragraphe 7, du traité de Rome modifié par celui de Maastricht: «les accords conclus selon les conditions fixées au présent article lient les institutions de la Communauté et les Etats membres».[229] Le droit communautaire se comporte à cet égard par rapport au droit international de la même manière que les droits étatiques: il y est applicable car il existe une «norme de réception» comparable à l'article 238 comme, par exemples, le préambule de la Constitution française de 1946 auquel renvoie celui de 1958, ou l'article 55 de cette

225 Voir *supra* le texte correspondant aux notes 199 et 200.
226 J.-V. Louis, *supra* note 35, 83.
227 Affaires 181/73, *Haegeman*, *Rec.* 1974, 449, 104/81, *Kupferberg*, *Rec.* 1982, 3641 ou 12/86, *Demirel*, *Rec.* 1987, 3719.
228 Affaires jointes 21 à 24/72, *International Fruit Company* , *Rec.* 1972, 1219.
229 On peut trouver dans l'article 234 du Traité le fondement indirect de l'obligation pour la Communauté de respecter les traités antérieurs conclus par les Etats membres lorsqu'ils relèvent de son domaine de compétence.

dernière, ou, d'une manière plus générale, le «*dictum* constitutionnel» selon lequel «*international law is part of the law of the land*».

On peut probablement transposer celui-ci à l'ordre juridique communautaire et considérer qu'«*international law is part of the law of the Communities*». Ceci constitue l'explication la plus rationnelle du principe, plusieurs fois affirmée par la Cour de Justice, de la soumission des Communautés au droit international,[230] d'autant plus évident et facile à admettre que l'ordre juridique communautaire trouve son fondement dans le droit international.

D'une façon très générale d'ailleurs, la Communauté se plie aux règles générales du droit international – et à leur évolution[231] – et la Cour de Justice applique tant les principes généraux du droit international[232] que les principes généraux de droit communs aux Etats (ou, selon les cas, aux droits des Etats membres),[233] lorsque cette application n'est pas contraire à la logique du droit communautaire lui-même.[234] A ce sujet, on peut faire deux remarques:

- d'une part, ces principes sont l'une des sources indiscutables du droit international et, contrairement à ce qu'affirme le juge Pescatore,[235] on ne peut «les négliger» dans une étude des relations entre droit communautaire et droit international; au minimum, force est de constater qu'en les appliquant, la CJCE a recours à un procédé du droit international;
- mais, d'autre part, ils n'apparaissent que comme une source supplétive auquel le droit communautaire n'a recours que s'ils ne sont pas en contradiction avec sa structure et ses principes propres.

C'est bien marquer que, si les normes du droit international sont applicables dans l'ordre juridique communautaire, elles ne le sont que parce qu'il existe des normes communautaires de réception. Et ceci, tout à fait indépendamment de la question de savoir si ce système de réception est moniste ou

230 Cf. affaires jointes 21 à 24/72, *supra* note 228 ou affaires jointes 3, 4 et 6/76, *Kramer*, *Rec.* 1976, 1311; voir J.-V. Louis, *supra* note 35, 78-79.

231 Voir par ex., en matière de délimitation maritime, Groux et Manin, *supra* note 160, 25. Cf. affaire 181/80, *Abelaiz – Emazabel*, *Rec.* 1981, 2961.

232 Cf. affaire 8/55, *Fédéchar*, *Rec.* 1955-1956, 299 (à propos du principe de l'effet utile) ou affaire 41/74, *Van Duyn*, *Rec.* 1974, 1337 (à propos de l'obligation des Etats de laisser leurs ressortissants accéder à leurs territoires).

233 Cf. affaires jointes 7/56 et 3/57 à 7/57, *Algéra*, *Rec.* 1957, 115 (conditions de retrait d'un acte administratif illégal) ou affaire 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Rec.* 1970, 1135. Voir Reuter, «Le recours de la Cour de Justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit», *Mélanges Henri Rolin*, *supra* note 204, 263-83, ou A. Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, thèse, Paris II (1974) 175-86 ou Simon, «Y a-t'il des principes généraux du droit communautaire?», *Droits* (1991) 73-86.

234 Cf. affaires 90 et 91/63, *Commission c. Luxembourg et Belgique*, *Rec.* 1964, 1231 (rejet *de l'exception non adimpleti contractus*); voir aussi la précision donnée dans l'affaire 11/70, *supra* note 233 selon laquelle la sauvegarde des droits fondamentaux «doit être assurée *dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté*» – italiques ajoutées.

235 P. Pescatore, *Droit international et droit communautaire*, *supra* note 27, 21.

dualiste;[236] du reste, même dans les systèmes nationaux que l'on dit «monistes», ce «monisme» résulte de la Constitution et les traités ont, *toujours*, une valeur infra-constitutionnelle.[237] Il en va d'ailleurs de même au sein des Communautés où les traités réservent expressément le cas des accords antérieurs à leur conclusion,[238] mais où l'on doit considérer que des traités postérieurs contraires aux traités constitutifs ne pourraient recevoir application dans l'ordre juridique communautaire.

Il est vrai que le mécanisme de contrôle préventif de l'article 228, paragraphe 6, du traité CE limite les risques d'une telle contrariété puisqu'un accord envisagé par la Communauté et déclaré contraire au Traité par la Cour de Justice ne pourrait entrer en vigueur qu'après une révision de celui-ci.[239] Il n'en reste pas moins que ce «filtre» peut très bien ne pas fonctionner puisque la saisine de la Cour sur la base de l'article 228 est facultative. Jusqu'à présent, la CJCE a réussi à cantonner le problème en interprétant les accords «douteux» d'une manière compatible avec les traités constitutifs,[240] mais il n'est pas douteux que, si elle doit l'affronter, la Cour «gardienne des traités» devra faire prévaloir les dispositions des traités sur ceux des accords conclus avec des Etats tiers. De même, et bien qu'ici non plus, le problème ne se soit pas posé directement[241] un traité conclu par un Etat membre avec un ou plusieurs Etats tiers ne serait pas opposable à la Communauté et ne saurait recevoir application dans l'ordre juridique communautaire s'il est contraire aux traités constitutifs.

Dans l'une comme dans l'autre de ces hypothèses, il en résulterait de graves inconvénients: illicite au regard du droit communautaire, l'accord n'en serait pas moins parfaitement valable au plan international et son non-respect engagerait la responsabilité internationale de la Communauté dans le premier cas, de l'Etat membre imprudent dans le second. Cette solution re-

236 Les Communautés n'échappent pas, en ce qui concerne les traités qu'elles concluent au dilemme monisme/dualisme (cf. Constantinesco, *supra* note 109, 216). On peut sans doute considérer que la CJCE estime que le système communautaire est «moniste» (cf. affaire 181/73, *supra* note 227 et l'interprétation qu'en donnent Groux et Manin, *supra* note 160, 120).

237 Voir Daillier et Pellet, *supra* note 135, 278-9 ou D. Carreau, *Droit international* (1994) 482-3 (l'exception apparente de l'article 63 de la Constitution néerlandaise qu'il mentionne, n'en est pas une à mon avis).

238 Cf. l'article 234 du traité CE.

239 Ou, bien sûr, la révision de l'accord lui-même. Cf. les avis 1/76 (*projet d'accord sur le Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*), *Rec.* 1977, 741; 1/78 (*caoutchouc naturel*), *Rec.* 1979, 2871, et 1/91 (*Rec.* 1991 I-6079) et 1/92 (*Rec.* 1992, I-2821).

240 Cf. affaire 218/82, *Commission c. Conseil*, *Rec.* 1983, 4063 ou affaire 355/87, *Commission c. Conseil*, *Rec.* 1989, 1517.

241 L'extension considérable du domaine de compétence de la Communauté en matière de traités limite, ici aussi, les risques de contrariété (cf. affaire 22/70, *supra* note 146, 263; affaire 3, 4 et 6/76, *supra* note 230 et avis 2/91, *Rec.* 1992, I-1061).

grettable[242] est la conséquence logique et inéluctable de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire par rapport à l'ordre juridique international, «simples faits» l'un pour l'autre, qui peuvent «tenir compte» l'un de l'autre mais conformément à ce qu'ils prévoient chacun en ce qui le concerne et sans qu'aucun apparaisse comme intrinsèquement «supérieur» à l'autre: dans l'ordre international, le droit international général prime; tandis que les organes communautaires sont tenus de faire respecter la supériorité des traités, qui sont leur «norme suprême» sur toute autre considération.

Il en résulte un système parfaitement logique qui rappelle très fortement les relations entre le droit français et le droit international et que l'on peut résumer ainsi: dans l'ordre juridique communautaire,

- les traités constitutifs priment sur toute autre norme,
- les accords conclus par la Communauté avec des Etats tiers ont une valeur inférieure à celle des traités,
- mais supérieure à celle du droit dérivé (en tout cas antérieur[243]),
- et les Etats membres ne peuvent tenir en échec le droit communautaire par la conclusion de traités incompatibles avec les Etats tiers.

Inversement, lorsqu'elles agissent en tant que sujets de droit international, les Communautés sont liées par celui-ci, au même titre que n'importe quelle autre organisation internationale ou que les Etats eux-mêmes.

B. L'autonomie du droit communautaire par rapport aux droits nationaux

La doctrine dualiste rend bien compte des rapports du droit communautaire avec le droit international[244] et de la double nature des traités communautaires: «constitution» de la Communauté, ils se trouvent au sommet de la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique communautaire; traités, ils sont soumis aux règles du droit des traités dans l'ordre juridique international.

Selon la quasi-totalité des auteurs communautaristes, le dualisme «n'est pas de mise dans les rapports entre ordre juridique communautaire et ordres

242 Et comparable à ce qui se produit lorsqu'un Etat conclut deux traités incompatibles avec des cocontractants différents.

243 Cf. affaire 21 à 24/72, *supra* note 228 ou affaire 181/73, *supra* note 227; mais la solution devrait valoir également à l'égard du droit dérivé postérieur.

244 Même si certains auteurs estiment que ces relations relèvent du monisme (voir note 237 *supra*); à mon sens, dire qu'*un* ordre juridique est moniste comporte une contradiction interne: pour le monisme *l'*ordre juridique *est un.* Tout au plus peut-on, non sans abus de langage, parler de «modes de réception monistes pour caractériser les systèmes qui, comme celui de la Constitution françaises de 1958, n'exigent pas de procédure spécifique pour intégrer les traités dans l'ordre juridique; il n'en reste pas moins d'ailleurs que, tant dans le système français qu'au sein des Communautés, cette intégration n'est tenue pour juridiquement valide qu'à la condition qu'une formalité supplémentaire ait été effectuée: la publication, selon des modalités particulières, dont le respect est contrôlé par le juge.

nationaux. Il traduit mal les relations de coordination qui existent entre eux et s'expriment, notamment, par le mécanisme des questions préjudicielles»;[245] le droit communautaire «postule le *monisme* et en impose le respect par les Etats membres».[246]

A vrai dire, on peut se demander si «postuler le monisme» n'est pas le propre de tout ordre juridique. La question est classique en droit international privé en ce qui concerne les relations entre les ordres juridiques nationaux et une partie de la doctrine la résout en affirmant l'«exclusivisme» des ordres juridiques[247] et, au fond, la théorie dominante, qui conteste cet «exclusivisme» ne dit cependant pas autre chose quand elle affirme que le juge du for «[n']est certes pas *soumis*» au droit étranger, mais que «cela n'est pas indispensable pour qu'il en déduise la solution du litige, *si sa propre règle de droit international privé le lui ordonne*».[248]

Au fond, on peut dire que le droit international «postule le monisme» en ce sens qu'il se donne pour supérieur à tout autre ordre juridique, de même que les ordres juridiques nationaux sont «exclusifs» les uns des autres du fait que s'ils recourent à des règles issues d'autres ordres juridiques, internes ou international, elles n'y sont applicables qu'en vertu de règles nationales. Le droit communautaire n'échappe pas à la loi commune: il se présente comme exclusif et supérieur. Et il l'est sans aucun doute ... à ses yeux, c'est-à-dire si l'on se place dans une perspective communautaire dans laquelle, comme le droit international, les droits nationaux apparaissent comme de «simples faits»; mais, «simple fait», il l'est à son tour pour les droits nationaux.

Ceci ne signifie certes pas que les normes juridiques ne sont pas applicables dans les ordres juridiques nationaux; mais elles ne le sont que parce qu'elles y sont intégrées par des mécanismes qui sont ceux-là même en vertu desquels les droits nationaux «reçoivent» les règles de droit international public. Cette constatation n'exclut nullement les deux caractères fondamentaux où les communautaristes croient pouvoir déceler des spécificités absolues: l'effet direct et la primauté du droit communautaire qui ne sont pas inconnus du droit international; simplement, mais ce sont de grandes différences de degré, le premier (l'effet direct) est l'exception en droit des gens, il est la règle en droit communautaire; tandis que le second (la primauté) est assuré d'une manière beaucoup plus efficace dans l'ordre communautaire qu'il ne l'est en droit international.

245 J.-V. Louis, *supra* note 35, 122.
246 G. Isaac, *supra* note 4, 162.
247 Voir Ago, «Règles générales des conflits de lois», 58 *RdC* (1936-IV) 302 ou G. Morelli, *Elementi di diritto internazionale privato italiano* (1986) passim.
248 P. Mayer, *Droit international privé* (1987) 56; italiques dans le texte.

1. L'effet direct du droit communautaire

En vertu du principe *pacta sunt servanda*, il va de soi que les Etats membres sont tenus d'appliquer les traités communautaires qu'ils ont régulièrement ratifiés et auxquels ils sont, de ce fait, devenus parties. Mais, s'agissant du droit communautaire, il y a, si l'on peut dire, «doublement plus»:

- d'une part les traités communautaires sont immédiatement ou directement applicables *dans* les Etats membres (et pas seulement *par* eux[249]);
- d'autre part, ce principe de l'«effet direct» s'applique non seulement aux traités eux-mêmes, mais aussi au droit dérivé dans son ensemble.

De ce fait, les prescriptions du droit communautaire sont applicables directement aux personnes privées qui sont en droit d'en exiger le respect à leur égard, éventuellement même devant le juge national et sous le contrôle de la CJCE.[250]

Le principe de l'effet direct n'est pas énoncé par les traités sous sa forme générale. Il n'y affleure qu'occasionnellement en ce qui concerne notamment la définition du règlement «directement applicable dans tout Etat membre»[251] ou certaines «règles applicables aux entreprises» en matière de concurrence.[252] Mais il peut être déduit d'autres dispositions et, en particulier, de l'article 177: on s'expliquerait mal que la Cour de Justice puisse être saisie de questions préjudicielles relatives à la validité ou à l'interprétation du droit communautaire par les juges nationaux si ceux-ci n'étaient pas tenus de l'appliquer.

Généralisant ce raisonnement, la Cour de Justice a explicité le principe de l'effet direct dans son très célèbre arrêt du 5 février 1963, *Van Gend en Loos*:

> l'objectif du traité CEE, qui est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement *concerne directement les justiciables* de la Communauté, *implique* que ce traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre Etats contractants; [...] partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des Etats membres, de même qu'il *crée des charges dans le chef des particuliers*, est aussi destiné à engendrer *des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique*; ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux Etats membres et aux institutions communautaires.[253]

249 Voir J. Boulouis, *supra* note 196, 255.

250 Il n'y a aucune raison de cantonner l'effet direct à la sphère contentieuse. Selon R. Lecourt, l'effet direct, «c'est le droit pour toute personne de demander *à son juge* de lui appliquer traités, règlements, directives ou décisions. C'est l'obligation *pour le juge* de faire usage de ces textes, quelle que soit la législation du pays dont il relève» (*L'Europe des juges* (1976) 248). L'Europe communautaire n'est pas seulement celle des juges; l'effet direct s'impose à toutes les autorités de l'Etat.

251 Art. 189, al. 2, du traité CE.

252 Cf. les article 85 et 86 du traité CE.

253 Affaire 26/62, *supra* note 11 – italiques ajoutées.

Un an plus tard, dans l'affaire *Costa*, la Cour a cru devoir ajouter que, s'il en est ainsi, c'est que «le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre *intégré au système juridique des Etats membres [...] et qui s'impose à leurs juridictions*»;[254] explication peu convaincante car, s'il est exact que le droit communautaire s'impose au juge national et n'en constitue pas moins un «ordre juridique propre»,[255] l'idée que cet ordre juridique soit «intégré» à celui des Etats membres est incompatible avec le principe même d'autonomie des ordres juridiques les uns par rapport aux autres.

Quoi qu'il en soit de cette incohérence, le constat ne fait aucun doute: le droit communautaire est directement applicable dans les droits nationaux. Si la chose ne fait pas de problème dans les Etats dit «monistes», comme la France ou les Pays-Bas, où, en vertu de la Constitution,[256] les règles conventionnelles font l'objet d'une introduction «automatique» dans le droit national, il n'en va pas de même dans les pays de tradition «dualiste» comme l'Allemagne, l'Italie ou le Royaume-Uni où les traités n'ont d'effet dans l'ordre juridique national que s'ils y sont formellement introduits par un acte formel qui les «transforme» en droit interne[257] et qui ont, en effet, éprouvé des difficultés pour accepter le principe de l'«effet direct».[258] L'applicabilité directe ne s'en impose pas moins à ces Etats; et il n'est peut-être pas, pour cela, besoin de recourir à la «spécificité» de l'ordre juridique communautaire: les traités constitutifs prévoient – en tout cas impliquent – l'effet direct; ce principe, comme toute règle conventionnelle, doit être respecté par les Etats parties (*pacta sunt servanda*), quels que soient le raisonnement ou les moyens utilisés à cette fin; du reste, la Cour de Justice admet que

> c'est aux juridictions nationales qu'est confié le soin d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct du droit communautaire,[259] étant entendu qu'il appartient à l'ordre juridique de chaque Etat membre de désigner la juridiction compétente et, à cet égard, de qualifier ces droits selon les critères du droit interne.[260]

Le principe de l'«effet direct» est applicable non seulement aux traités constitutifs mais aussi

– aux règlements, ce qui va de soi du fait des termes exprès de l'article 189 du traité CE,

254 Affaire 6/64, *supra* note 12– italiques ajoutées.
255 Voir *supra* A.1.
256 Cette précision («en vertu de la Constitution») montre cependant ce qu'il y a d'abusif à parler ici de «monisme».
257 Voir aussi *infra* le texte correspondant aux notes 308 à 313.
258 Voir le ralliement éclatant de la Cour constitutionnelle italienne par sa décision du 27 décembre 1973; *Frondisi*, *RTDE* (1974) 48.
259 Affaire 33/76, *Rewe*, *Rec.* 1976, 1989.
260 Affaire 13/68, *Salgoil*, *Rec.* 1968, 661; voir aussi affaire C-6/90, *Francovitch*, *Rec.* 1991, I-5359.

- aux décisions, même si elles sont adressées non pas à un particulier mais à un Etat membre,[261]
- aux directives, ce qui était loin d'être évident compte tenu de la définition qu'en donne l'article 189, qui implique que les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires à leur mise en œuvre,[262] ce qui a induit une certaine résistance du Conseil d'Etat français,[263]
- et aux accords conclus par la Communauté,[264] ce qui paraît logique dès lors que ces accords sont intégrés dans le droit communautaire,[265] qui, en tant que tel, est d'applicabilité directe.

Au surplus, et sauf en ce qui concerne les directives,[266] cette applicabilité directe peut être à la fois «verticale» – les normes communautaires peuvent être invoquées par les particuliers à l'égard de l'Etat – et «horizontale» – elle joue «de particulier à particulier»[267] – si son contenu s'y prête.

Pour frappant qu'il soit et pour étendue qu'en soit l'interprétation qu'en donne la Cour de justice, le principe de l'«effet direct»

- n'est ni général, ni inconditionnel;[268]
- il n'est, par ailleurs, pas spécifique aux rapports du droit communautaire avec les droits nationaux;
- et il ne remet pas en cause l'autonomie des deux ordres juridiques l'un vis-à-vis de l'autre.

Dire que «*le droit communautaire a un effet direct*» est une formule commode mais excessive et trompeuse: il n'en va, et ne peut en aller, ainsi que si le contenu de la norme invoquée par le particulier s'y prête. Dès l'arrêt *Van Gend en Loos*, la Cour a indiqué que l'effet direct s'appliquait aux «obligations que le traité impose de manière bien définie»,[269] formule qu'elle a synthétisée par la suite en précisant qu'étaient directement applicables les dispositions qui «apparaissaient comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises»,[270] critère qui vaut tant pour le droit originaire que pour le droit dérivé, avec, cependant, une nuance en ce qui concerne les accords conclus par la Communauté: dans ce cas, la Cour combine le critère «communautaire» fondé exclusivement sur le carac-

261 Affaire 9/70, *Franz Grad*, *Rec.* 1970, 825.
262 Affaires 33/70, *S.A.C.E.* , *Rec.* 1970, 1213 et 41/74, *supra* note 232.
263 CE, sect., 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit, Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (Lebon) (Leb.)* 524. Cette jurisprudence a, par la suite, été atténuée mais pas complètement abandonnée (cf. CE, 7 octobre 1988, *Fédération française des sociétés de protection de la nature, Leb.* 271 Assemblée (Ass.), 3 février 1989, *Alitalia, Leb.* 44 et Ass., 28 février 1992, *Rothmans et Philip Morris, Leb.* 81).
264 Affaires 87/75, *Bresciani*, *Rec.* 1976, 129; 104/81 et 12/86, *supra* note 227.
265 Voir *supra* le texte correspondant aux notes 226 à 230.
266 Cf. affaire 152/84, *Marshall* , *Rec.* 1986, 723.
267 Voir par ex. affaire 13/61, *Bosch*, *Rec.* 1962, 97.
268 Voir R. Abraham, *supra* note 212, 139 et s.
269 Voir *supra* note 253 et le texte correspondant.
270 Affaire 8/81, *Becker* , *Rec.* 1982, 53; voir aussi affaire 148/78, *Ratti*, *Rec.* 1979, 1629.

tère inconditionnel et précis de la disposition en cause avec celui tenant à l'objet et à la nature du traité:

> [l]a disposition d'un accord conclu par la Communauté avec un pays tiers doit être considérée comme étant d'applicabilité directe lorsque, eu égard à ses termes *ainsi qu'à l'objet et à la nature de l'accord*, elle comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets à l'intervention d'aucun acte ultérieur.[271]

Ce faisant, la Cour se fonde implicitement sur le critère traditionnellement retenu en droit international pour reconnaître à un traité le caractère *self-executing*. Car la notion d'applicabilité directe est loin d'être inconnue dans l'ordre juridique international.

Pendant longtemps, on a admis, comme une vérité d'évidence que le «droit des gens» régissait exclusivement les rapports entre Etats et que, dès lors, un accord international «ne peut pas, en tant que tel, créer directement des droits et des obligations pour les individus».[272] Mais, dans un avis consultatif rendu en 1928, la CPJI, qui rappelle ce principe, ajoute aussitôt après que

> [l']on ne peut pas contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, [peut] être l'adoption, par les parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour les individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux.[273]

Et, bien qu'ils fussent restés longtemps réticents et que certains, notamment en France,[274] le demeurent, les tribunaux internes, dans leur ensemble, n'hésitent pas à admettre qu'un traité peut «être considéré par [eux] comme l'équivalent d'un acte législatif chaque fois qu'il opère par lui-même, sans nécessiter aucune intervention du législateur», selon la formule du juge Marshall de 1829.[275] Ce principe de l'effet direct des dispositions *self-executing* peut également trouver à s'appliquer aux décisions des organes des

271 Affaire 12/86, *supra* note 227 – italiques ajoutées.

272 CPJI, avis consultatif, 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, série B, n°15, 17.

273 *Ibid.*, 18.

274 Cf. CE, 12 octobre 1979, *Syndicat des importateurs de vêtements et de produits artisanaux, Leb.* 734, Ass., 8 mars 1985, 70; Ass., 26 octobre 1990, *Fédération nationale de commerce extérieur des produits alimentaires*, *Leb.* 294 ou Cass. Civ. 3, 6 avril 1976, *Fauran, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (française) (Bull.)* 105 mais voir pour des reconnaissances de l'applicabilité directe de certaines dispositions conventionnelles: CE, 18 novembre 1955, *Pétalas, Leb.* 548 – qui en admet la possibilité –, 9 décembre 1983, *Gasparin, Leb.* 495 ou Cass. Civ. 1, 15 novembre 1989, *Lalanne et Sutter, JDI* (1990), 611 ou Crim., 5 décembre 1978, *Baroum Chérif., Dalloz* 1979, 50.

275 Cour suprême des Etats-Unis, 1829, *Foster Elam v. Nelson, Pet.* 253 (U.S. 1829).

organisations internationales[276] même si, ici encore, les réticences des tribunaux nationaux demeurent considérables.[277]

Il n'en reste pas moins qu'il serait erroné de voir dans l'effet direct la marque distinctive du droit communautaire par rapport à l'ordre juridique international.[278] Il y est, assurément, beaucoup plus généralement et facilement admis et, de ce fait, «l'efficacité interne» du droit communautaire se trouve considérablement accrue, d'autant plus que la Cour de Luxembourg exerce un contrôle sourcilleux de son respect par les juridictions nationales des Etats membres, alors qu'il n'existe de mécanismes comparables ni dans le cadre des autres organisations internationales[279] ni, *a fortiori*, au plan du droit international général.

De même, le principe de l'applicabilité directe ne met pas en cause l'autonomie respective des ordres juridiques nationaux et communautaires. C'est aux juridictions nationales, juges de droit commun du droit communautaire – comme elles le sont aussi du droit international d'applicabilité directe – qu'il appartient d'appliquer les règles de celui-ci, sinon exclusivement, du moins principalement. C'est donc à elles que revient la tâche de mettre en œuvre le principe de l'effet direct,[280] sous le contrôle, certes, de la Cour de Justice, mais celle-ci n'a pas sur eux un quelconque pouvoir hiérarchique[281] et, en assumant cette fonction, elles agissent «*en tant qu'organe[s] d'un Etat membre*».[282]

En réalité, on peut fortement douter que l'application directe de la règle communautaire aux particuliers soit «une des expressions juridiques» de la supranationalité;[283] elle est, bien plutôt, la marque de la collaboration, particulièrement poussée, des ordres juridiques nationaux d'une part et communautaire d'autre part et la manifestation la plus achevée de la coopération imposée aux Etats membres par l'article 5 du traité CE qui les invite à prendre «toutes mesures générales ou particulières propres à assumer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté».

276 Voir par ex. CE, 3 novembre 1961, *M'Bounya, Leb.* 612; mais il faut bien reconnaître que de telles décisions sont rares. En sens contraire, voir la décision de la Cour d'appel du district de Columbia du 31 octobre 1972, *Diggs v. Dent*, (ILM (1972) 1252) à propos des décisions du Conseil de sécurité.

277 Voir l'analyse très fouillée de la notion d'applicabilité directe par Carreau, *supra* note 237, 459-81.

278 *Contra*: Pescatore, «L'apport du droit communautaire au droit international public», *CDE* (1970) 520.

279 A l'exception notable des mécanismes institués par la Convention européenne des droits de l'homme (voir notamment G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme* (1979) 27-273) et des traités équivalents.

280 Voir *supra* le texte correspondant à la note 250.

281 Cf. R. Abraham, *supra* note 212, 185.

282 Affaire 106/77, *Simmenthal*, *Rec.* 1978, 629.

283 Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 255.

2. La primauté du droit communautaire

L'effet direct du droit communautaire n'implique pas nécessairement sa primauté,[284] mais celle-ci repose sur un raisonnement par implication du même type: la construction communautaire serait menacée *si* les normes communautaires ne se voyaient pas reconnaître une supériorité sur les règles nationales des Etats membres.

Alors même que les Traités constitutifs sont muets à cet égard,[285] la Cour de justice a, dans l'arrêt *Costa*, dégagé le principe – d'une manière du reste passablement confuse – de la logique générale du traité de Rome:

> [l']intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire, et, plus généralement, les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les Etats de faire prévaloir contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait lui être opposable [...], issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même.[286]

Dans l'arrêt *Simmenthal*, autre décision célèbre, la Cour définit le principe de la primauté en une formule ramassée («les dispositions du Traité et les actes des institutions directement applicables [...] font partie intégrante, *avec rang de priorité*, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des Etats membres») et elle en déduit que

> le juge national, chargé d'appliquer dans le cadre de sa compétence les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes; en laissant au besoin inappliqué, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel.[287]

Quoique les communautaristes semblent s'en émerveiller, ceci, à nouveau, n'a rien d'extraordinaire aux yeux d'un internationaliste. Le droit international public, lui aussi, postule sa primauté (on parle plus volontiers de «supériorité») et la Cour internationale de Justice a rappelé «[l]e principe fondamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne»,[288] affirmé dès la sentence arbitrale rendue le 14 septembre 1872

284 Voir De Witte, *supra* note 8, 439.
285 Cf. Boulouis, *supra* note 196, 261 ou G. Isaac, *supra* note 4, 177.
286 Affaire 6/64, *supra* note 12.
287 Affaire 106/77, *supra* note 282, italiques ajoutées.
288 Avis consultatif du 26 avril 1988, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'O.N.U.*, *Rec.* 1988, 34.

dans l'affaire de *l'Alabama*[289] et rappelé constamment depuis lors, notamment dans l'avis consultatif de la CPJI en date du 31 juillet 1930:

> c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre Puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité.[290]

Et les conséquences que tire le droit communautaire du principe de sa primauté, pour étendues qu'elles soient, ne sont, en réalité pas différentes de celles résultant de la supériorité que se reconnaît le droit international général:

- la primauté du droit communautaire s'impose à toutes les autorités étatiques;[291] celle du droit international aussi: «L'exécution du traité est dévolue non pas à un seul organe ou à une seule autorité mais à toutes les autorités, législative, politique et judiciaire dans l'ordre de leurs compétences»;[292]
- les Etats membres de la Communauté doivent «éliminer de leur ordre juridique interne les dispositions incompatibles avec le droit communautaire»,[293] de même que la CPJI a reconnu comme «un principe allant de soi» qu'un Etat «qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris»;[294]
- «un Etat membre ne saurait exciper des dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne pour justifier le non-respect des obligations résultant des directives [et, plus largement, du droit] communautaires»,[295] exactement de la même manière qu'une partie «ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité»[296] ou que, plus largement, la qualification d'un fait comme étant «internationalement illicite» «ne saurait être affecté par la qualification du même fait comme licite d'après le droit interne»;[297]
- et la primauté joue, dans les deux cas, vis-à-vis de *l'ensemble* du droit interne, qu'il s'agisse du règlement, de la loi ou même de la Constitution; selon la CJCE: «l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat

289 A. de la Pradelle et N. Politis (éds), II *Recueil des arbitrages internationaux* (1932) 780.
290 Affaire des *Communautés gréco-bulgares*, série B, n°17, 32.
291 Cf. l'affaire 48/71, *supra* note 115, 529.
292 Avis du Conseil d'Etat français, 1839; voir Daillier et Pellet, *supra* note 135, 226.
293 Affaire 104/86, *Commission c. Italie*, *Rec.* 1988, 1799; voir aussi affaire 167/73, *Commission c. France*, *Rec.* 1974, 359.
294 Avis consultatif, 21 février 1925, *Echange des populations turques et grecques*, série B, n°10, 20.
295 Affaires jointes 68 à 73/81, *Commission c. Belgique*, *Rec.* 1982, 157.
296 Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, article 27.
297 Article 4 de la première partie du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des Etats.

membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat»,[298] ce qui est conforme au principe fondamental du droit international selon lequel «[u]n traité est supérieur à la Constitution. La législation de la République doit s'adapter au traité, non le traité à la loi».[299]

La conclusion s'impose: la Cour de Luxembourg n'a rien inventé. Elle a transposé en droit communautaire un principe ancien et bien établi du droit international public. Et il n'y a rien d'étrange à cela: c'est l'effet de l'exclusivisme des ordres juridiques; le droit communautaire constituant un ordre juridique autonome, il est normal et naturel qu'il affirme sa supériorité, comme le fait aussi le droit international en ce qui le concerne. Au surplus, l'ordre juridique communautaire trouvant son fondement dans un traité, il n'y avait aucune raison pour qu'il ne bénéficie pas du vieux principe, communément admis, de la supériorité des traités et, plus généralement, du droit international, sur l'ensemble du droit interne.

Il est clair cependant que la Cour de Justice et la doctrine communautariste n'admettent ni cette filiation, ni cette analogie et s'efforcent de trouver un fondement spécifique à la primauté du droit communautaire: «La prééminence de l'ordre juridique communautaire se justifie par sa spécificité».[300] La raison en est double:

- en premier lieu, il s'agit clairement d'une offensive «anti-internationaliste», en ce sens que l'on entend «démarquer le droit communautaire du droit international» pour affirmer sa complète autonomie et «pour mieux assurer sa primauté»;[301]
- c'est que, en second lieu, le raisonnement internationaliste classique est fondé sur l'idée que c'est aux ordres juridiques nationaux qu'il appartient de tirer les conséquences du principe de la supériorité du droit international. Dès lors, «il appartient au droit constitutionnel de chaque Etat membre d'arrêter souverainement les conditions dans lesquelles la règle de droit international ou de droit communautaire doit trouver son application dans l'ordre juridique interne».[302]

Pour tenter de se prémunir contre cette conséquence fâcheuse, la Cour invoque la «nature spécifique originale» du droit communautaire[303] et le Professeur J.-V. Louis affirme avec force: «c'est le Traité qui est la source même de la primauté et non pas les dispositions des constitutions natio-

298 Affaire 11/70, *supra* note 233; voir aussi affaire 48/71, *supra* note 115.
299 Sentence arbitrale du 26 juillet 1875, affaire du *Montijo* (*Colombie c. Etats Unis*), Moore, *Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a party* (1898) 1850; voir aussi CPJI, avis consultatif du 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais à Dantzig*, série A/B, n°44, 24.
300 Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 213.
301 De Witte, *supra* note 8, 442.
302 Ganshof van der Meersch, *supra* note 59, 214-5.
303 Voir *supra* note 286.

nales».[304] C'est oublier que le Traité est ... un traité, donc, à ce titre, ancré dans le droit international; c'est surtout avoir un point de vue entièrement unilatéral qui relève d'avantage de la méthode Coué et du *wishful thinking* que d'une vision réaliste: le juge national est un organe de l'ordre juridique interne auquel il appartient d'appliquer son propre droit national, dont la norme suprême est la Constitution de l'Etat.

On ne peut, à cet égard; que se rallier aux remarques, pleines de bon sens, du président Jean Boulouis: la CJCE a beau proclamer que les juridictions nationales doivent faire prévaloir les normes communautaires sur les règles internes, mêmes constitutionnelles,

> [l]a chose ne va cependant pas aussi facilement pour le juge national à faire que pour la Cour de justice à affirmer; surtout lorsque, répondant à un juge du niveau le plus inférieur, ce qui était le cas d'un prêteur dans l'affaire *Simmenthal*, la Cour lui enjoint de méconnaître «de sa propre autorité», mais «en tant qu'organe d'un Etat membre» (§16 de l'arrêt), aussi bien l'autorité du législateur que celle des juridictions auxquelles ce juge est institutionnellement subordonné. C'est mettre ce juge dans une situation absurde car si le titre à juger du juge national se trouve dans son propre droit constitutionnel ou légal et si ce titre lui vient précisément de ce qu'il est un organe de l'Etat, ces considérations sont incompatibles avec l'obligation qui lui est faite et qui serait «inhérente» à la nature même du droit communautaire d'écarter ce même droit national «de sa propre autorité». Au lieu de proclamer ce qui apparaît comme un dogme de métaphysique juridique, il eût sans doute été plus simple et en tout cas plus logique de dire que le titre du juge national à juger en droit communautaire se trouvait dans le traité lui-même.[305]

Mais, dans ce cas, force est d'admettre que le juge ne pourra donner effet au principe de primauté du droit communautaire que s'il trouve dans son propre ordre juridique national un principe le lui enjoignant ou, en tout cas, l'y autorisant et il devra, dans la très grande majorité des cas se référer aux règles constitutionnelles relatives à la place des traités dans la hiérarchie des sources formelles dans le droit national.

C'est d'ailleurs très exactement ce qu'ont fait toutes les juridictions nationales dans tous les Etats membres, que ceux-ci se réclament du «monisme» ou du «dualisme». Partout, avec plus ou moins de bonne grâce, plus ou moins rapidement,[306] en faisant des réserves plus ou moins marquées;[307] les juges nationaux se sont inclinés, mais partout aussi ils ont affirmé la primauté du droit communautaire en se fondant soit sur les dispositions constitutionnelles relatives aux traités, soit, en l'absence de telles

304 J.-V. Louis, *supra* note 35, 122.

305 J. Boulouis, *supra* note 196, 264.

306 Le Conseil d'Etat français a battu à cet égard des records absolus de lenteur en n'admettant la supériorité du droit communautaire sur une loi, même postérieure, que par le célèbre arrêt d'Assemblée du 20 octobre 1989, *Nicolo, Leb.* 748.

307 Cf. la persistance de la réserve des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande (décision du 22 octobre 1986, *RTDE* (1987) 537).

dispositions sur la loi nationale introduisant les traités communautaires dans l'ordre juridique national. Ainsi:

- les deux juridictions suprêmes françaises, la Cour de cassation[308] et le Conseil d'Etat[309] se sont expressément fondées sur l'article 55 de la Constitution, qui reconnaît aux traités régulièrement ratifiés et publiés «une autorité supérieure à celle des lois», pour tirer toutes les conséquences de la primauté du droit communautaire que, pour sa part, le Conseil constitutionnel se refuse à faire respecter;[310]
- dans son célèbre arrêt du 27 mai 1971, la Cour de cassation belge s'est d'abord fondée sur le principe de la supériorité du droit international («lorsque le conflit existe entre une norme du droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir») et elle a renforcé son argumentation en estimant qu'il en allait ainsi *a fortiori* du droit communautaire;[311]
- au Royaume-Uni, les tribunaux n'assurent la primauté du droit communautaire que parce que l'*European Communities Act* qui incorpore les traités et le droit dérivé dans le droit britannique (et qui peut être abrogé par le Parlement) les y oblige;[312]
- en Irlande, une révision constitutionnelle, de 1972, a été nécessaire pour assurer la primauté du droit communautaire, de même qu'au Portugal (révision de 1982);
- et, en Allemagne et en Italie, les ralliements lents et réticents des Cours constitutionnelles au principe de la primauté ont été rendus possibles par des références assez largement artificielles à des dispositions constitutionnelles.[313]

Ces évolutions traduisent une très grande bonne volonté de la part des juridictions des Etats membres; elles n'en reposent pas moins sur des fondements constitutionnels, et les dispositions constitutionnelles qui les ont permises sont, partout, celles qui assurent – plus ou moins bien – la supériorité du droit international.

308 Chambre mixte, 24 mai 1975, *Société «Cafés Jacques Vabre», Bull.* 6.
309 Voir note 306.
310 Décision du 15 janvier 1975 relative à la loi sur l'interruption volontaire de grossesse, *Rec.*, 19.
311 *CDE* (1971) 561.
312 Voir notamment Olmi, «Les hautes juridictions nationales, juges de droit communautaire», Mélanges Pescatore (1987) 524-5.
313 Pour l'Allemagne, voir l'article 24(1) de la loi fondamentale et les décisions du 9 juin 1971 (*CDE* (1973) 217) et du 29 mai 1974 (*RTDE* (1974) 316); pour l'Italie, voir l'article 11 de la Constitution et les décisions du 22 octobre 1975 (*RTDE* (1976) 271) et du 8 juin 1984, *Granital* (*CDE* (1986) 185).

Les communautaristes extrêmes, et même d'autres plus modérés, s'en lamentent. Ainsi, le Professeur Lesguillons écrit:

> Il est manifestement contradictoire qu'un ordre juridique interne accepte la prééminence de l'ordre juridique communautaire et qu'en même temps cette prééminence soit étroitement subordonnée aux dispositions du droit interne. On ne peut être le maître de son maître, ou bien l'on tombe dans le chantage juridique [...]. La prééminence de l'ordre juridique communautaire ne peut être justifiée que par une solution d'ensemble, précisément au niveau communautaire. Elle ne peut résulter que de cet ordre juridique.[314]

Ce n'est pas une bonne façon de poser le problème. Les ordres juridiques ne se laissent pas, ainsi, réduire ou subordonner les uns aux autres; ils co-existent; ils coopèrent mais s'ils peuvent reconnaître la primauté *de certaines règles* «venues d'ailleurs», ils ne peuvent admettre, globalement, leur subordination à un autre ordre juridique sauf à cesser d'exister en tant qu'ordres juridiques. Ceci peut se produire mais, on l'a vu dans le chapitre précédent,[315] ne s'est pas produit, jusqu'à présent, en ce qui concerne les droits nationaux des Etats membres qui n'ont pas fusionné en un nouvel ordre juridique unique. Comme l'a relevé, à juste titre, le Professeur Vlad Constantinesco, «[l]'ordre communautaire n'est pas un ordre souverain: il est un ordre supérieur à celui des Etats dans les domaines où ceux-ci ont accepté volontairement cette subordination»; «s'il est parfois supérieur,[316] [il] n'est jamais suprême».[317]

Cette problématique est, du reste, celle-là même qui décrit les rapports du droit international avec les droits nationaux.

Il y a cependant une différence non négligeable: elle tient au fait que, comme le droit international, le droit communautaire affirme sa primauté mais qu'à la différence de celui-ci, il dispose de moyens raisonnablement efficaces pour l'imposer. Dans la sphère internationale, le contrôle de la supériorité des normes du droit international est rare, non systématique et aléatoire; au surplus, il intervient – lorsqu'il intervient – *a posteriori*. Au contraire, dans l'ordre communautaire, la Commission exerce une surveillance constante sur le respect par les Etats de leurs obligations et, par le biais de la procédure de l'article 177, la Cour de justice peut exercer un contrôle *a priori*;

> dans les deux cas, la règle employée est la même: la primauté d'application du droit communautaire (ou international) sur le droit interne, dans le premier cas, elle est formulée de manière rétrospective, sous forme de déclaration de respon-

314 *Supra* note 104.
315 Voir *supra* II.A.
316 Peut-être serait-il plus exact de dire: «*si ses normes* sont parfois supérieures...»
317 *Supra* note 109, 216.

> sabilité, dans le deuxième cas, de manière prospective, sous forme d'une obligation de faire.[318]

C'est une grande différence; mais il reste cependant qu'à la fin des fins, le respect de la primauté dépend de la (bonne) volonté de l'Etat; et ceci est vrai aussi bien pour le droit international que pour le droit communautaire.

Décrivant les rapports entre le droit international et les droits nationaux, Michel Virally fait valoir que

> [l]a carence institutionnelle de l'ordre international contraste avec la forte organisation du droit interne qui, non seulement trouve en lui-même les sources originaires dont il a besoin pour développer de façon autonome, mais encore disposer des moyens nécessaires pour réduire, juridiquement et physiquement, toutes les résistances à l'application de ses normes qui pourraient surgir au sein de la société étatique. Dès lors, puisque le droit international ne peut s'imposer à l'ordre juridique interne, il lui faut, pour y déployer ses effets, bénéficier à son tour [...] d'une reconnaissance de la part de ce dernier.[319]

On peut dire à peu près la même chose des rapports du droit communautaire avec les droits internes des Etats: il ne s'impose à l'ordre juridique national que parce qu'il est reconnu par lui. Plus que le droit international, le droit communautaire trouve en revanche en lui-même «les sources originaires dont il a besoin pour se développer de façon autonome» du fait de l'existence d'organes intégrés qui lui sont propres et qui peuvent, par ailleurs, exercer une pression efficace sur les Etats membres et leurs institutions pour obtenir un respect plus effectif de ses normes.

A tous points de vue, le droit communautaire apparaît donc comme un droit-charnière: ancré dans le droit international, où il trouve ses fondements, il se comporte à son égard comme un droit interne, en ce sens notamment, qu'il en reconnaît la supériorité mais l'organise à sa manière; il est, en revanche, «ressenti» comme un droit international par les droits internes, mais il y exerce une influence plus forte non pas, comme l'affirment la Cour de Justice et la doctrine communautariste dominante parce que les deux ordres sont «intégrés» l'un à l'autre, mais parce que les Etats l'ont doté des moyens de cette influence.

318 De Witte, *supra* note 8, 433.
319 *Supra* note 204, 113-4.

En guise de conclusion

Ce cours n'a pas eu d'autre prétention que de jeter un regard d'internationaliste, nécessairement superficiel, sur la construction communautaire. Polémique – car il s'agit de réagir à la présentation, idéologiquement orientée (même si elle s'en défend), qu'en donne la doctrine communautariste et à la «politique judiciaire» souvent dogmatique et biaisée de la Cour de Luxembourg –, il a souvent grossi le trait, et faute de temps, et aussi, certainement, d'une connaissance suffisamment approfondie par l'auteur de toutes les arcanes du droit communautaire, il n'en rend probablement pas toutes les nuances.

Il permet cependant un constat: il n'est nul besoin de se raccrocher au mythe de la rupture totale du droit communautaire par rapport au droit international général pour rendre compte de sa spécificité, qui est réelle et profonde. En réalité, l'ordre juridique communautaire, ancré dans le droit international, y trouve l'essentiel de sa force et de ses caractéristiques. Mais la solidarité plus forte entre les Etats membres que celle qui unit (?) les éléments de la «communauté internationale» les a conduits à doter la Communauté européenne non seulement de la personnalité juridique – qui caractérise toute organisation internationale –, mais aussi de compétences particulièrement étendues au plan de l'élaboration de normes juridiques et de pouvoirs effectifs pour en assurer l'application. De ce fait, la «productivité» du droit international est poussée à son maximum: l'autonomie de l'ordre juridique communautaire par rapport aux droits nationaux est moins théorique que celle du droit international, sans, pour autant, être absolue; la primauté des normes communautaires est mieux assurée; et leur applicabilité directe plus générale et plus effective.

Il reste qu'il faut relativiser ces constatations. Que les décisions des Institutions, y compris les arrêts de la Cour de Justice, soient exécutoires ou simplement obligatoires, c'est, en définitive aux Etats qu'il revient de les mettre en œuvre car ils conservent, sur leur territoire, le monopole de la contrainte. Ce sont eux qui demeurent les «maîtres des Traités», en ce sens que, seuls, ils peuvent les réviser, dans le sens d'une intégration plus poussée, mais aussi dans celui d'un retour à une dose accrue d'inter-étatisme (et l'on peut considérer que le traité de Maastricht traduit l'une comme l'autre de ces tendances). Surtout, les spécificités de l'ordre juridique communautaire tiennent avant tout à son caractère d'ordre juridique justement: comme tout ordre juridique il proclame et exagère sa spécificité et ceci tient à la définition même d'un «ordre juridique», indissociable de l'idée d'exclusivisme: *pour lui* le droit communautaire est prééminent, supérieur; pas pour le droit international, pas pour les droits nationaux qui ne lui font une place que parce qu'ils le veulent et selon les modalités qu'ils prévoient. Tout est relatif; tout, décidément, est affaire de perspective.

Au surplus, les interactions et les influences mutuelles entre ces différents ordres juridiques sont indiscutables. Que les «modes de fonctionnement» du droit communautaire doivent beaucoup – et, certainement, beaucoup plus que ne le concèdent les communautaristes extrêmes – au droit international (et, dans ses rapports avec celui-ci, aux droits nationaux) n'empêche nullement qu'à son tour le «droit des gens», encore si mal nommé, ait beaucoup à gagner à s'inspirer du droit communautaire. Et il y a déjà beaucoup gagné comme le montre l'évolution des jurisprudences nationales des Etats membres de la Communauté en ce qui concerne la mise en œuvre des normes juridiques internationales dans les droits internes; que l'on songe par exemple aux arrêts *Le Ski* de la Cour de cassation belge ou *Nicolo* du Conseil d'Etat français:[320] dans les deux cas, des juridictions nationales suprêmes, traditionnellement fort peu «internationalistes», ont radicalement modifié leur attitude à l'égard du droit international général afin d'assurer la primauté du droit communautaire.

On peut espérer que ce mouvement ira en s'accélérant et qu'il en résultera une «banalisation» croissante du droit communautaire du fait de la «communautarisation» progressive du droit international. Ce serait le signe réconfortant d'une meilleure intégration de la société internationale. Mais un tel mouvement ne se décrète pas, il ne peut qu'accompagner des évolutions sociales qui se développent en dehors du droit et que celui-ci ne peut guère que refléter. Contrairement à ce que soutiennent les communautaristes extrêmes, l'ordre juridique communautaire n'est pas intrinsèquement «supérieur» à l'ordre juridique international; ses caractéristiques propres sont adaptées aux réalités sociales qui en ont favorisé l'éclosion en Europe occidentale dans les années 1950 et ont permis son développement par la suite. Il serait erroné de vouloir les plaquer artificiellement sur le droit d'une société internationale plus large et infiniment plus disparate et plus divisée, qui n'est pas mûre pour cela, même si on peut espérer qu'elle évoluera dans cette direction.

320 Voir *supra* notes 306 et 311.

Orientations bibliographiques

Le point de départ de tout approfondissement des «pistes» superficiellement ouvertes dans ce cours est évidemment la lecture des *manuels*, tant de droit communautaire que de droit international public. L'auteur s'est surtout fondé sur:

- Jean Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Montchrestien, Paris, 1995, XV – 392p.
- Dominique Carreau, *Droit international,* Pédone, Paris, 1994, XXIX – 646p.
- Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh), LGDJ, Paris, 1994, 1317p.
- Guy Isaac, *Droit communautaire général*, Masson, Paris, 1994, 328p.

mais il en existe de nombreux autres, tant en français que dans d'autres langues, souvent très recommandables.

Il faut y ajouter

- Jean Boulouis et Roger-Michel Chevalier, *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Dalloz, Paris, 1994, Tome I, XVIII – 434p.

Touchent en outre de très près à la substance du présent cours,

- celui, extrêmement fouillé et approfondi, de Walter Ganshof van der Meersch, à l'Académie de Droit international de La Haye, «L'ordre juridique des Communautés européennes et le droit international» (148 *RdC* (1975-V) 433p.),
- Jean Groux et Philippe Manin, *Les Communautés européennes dans l'ordre international, Commission des Communautés européennes*, coll. «Perspectives européennes», Bruxelles, 1984, 166p. (également publié en anglais),
- l'ouvrage, très discutable mais stimulant, d'Olivier Jacot-Guillarmod, *Droit communautaire et droit international*, Librairie de l'Université, Georg, Genève, 1979, XXVIII – 299p.
- les très nombreux écrits du juge Pescatore, dont le pamphlet paru en 1969 sous le titre «Droit international et droit communautaire» (Centre universitaire de Nancy, coll. «des conférences européennes», n°5, 32p.) et repris en anglais dans la *CML Rev.* (1970) 167-83, constitue un succédané tout aussi stimulant et tout aussi discutable; de cet auteur important et influent, voir aussi: «L'apport du droit communautaire au droit international», *CDE* (1970) 501-25 et *L'ordre juridique des Communautés européennes – Etude des sources du droit communautaire*, Presses universitaires Liège, 1971, III – 218p.

- et Jean-Victor Louis, *L'ordre juridique communautaire*, Commission des Communautés européennes, coll. «Perspectives européennes», Bruxelles, 1986, 191p.

On peut y ajouter, parmi une littérature fort abondante, deux articles très remarquables:

- Bruno De Witte, «Retour à «*Costa*» – La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international», *RTDE* (1984) 425-54.
- et Charles Leben, «A propos de la nature juridique des Communautés européennes», *Droits* (1991) 61-72

et le précieux ouvrage de

- Ronny Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette, Paris, 1989, 223p. (réédition prévue aux éditions Economica, Paris),

ainsi que de nombreuses contributions aux

- Mélanges Boulouis – *L'Europe et le droit – Mélanges en hommages à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, XV - 556p.
- Mélanges Pescatore – *Du droit international au droit de l'intégration - Liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, 896p.
- et dans Commission des Communautés européennes, *30 ans de droit communautaire*, coll. «Perspectives européennes», Luxembourg, 1982, XXV – 536p.

En outre, la thèse d'Henry Lesguillons, *L'application d'un traité-fondation: le Traité constituant la CEE*, LGDJ, Paris, 1968, IV – 319p., bien que dépassée à certains égards, continue à ouvrir des perspectives fécondes.

Index of Decisions of Transnational Courts

A. Judgments of the European Court of Justice (arranged by case number)

Avis 1/76, projet d'accord sur le Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure; ***253***

Avis 1/78, caoutchouc naturel; ***253***

Avis 1/91; ***207; 212; 214-215; 235; 253***

Avis 2/91; ***241***

Avis 1/92; ***207; 215; 253***

Avis n°1 du 29 novembre 1991 (Commission d'arbitrage pour l'ex-Yougoslavie); ***213; 222***

Joined Cases 7/54 and 9/54, Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises; ***212;***

Case 8/55, Fédéchar; ***241; 252***

Case 7/56, Algera c. Assemblée de la CECA; ***252***

Case 9/56, Méroni; ***212;***

Case 6/60, Humblet; ***204***

Case 13/60, Comptoirs de vente de charbon de la Ruhr; ***212***

Case 13/61, Bosch; ***258***

Case 26/62, Van Gend en Loos; ***205-206; 250; 256; 258***

Joined Cases 90/63 and 91/63, Commission c. Luxembourg et Belgique; ***248; 252***

Case 6/64, Costa c. ENEL; ***205-206; 219; 227-229; 249; 257; 261***

Case 9/65, Aciéries San Michele; ***213***

Case 13/68, Salgoil; ***257***

Case 9/70, Franz Grad; ***258***

Case 11/70, Internationale Handelsgesellschaft; ***252; 263***
Case 22/70, AETR; ***234; 239; 241; 253***

Case 48/71, Commission c. Italie; ***228; 262***

Joined Cases 21 to 24/72, International Fruit; ***251; 254***

Case 181/73, Haegeman II; ***251; 253***

Case 41/74, Van Duyn; ***252; 258***

Case 43/75, Defrenne II; ***215***
Case 59/75, Manghera; ***215***
Case 87/75, Bresciani; ***258***

Joined Cases 3, 4, and 6/76, Kramer; ***252-253***
Case 33/76, Rewe v. Landwirtschaftskammer für das Saarland; ***257***

Case 106/77, Simmenthal II; ***260-261; 264***

Case 148/78, Ratti; ***258***

Case 804/79, Commission c. Royaume-Uni; ***228***

Case 181/80, Arbelaiz-Emazabel; ***252***

Case 8/81, Becker; ***258***
Case 58/81, Commission v. Luxembourg; ***206***
Joined Cases 68 à 73/81, Commission c. Belgique; ***262***
Case 104/81, Kupferberg; ***251; 258***

Case 218/82, Commission c. Conseil; ***253***
Case 325/82, Commission c. R.F.A.; ***248***

Case 152/84, Marshall I; ***258***

Joined Cases 281, 283, 285 and 287/85, Allemagne c. Commission; ***241***

Case 12/86, Demirel; ***258-259***
Case 68/86, Royaume-Uni c. Conseil (Substances hormonales); ***215***
Case 104/86, Commission c. Italie; ***262***

Joined Cases C-6/90, Francovich; *257*
Case C-369/90, Micheletti; *224*

B. Judgments of the European Court of Human Rights (in alphabetical order)

Abdoella; *82*
Adolf c. Autriche; *72*
Albert et Le Compte; *78; 108*
Allenet de Ribemont; *83; 85*
Artico; *68-69; 114; 117-118*
Ashingdane; *77*
Axen; *104; 106*
B. c. Autriche; *98*
Barbera, Messegué et Jabardo; *83; 87; 120; 127*
Beaumartin; *106*
Belilos; *106*
Bezicheri; *93*
Boddaert; *82*
Bönisch; *100; 112*
Borgers; *107; 112; 125*
Brandstetter; *113; 119*
Brannigan and McBride; *89; 96*
Bricmont; *121*
Brincat; *96*
Brogan; *91; 94; 97*
Campbell et Fell; *73; 106; 108*
Can; *85; 113; 119; 126; 133-134*
Chichlian et Ekindjian; *86; 114*
Ciulla; *88-89*
Clooth; *99; 101*
Colozza; *68; 78; 85; 109; 111*
Corigliano; *81*
Croissant; *115-117*
De Cubber; *107-109*
De Jong Baljet et Van den Brink; *94*
Delcourt; *75; 80; 113*
Delta; *120*

Demicoli; ***73-74; 79; 107***
Deweer; ***68; 72; 74-75; 77-79; 81; 83; 85***
De Wilde, Ooms, Versyp; ***88; 92***
Dobbertin; ***82***
E. c. Norvège; ***92; 94***
Eckle; ***81-82***
Ekbatani; ***109-110***
Engel; ***73-75; 84; 88; 104***
Englert; ***84***
F.C.B. c. Italie; ***68***
Fejde; ***105***
Fey; ***107-109***
Foti et autres; ***81***
Fox, Campbell and Hartley; ***90-92***
Funke; ***110***
Goddi; ***125***
Golder; ***67***
Granger; ***85; 116***
Guzzardi; ***88; 90***
Hauschildt; ***107-109***
Helmers; ***105***
Hentrich; ***112***
Hiro Balani; ***110***
Huber; ***96***
Imbrioscia; ***87; 115; 118***
Jan Åke Andersson; ***105***
Kamasinski; ***69; 86; 114; 117; 121-123***
Kampanis; ***93***
Kemmache; ***81; 99; 101***
Koster; ***97***
Kostovski; ***67; 120-122; 131***
Krause; ***85***
Kremzow; ***111; 115***
Lamy; ***93***
Langborger; ***106***
Lawless; ***68; 87; 89***
Le Compte, Van Leuven et De Meyere; ***106***

Letellier; ***99; 101***
Luedicke, Belkacem and Koç; ***122-123***
Lutz; ***84***
Mansur; ***99***
Marckx; ***166***
Matznetter; ***102***
Megyeri; ***93***
Minelli; ***83***
Monnell et Morris; ***109; 113; 117***
Moreira de Azevedo; ***81***
Murray; ***91***
Neumeister; ***81-82; 93; 98-99; 102-103***
Nölkenbockhoff; ***83-84***
Nortier; ***109***
Öztürk; ***73-74; 123***
Padovani; ***107-108***
Pakelli; ***114***
Peschke; ***126; 132***
Pfeifer et Plankl; ***78***
Pham Hoang; ***116; 121***
Piersack; ***107-109***
Poitrimol; ***111-112***
Pretto et autres; ***104; 106***
Quaranta; ***116***
Quinn; ***89***
Ruiz Torija; ***110***
S. c. Suisse; ***119***
Sainte-Marie; ***109***
Salabiaku; ***83***
Sanchez-Reisse; ***94***
Saraiva; ***107-109***
Schenk; ***121***
Schiesser; ***95***
Schuler-Zgraggen; ***104***
Sekanina; ***84***
Stanford; ***118***
Stögmüller; ***91; 98-99***

Sutter; ***104; 106***
T. c. Italie; ***111***
Thorgeir Thorgeirson; ***107-108***
Tolstoy Miloslavsky; ***78***
Tomasi; ***76; 99-101***
Toth; ***69; 99-100***
Tripodi; ***86; 116; 118***
Unterpertinger; ***120***
Van de Hurk; ***106; 110***
Van der Leer; ***94***
Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe; ***95***
Van der Tang; ***99; 102***
Vidal; ***120-121***
W. c. Suisse; ***99; 101-102***
Wassink; ***103***
Weeks c. Royaume-Uni; ***88; 92***
Wemhoff; ***81; 98; 100-102***
Windisch; ***120-122***
Yagci et Sargin; ***82; 99***
X. c. Royaume-Uni (1981); ***92***

Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights

Piermont v. France; ***183***

C. Advisory Opinions of the Permanent Court of International Justice

Affaire des Communautés gréco-bulgares; ***262***
Affaire du Vapeur Wimbledon; ***226***
Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (1926); ***246***
Compétence de la Commission européenne du Danube (1927); ***240***
Compétences de l'O.I.T. (1926); ***240***
Compétence des tribunaux de Dantzig; ***259***
Echange des populations turques et grecques (1925); ***262***
Traitement des nationaux polonais à Dantzig (1932); ***263***

D. Advisory Opinions of the International Court of Justice

Affaire de l'Alabama; ***262***

Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'O.N.U.; ***261***

Certaines dépenses des Nations Unies; ***240***

Conditions de l'admission d'un Etat comme membre des Nations Unies; ***250***

Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité; ***240***

Réparation des dommages subis au service des Nations Unies; ***221; 236; 239; 240; 249***

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide; ***29; 48***

South West Africa Cases; ***24***

Statut international du Sud-ouest africain; ***240***

E. Reports by the United Nations Human Rights Committee in the Framework of the Covenant on Civil and Political Rights

Lovelace v. Canada; ***40; 42-44***

Md Ahmed Khan v. Shah Bano Begum; ***43-44***

Unity Dow; ***42; 44; 51***

Wambui Otieno; ***44***

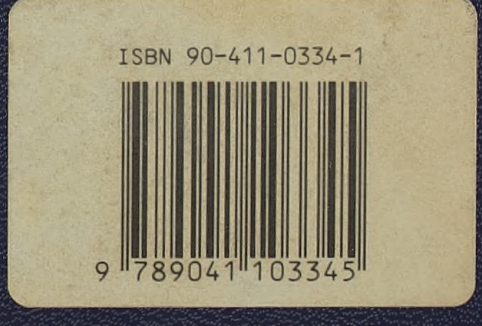
F. Permanent Court of Arbitration

Arbitrage de l'Île des Palmes de 1928; ***225***

Sentence arbitrale du 26 juillet 1875, affaire du Montijo (Colombie c. Etats Unis); ***263***

G. Resolutions by the Council of Ministers

Cyprus v. Turkey (1979); ***164***



MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS CCEL 10 ISBN 90-411-0334-1

Collected Courses of the Academy of European Law

1994 – Vol. V – 2

NIJHOFF