

OPINION INDIVIDUELLE  
DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES: LE SUJET DES DROITS ET L'OBJET DE LA DEMANDE	4-10
II. RÉFLEXIONS SUR LE DROIT APPLICABLE EN L'ESPÈCE	11-32
1. Invocation et incidence du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies de 1966	11-23
2. Invocation et incidence de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981	24-28
3. Invocation et incidence de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963	29-32
III. LA SAGA DU SUJET DES DROITS: CONSIDÉRATIONS SUR LA DÉFENSE DES DROITS PROTÉGÉS	33-81
1. Le droit à la liberté et à la sécurité de la personne	35-55
a) Les arrestations et la détention de 1988-1989	35-49
b) Les arrestations et la détention de 1995-1996	50-55
2. Le droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique	56-64
3. Le droit de ne pas être soumis à de mauvais traitements	65-74
4. Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière	75-81
IV. L'HERMÉNEUTIQUE DES TRAITÉS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME	82-92
V. LE PRINCIPE D'HUMANITÉ AU SENS LARGE	93-106
VI. L'INTERDICTION DE L'ARBITRAIRE DANS LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME	107-142
1. La notion d'arbitraire	108-111
2. La position du Comité des droits de l'homme des Nations Unies	112-116
3. La position de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples	117-122
4. La jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme	123-130
5. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	131-139
6. Appréciation générale	140-142
VII. LE CONTENU MATÉRIEL DES DROITS PROTÉGÉS	143-157

1. Le droit à la liberté et à la sécurité de la personne	145-147
2. Le droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique	148-152
3. La relation entre les droits protégés	153-157
VIII. DÉVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE RELATIVE AU DROIT À L'INFORMATION SUR L'ASSISTANCE CONSULAIRE DANS L'UNIVERS CONCEPTUEL DES DROITS DE L'HOMME	158-188
1. Le droit individuel par-delà la dimension interétatique	158-162
2. L'humanisation du droit consulaire	163-166
3. Le caractère irréversible du progrès de l'humanisation	167-188
a) Le texte de la convention de Vienne de 1963	173-174
b) L'objet et le but de la convention de Vienne de 1963	175
c) Les travaux préparatoires de la convention de Vienne de 1963	176-181
d) Appréciation générale	182-188
IX. LA NOTION DE «SITUATION CONTINUE»: LA PROJECTION DES VIOLATIONS DES DROITS DE L'HOMME DANS LE TEMPS	189-199
X. L'INDIVIDU EN TANT QUE VICTIME: RÉFLEXIONS SUR LE DROIT À RÉPARATION	200-212
XI. PAR-DELÀ LA DIMENSION INTERÉTATIQUE: LE DROIT INTERNATIONAL POUR LA PERSONNE HUMAINE	213-221
XII. OBSERVATIONS FINALES	222-231
XIII. VERS UNE NOUVELLE ÈRE DE JUSTICE INTERNATIONALE EN MATIÈRE DE DROITS DE L'HOMME À LA CIJ	232-245

\*

1. C'est, à ma connaissance, la première fois au cours de son histoire que la Cour internationale de Justice établit qu'il y a eu violation *des deux* traités des droits de l'homme en cause, à savoir, au plan universel, le Pacte relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies de 1966 et, au plan régional, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, tous deux dans le cadre de l'universalité des droits de l'homme. Je souscris tout à fait à la décision de la Cour à cet égard, de même qu'à l'égard de la violation qu'elle a établie de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 (article 36, paragraphe 1, alinéa *b*)), décision énoncée aux points 2, 3 et 4 du dispositif du présent arrêt.

2. Pourtant, s'appuyant sur un *raisonnement* distinct, la majorité de la Cour est parvenue à une conclusion entièrement différente sur d'autres aspects de l'affaire (points 1, 5 et 6 du dispositif). S'agissant de ces autres aspects, je regrette de ne pouvoir donner mon accord sur les conclusions de la majorité de la Cour. A cet égard, la déclaration commune de cinq

membres de la Cour<sup>1</sup> annexée à l'arrêt fait déjà état d'une position concernant le droit à la liberté et à la sécurité de la personne (qui s'ajoute au droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique).

3. En sus de cette position et s'agissant d'autres questions examinées dans l'arrêt de la Cour, j'estime donc de mon devoir de présenter dans la présente opinion individuelle les raisons sur lesquelles se fonde ma position personnelle sur ces questions. Avant d'entamer mon exposé, je tiens d'abord à appeler brièvement l'attention sur un aspect important — selon moi — de l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, tel qu'il a été présenté à la Cour par les Parties au litige elles-mêmes, concernant le *sujet des droits* et l'*objet de la demande*.

### I. PROLÉGOMÈNES:

#### LE SUJET DES DROITS ET L'OBJET DE LA DEMANDE

4. La présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, qui oppose la République de Guinée à la République démocratique du Congo, concerne en réalité les *droits individuels* de M. A. S. Diallo, tels qu'ils sont définis dans le Pacte relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies de 1966 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, à savoir, principalement, le droit à la liberté et à la sécurité de la personne et le droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique<sup>2</sup>. Cette affaire concerne en outre le droit individuel à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière, consacré par la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963. Les droits dont la violation a été alléguée sont ceux qui sont énoncés à l'article 9, paragraphes 1 à 4, et à l'article 13 du Pacte, à l'article 6 et à l'article 12, paragraphe 4, de la Charte africaine, ainsi qu'à l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne de 1963.

5. Les deux Etats en litige sont parties aux traités susmentionnés: la Guinée est partie au Pacte sur les droits civils et politiques depuis le 24 janvier 1978 et à la Charte africaine depuis le 16 février 1982, et la RDC est partie au Pacte depuis le 1<sup>er</sup> novembre 1976 et à la Charte africaine depuis le 20 juillet 1987. Les deux Etats sont également parties à la convention de Vienne de 1963: la Guinée depuis le 30 juin 1988 et la RDC depuis le 15 juillet 1976. La présente affaire est donc — et cela est important — une *affaire contentieuse interétatique soumise à la Cour internationale de Justice*, concernant entièrement *les droits de l'individu concerné* (M. A. S. Diallo) et les conséquences juridiques des violations alléguées de ces droits, au titre d'un traité des Nations Unies relatif

<sup>1</sup> Voir la déclaration commune des juges Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cançado Trindade et Yusuf.

<sup>2</sup> Les plaintes découlent des arrestations et mises en détention répétées de M. A. S. Diallo en RDC en 1988-1989 et en 1995-1996, ainsi que de son expulsion de la RDC en 1996.

aux droits de l'homme, d'un traité régional relatif aux droits de l'homme et d'une convention de codification des Nations Unies. C'est là un aspect important de la présente affaire, qui est unique dans l'histoire de la Cour.

6. Après avoir identifié le *sujet des droits* et l'*objet de la demande* en l'espèce, je me propose d'examiner dans les paragraphes qui suivent, selon un enchaînement logique, certains points liés entre eux. En premier lieu, je m'arrêterai à l'identification du droit applicable en l'espèce, en axant particulièrement mon attention sur l'invocation et l'incidence des dispositions pertinentes du Pacte relatif aux droits politiques et civils des Nations Unies de 1966 et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, en plus de la disposition pertinente de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963.

7. En deuxième lieu, je m'intéresserai à la saga du sujet des droits en l'instance (M. A. S. Diallo), en particulier à la défense de ses droits protégés par les trois traités, à savoir le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne, le droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique, le droit de ne pas être soumis à de mauvais traitements et le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière.

8. En troisième lieu, j'examinerai l'herméneutique des traités des droits de l'homme (dans la mesure où elle a une incidence sur le règlement du différend) et, en quatrième lieu, j'axerai mon attention sur le *principe d'humanité*, tel que je l'interprète, au sens large. En cinquième lieu, mes réflexions porteront sur la question essentielle de l'interdiction de l'*arbitraire* dans le droit international des droits de l'homme, à propos de laquelle j'examinerai et apprécierai les positions du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi que l'édifice jurisprudentiel des Cours inter-américaine et européenne des droits de l'homme.

9. En sixième lieu, j'examinerai tour à tour le contenu matériel des droits protégés dans le présent arrêt (droit à la liberté et à la sécurité de la personne et droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique), ainsi que la jurisprudence relative au droit à l'information sur l'assistance consulaire dans l'univers conceptuel des droits de l'homme. A ce sujet, je m'attarderai plus longuement sur le droit individuel à l'information sur l'assistance consulaire par-delà la dimension interétatique et j'examinerai et apprécierai le processus d'humanisation du droit consulaire à cet égard (tel que je le perçois) et ce que je considère comme le caractère irréversible de cette humanisation.

10. En septième lieu, je traiterai la notion de «situation continue» à la lumière de la projection des violations des droits de l'homme dans le temps. Cet examen sera suivi, en huitième lieu, de réflexions sur l'individu en tant que *victime* et *titulaire* du droit à la réparation et, en neuvième lieu, d'un exposé succinct de mon point de vue sur le droit international *pour la personne humaine*, par-delà la dimension interétatique. J'aurai ainsi préparé la voie à l'exposé de mes observations finales et à un bref

épilogue sur l'évolution vers une nouvelle ère de justice internationale en matière de droits de l'homme à la CIJ.

## II. RÉFLEXIONS SUR LE DROIT APPLICABLE EN L'ESPÈCE

### 1. *Invocation et incidence du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies de 1966*

11. Pendant toute la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, les dispositions pertinentes du Pacte relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies de 1966 ont été fort présentes, au cours tant de la procédure écrite que de la procédure orale, et ont fait l'objet de conclusions des Parties. L'importance de cet aspect frappant de l'affaire dont vient de connaître la Cour internationale de Justice ne saurait être sous-estimée. Dès sa requête introductive d'instance (du 28 décembre 1998), l'Etat requérant a soutenu que, en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, «personne ne peut être arrêté ou détenu s'il n'a été déclaré coupable selon la loi par un tribunal impartial agissant dans le respect de la présomption d'innocence et des droits de la défense» (p. 29 *in fine*).

12. Dans son mémoire (en date du 23 mars 2001), la Guinée a invoqué les «principes pertinents» applicables en cas d'«arrestation arbitraire et de détention et expulsion», qui sont énoncés au paragraphe 1 de l'article 9 et à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (par. 3.6 et 3.33). Pour sa part, l'Etat défendeur, la RDC, a, dans son contre-mémoire (en date du 27 mars 2008), répondu à cette question (par. 1.03) en contestant les allégations de violation des articles 9 et 13 du Pacte (par. 1.24-1.31). Peu après, dans sa réplique (en date du 19 novembre 2008), la Guinée a longuement examiné cette question, en développant ses arguments sur les violations des paragraphes 1 à 4 de l'article 9 du Pacte qu'aurait commises la RDC.

13. Selon la Guinée, ces violations avaient été commises lors des arrestations et mises en détention de M. A. S. Diallo en 1988-1989 et en 1995-1996, expressément mentionnées (par. 1.17-1.48), que la Guinée jugeait arbitraires au motif que la victime n'aurait pas été informée des raisons de son arrestation et de sa détention ni des accusations portées contre elle et n'aurait pas été traduite devant un juge ou un tribunal chargé de connaître de la légalité de ces actes dans un délai raisonnable. En outre, la Guinée soutenait que l'expulsion du plaignant de la RDC en 1996 n'était pas conforme au paragraphe 4 de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ni au paragraphe 2 de l'article 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (par. 1.60-1.90).

14. La RDC, quant à elle, se référant expressément aux arrestations et aux détentions de M. A. S. Diallo en 1988-1989 et en 1995-1996 (par. 1.07-1.49), a contesté dans sa duplique (en date du 5 juin 2009) la thèse du

requérant selon laquelle elle aurait violé les paragraphes 1 à 4 de l'article 9 du Pacte (par. 1.18-1.35 et 1.39). Les deux Parties ont développé leurs thèses devant la Cour pendant la procédure orale. Ainsi, dans sa plaidoirie du 19 avril 2010, la Guinée a évoqué à nouveau les articles 9 et 13 du Pacte, en plus de l'article 6 de la Charte africaine et de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 (voir *infra*)<sup>3</sup>.

15. La Guinée a particulièrement insisté sur les paragraphes 1 à 5 de l'article 9 du Pacte<sup>4</sup>. Pour sa part, la RDC, dans sa plaidoirie du 26 avril 2010, a soutenu qu'elle ne s'était rendue coupable d'aucune violation des articles 9 et 13 du Pacte (lors de l'expulsion de M. A. S. Diallo le 31 janvier 1996)<sup>5</sup>. La controverse entre la Guinée et la RDC s'est donc poursuivie pendant toute la procédure, tant écrite qu'orale.

16. Le point qu'il importe de retenir et de mettre en exergue ici est, à mon avis, le fait que, dans la présente affaire, les deux Parties en présence se sont appuyées principalement, en ce qui concerne le droit applicable, sur le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et sur la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Il est tout à fait significatif — et peut-être doit-on voir là un signe des temps nouveaux — que la CIJ ait été invitée par les Parties elles-mêmes à déterminer s'il y avait eu violation par l'Etat défendeur des dispositions pertinentes du Pacte et de la Charte africaine, en plus de la disposition pertinente de la convention de Vienne de 1963.

17. Il est fort possible que la présente affaire se soit jusqu'à un certain point métamorphosée entre ses débuts, à savoir le dépôt de la requête introductive d'instance (datée du 28 décembre 1998) et l'arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires (du 24 mai 2007), et la procédure puis l'arrêt au fond (daté du 30 novembre 2010) qui ont suivi. A l'origine, il était beaucoup question de droit de propriété et de protection diplomatique, mais les tenants de ces deux questions traditionnelles (encore épris ou nostalgiques de l'affaire de la *Barcelona Traction* et de la fiction vatélieenne de l'affaire *Mavrommatis*) ont paru graduellement perdre, au moins en partie, leur enthousiasme, car la dynamique de l'affaire a fort heureusement pris une tournure tout à fait nouvelle au cours des phases écrite et orale au stade du fond (et de la réparation).

18. A la vérité, selon moi, au cours de la procédure sur le fond (tant écrite qu'orale), la présente affaire s'est transformée — comme bien elle le devait — en affaire non équivoque de *protection des droits de l'homme*. Après tout, depuis l'époque d'Ulpiano (dans les années 170-228 de notre ère), la priorité est accordée à l'*honeste vivere*. Le *vivere* l'emporte sur l'*habere* et le *dignitatem vivere* a certainement préséance sur le droit de

<sup>3</sup> CR 2010/1 du 19 avril 2010, p. 34, par. 24, p. 50, par. 39, et p. 54, par. 52-55.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 36-39, par. 31-37; et voir CR 2010/5 du 28 avril 2010, p. 18-19, par. 23-24.

<sup>5</sup> CR 2010/3 du 26 avril 2010, p. 32-36, par. 58, 62-63, 66 et 70.

propriété. Bien au-delà de la protection diplomatique discrétionnaire, cette affaire est devenue une affaire de protection des droits de l'homme, qui présente beaucoup plus d'intérêt, à mon avis, pour le droit des gens de notre époque. Chaque affaire a sa dynamique propre et cette évolution du cas d'espèce ne doit pas passer inaperçue.

19. Il est en effet tout à fait remarquable qu'une cour comme la CIJ, qui a vocation à régler les différends entre Etats, soit enfin priée, dans l'exercice de ses fonctions en matière contentieuse, de régler un différend sur la base de deux traités des droits de l'homme (l'un des plus importants traités des droits de l'homme des Nations Unies, le Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques, et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples), en plus de la disposition pertinente de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963. Les Parties étant devant la Cour ont fondé leurs thèses sur ces trois traités, qu'elles ont identifiés comme constituant le droit applicable en l'espèce.

20. Au moins un enseignement fondamental peut être tiré de ce fait. Cet enseignement est beaucoup plus important que l'impact, déjà reconnu, du droit international des droits de l'homme sur un mécanisme interétatique volontariste comme la protection diplomatique. Au-delà des limites étroites de la protection diplomatique discrétionnaire, nous pouvons aujourd'hui dire que nous nous trouvons essentiellement devant une affaire relative aux droits de l'homme, concernant la protection internationale des droits de l'homme. La Cour a été saisie de cette affaire dans le cadre d'un mécanisme interétatique, celui-là même qu'avait envisagé le Comité de juristes qui a rédigé à l'origine le Statut de la CPJI en 1920, lequel est devenu, *mutatis mutandis*, le Statut de la CIJ en 1945.

21. Le fait que le mécanisme demeure un mécanisme strictement interétatique, ce qui est assez anachronique, comme pour défier le passage inéluctable du temps, ne signifie pas que la CIJ doive continuer aujourd'hui à raisonner dans une perspective strictement interétatique, qui ne fasse place qu'aux Etats (voir par. 203-205 *infra*). Nous sommes en présence d'une affaire relative aux droits de l'homme, qui concerne les droits de M. A. S. Diallo au titre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (en plus de la convention de Vienne de 1963), à raison des arrestations et des mises en détention qu'il a subies en 1988-1989 et en 1995-1996, avant d'être expulsé en 1996 du pays dont il était résident depuis des années. Malgré la procédure interétatique, la Cour est appelée à se prononcer sur les droits d'une personne humaine, en dehors du carcan interétatique.

22. L'époque actuelle voit l'émergence d'un nouveau droit des gens, qui met l'accent sur les droits individuels ou collectifs de la personne humaine, ce que les «droit-d'étatistes» de la profession juridique refusent de reconnaître, ou plutôt refusent ou sont incapables de comprendre, volontairement ou non. Grâce à la Guinée et à la RDC, à qui il faut en savoir gré, la CIJ a été appelée à régler un différend qui lui a été soumis, dans le cadre de la procédure sur le fond, sur la base de deux traités des

droits de l'homme (le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981) qui occupent une place éminente dans le *corpus juris* contemporain du droit international des droits de l'homme, en plus de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963.

23. En ce qui concerne le fond (et la réparation), il s'agit effectivement et clairement d'une affaire qui touche la protection des droits de l'homme et non la protection diplomatique. Cette dernière a été le *moyen* (ou l'instrument) par lequel la plainte a été soumise à la Cour, après que la cause de M. A. S. Diallo eut été épousée par son Etat d'origine ou de nationalité. Mais la protection diplomatique, qui est par nature inévitablement discrétionnaire, a déjà joué son rôle *instrumental*, et l'affaire dont vient de connaître la Cour est, *en substance*, une affaire qui concerne la protection des droits de l'homme.

## 2. *Invocation et incidence de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981*

24. La RDC et la Guinée ont toutes deux mis l'accent, dans leurs plaidoiries — que j'ai tenu à examiner dans la présente opinion individuelle — sur le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies, dans la mesure où le sort de M. A. S. Diallo en tant qu'individu est concerné; pourtant, comme il a déjà été indiqué, deux autres traités ont également été invoqués, à savoir la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 et la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963, également à propos du sort de M. A. S. Diallo en tant qu'individu. J'examinerai les plaidoiries des deux Parties concernant ces trois traités.

25. S'agissant de la Charte africaine, elle n'a été invoquée dans l'instance qu'à une étape tardive de la procédure écrite. Ce n'est que dans sa réplique (datée du 10 novembre 2008) que la Guinée a invoqué le paragraphe 4 de l'article 12 de la Charte africaine, en parallèle avec l'article 13 correspondant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies et ce, dans son argumentation sur les limites imposées par le droit international à l'expulsion des étrangers (par. 1.60-1.71). Dans sa duplique (datée du 5 juin 2009), la RDC a passé ce point sous silence, se concentrant à ce stade sur les allégations d'illégalité des arrestations et mises en détention de M. Diallo en 1988-1989 et en 1995-1996, et non sur son expulsion.

26. Dans ses plaidoiries, à propos des arrestations et mises en détention de M. A. S. Diallo, la Guinée a soutenu qu'avait été violé «l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, auquel on pourrait ajouter l'article 6 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples»<sup>6</sup>. Ni la Guinée ni la RDC n'ont insisté

<sup>6</sup> CR 2010/1 du 19 avril 2010, par. 24; et voir par. 26.



davantage sur la Charte africaine au cours de la procédure, mais cela n'a pas empêché la Cour, à juste titre d'ailleurs, d'élaborer son propre raisonnement pour établir si des dispositions pertinentes de ces deux traités des droits de l'homme avaient été violés.

27. Dans les circonstances de l'affaire, la Cour était, à mon avis, tout à fait en droit de le faire, même *motu proprio*, en ce qui concerne la Charte africaine (combinée au Pacte). J'ajouterai que l'article 60, qui concerne les « principes applicables », de la Charte africaine ouvre un large horizon à l'exercice de l'herméneutique, puisqu'il y est précisé que l'application de la Charte (par la Commission africaine — et de nos jours également la Cour africaine — des droits de l'homme et des peuples) consiste à :

« s'inspir[er] du droit international relatif aux droits de l'homme et des peuples, notamment des dispositions des divers instruments africains relatifs aux droits de l'homme et des peuples, des dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Charte de l'Organisation de l'unité africaine, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, des dispositions des autres instruments adoptés par les Nations Unies et par les pays africains dans le domaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que des dispositions de divers instruments adoptés au sein d'institutions spécialisées des Nations Unies dont sont membres les parties à la présente Charte »<sup>7</sup>.

28. La CIJ, en tant qu'« organe judiciaire principal des Nations Unies » (article 92 de la Charte des Nations Unies), pouvait parfaitement, en l'espèce, effectuer *sponte sua* la construction juridique à laquelle elle a procédé pour déterminer s'il y avait eu violation de l'article 6 de la Charte africaine et du paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies (par. 74-79). La Cour a, de plus, évoqué la relation entre l'article 5 de la Charte africaine et l'article 7 du Pacte susmentionné à propos de la disposition de la Charte africaine portant sur « le droit au respect de la dignité inhérente à l'être humain » (citée au paragraphe 87).

### 3. *Invocation et incidence de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963*

29. Outre les dispositions pertinentes du Pacte et de la Charte africaine

---

<sup>7</sup> En outre, l'article 61 de la Charte africaine précise que la Commission africaine doit

« prend[re] aussi en considération, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, les autres conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats membres de l'Organisation de l'Unité africaine, les pratiques africaines conformes aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et des peuples, les coutumes généralement acceptées comme étant le droit, les principes généraux de droit reconnus par les nations africaines ainsi que la jurisprudence et la doctrine ».

(*supra*), les Parties au litige ont également invoqué, tout au long de la procédure devant la Cour, la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963, et en particulier l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de cet instrument. La Guinée et la RDC reconnaissent ainsi que les dispositions mentionnées de ces trois traités représentaient le droit applicable en l'espèce. En ce qui concerne l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne de 1963, c'est la Guinée qui l'a invoqué la première, y consacrant un exposé assez long dans son mémoire (daté du 23 mars 2001).

30. Se fondant sur la jurisprudence de la CIJ en la matière, la Guinée a identifié, dans son mémoire, le *droit de l'individu* garanti par cette disposition de la convention de Vienne de 1963 (droit de l'intéressé d'être informé de l'assistance consulaire et de s'en prévaloir s'il le souhaite) et les obligations correspondantes des Etats parties (de veiller à ce qu'une assistance consulaire soit offerte) aux termes de cette convention — dispositions dont aucune n'avait, selon la Guinée, été respectée dans la présente affaire (par. 3.11-3.12, 3.30.2, 4.4 et 5.1.1). Dans son contre-mémoire (daté du 27 mars 2008), la RDC a contesté la thèse de la Guinée relative à une violation de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de cette convention, en soutenant que «l'ambassadeur guinéen à Kinshasa était au courant de l'arrestation et de la détention de M. Diallo avant son expulsion à Conakry» (par. 1.20 et par. 1.18-1.19 et 1.21-1.23).

31. Dans sa réplique (datée du 19 novembre 2008), la Guinée a soutenu que «les faits constitutifs de la violation de la Convention de Vienne de 1963», ne faisaient, à son avis, «aucun doute» (par. 1.7). Réitérant sa position (par. 3.3.1 et 4.1.1), la Guinée a déclaré :

«A aucun moment, ni en 1988-1989, ni en 1995-1996, M. Diallo, ressortissant guinéen, n'a été informé des droits qui lui sont reconnus par l'article 36, par. 1 *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires ... [L]a RDC aurait dû lire l'article 36, par. 1 *b*), de la Convention de 1963 dans les trois phrases qui le composent. Selon sa troisième phrase, les autorités compétentes de l'Etat de résidence «doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa». Ce troisième élément ne saurait être négligé ... En l'espèce pesait donc sur le Zaïre en vertu de la Convention de 1963 une obligation «d'informer sans retard ... l'intéressé de ses droits», aussi bien d'ailleurs lors de son arrestation de 1988 que lors de celles de 1995 et de 1996. Cela ne fut jamais fait, ce qui constitue une nouvelle violation des droits de M. Diallo.» (Par. 1.49 et 1.51-1.53.)

32. Dans ses plaidoiries du 19 avril 2010 devant la Cour, la Guinée a invoqué à plusieurs reprises, pour étayer sa thèse, l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> CR 2010/1 du 19 avril 2010, p. 27, 31 et 34-36, par. 3 v), 18, 24 et 28-29; CR 2010/2 du 19 avril 2010, p. 37, par. 7.

De son côté, la RDC a soutenu, lors de l'audience du 26 avril 2010, qu'elle n'avait pas violé cette disposition de la convention de Vienne de 1963. Dans son argumentation, la RDC a examiné cette question dans une perspective strictement *interétatique*, en rappelant les contacts (et une lettre) échangés entre l'ambassadeur de Guinée à Kinshasa et les autorités du Gouvernement congolais<sup>9</sup>. Les débats entre les deux Parties ne se sont nullement arrêtés à l'aspect général des trois traités invoqués devant la Cour. Ces débats devaient se poursuivre à propos des droits en cause garantis par ces traités — question sur laquelle je m'arrêterai maintenant.

### III. LA SAGA DU SUJET DES DROITS : CONSIDÉRATIONS SUR LA DÉFENSE DES DROITS PROTÉGÉS

33. Les droits individuels défendus dans la présente affaire avaient été prétendument violés dans le cadre de l'arrestation, de la détention et de l'expulsion de M. A. S. Diallo au cours de la période allant de 1988 à 1996. Ces droits comprennent le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne (paragraphe 1 à 4 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies), le droit de n'être expulsé d'un Etat qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi (article 13 du Pacte), le droit de ne pas être soumis à de mauvais traitements (articles 7 et 10 du Pacte), s'ajoutant au droit d'être informé sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière (alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention sur les relations consulaires de 1963).

34. Il est permis de se demander pourquoi ce dernier droit figure au nombre des droits individuels garantis par une convention portant sur les relations consulaires et saluée en 1963 dans une perspective avant tout *interétatique*. J'aborderai cette question dans une section ultérieure de la présente opinion individuelle (VIII, *infra*), où je démontrerai que le droit à l'information sur l'assistance consulaire est un *droit individuel* au sein de l'univers conceptuel des droits de l'homme, afin de préciser ce point et de dissiper tout doute qui pourrait subsister sur la nature du droit à l'information sur l'assistance consulaire. Mais, avant de donner ces précisions, j'examinerai d'abord les droits susmentionnés, un à un, dans les paragraphes qui suivent.

#### 1. *Le droit à la liberté et à la sécurité de la personne*

##### a) *Les arrestations et la détention de 1988-1989*

35. Le premier droit invoqué dans la présente affaire est le droit de M. A. S. Diallo à la liberté et à la sécurité de sa personne, garanti par les

<sup>9</sup> CR 2010/3 du 26 avril 2010, p. 26-31, par. 48-49 et 54; voir aussi *ibid.*, p. 18 et 26-30, par. 15, 42-47 et 50-53.

paragraphes 1 à 4 de l'article 9 du Pacte. Ce droit est affirmé à propos des arrestations et de la détention de M. Diallo en 1988-1989 et en 1995. Les Parties n'ont pas contesté le fait que M. A. S. Diallo ait été arrêté le 25 janvier 1988, ni qu'il avait été placé en détention le 27 janvier 1988 dans la prison de Makala et libéré un an plus tard, le 3 janvier 1989, à la faveur d'un pardon présidentiel accordé par suite d'une intervention de l'ambassadeur de Guinée<sup>10</sup>.

36. La Guinée a soutenu que l'arrestation et la détention de M. A. S. Diallo en 1988-1989 étaient arbitraires, étant donné que le seul motif de son incarcération en janvier 1988 était le fait que l'Etat zaïrois avait des dettes considérables envers son entreprise, Africom-Zaïre<sup>11</sup>. De l'avis de la Guinée, la RDC violait ainsi ses obligations au titre de l'article 9 du Pacte<sup>12</sup>. Pour sa part, la RDC a soutenu que «M. Diallo avait été emprisonné en 1988 à la suite d'une enquête judiciaire ouverte par les agents de la loi du bureau du procureur de Kinshasa sur des actes de fraude dont il avait été, à tort ou à raison, accusé»<sup>13</sup>. La RDC n'a pas contesté les allégations de fait de la Guinée concernant l'arrestation et la détention de M. Diallo en 1988-1989, qu'elle considérait plutôt comme une nouvelle prétention<sup>14</sup>.

37. Les dispositions du Pacte pertinentes sous l'angle qui nous intéresse maintenant sont celles de l'article 9 (relatif au droit à la liberté et à la sécurité de la personne), qui est ainsi libellé :

- «1. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs, et conformément à la procédure prévus par la loi.
2. Tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation,

<sup>10</sup> Observations de la République de Guinée sur les exceptions préliminaires de la République démocratique du Congo (ci-après «observations de la Guinée»), par. 1.41; procédure orale, CR 2006/51, par. 18; réplique de la République de Guinée (ci-après «réplique de la Guinée»), par. 1.13-1.16. Après le pardon, le procureur général de Kinshasa a clos l'affaire le 28 janvier 1989, pour inopportunité de poursuites; observations de la Guinée, *op. cit. supra*, par. 1.43.

<sup>11</sup> Réplique de la Guinée, par. 1.9.

<sup>12</sup> La Guinée s'est reportée à une lettre en date du 4 juillet 1988 signée par M. S. Pida Nbagui, premier commissaire d'Etat, et adressée au président du conseil judiciaire de la République du Zaïre; réplique de la Guinée, par. 1.14; observations de la Guinée, *op. cit. supra* note 10, annexe 15. Cette lettre indiquait, à ajouté la Guinée, que le chef de l'exécutif de la RDC avait seul donné l'ordre de l'arrestation et de l'incarcération de M. A. S. Diallo, ce qui est un exemple de «la plus parfaite confusion des pouvoirs»; réplique de la Guinée, par. 1.15.

<sup>13</sup> Duplique de la RDC, par. 1.16. Il s'agissait donc, d'après la RDC, d'une détention temporaire pour des raisons d'enquête judiciaire. La RDC a reproduit la version des faits telle qu'exposée par l'ambassade de la Guinée à Kinshasa dans une lettre au ministre guinéen des affaires étrangères à Conakry en date du 3 février 1988; duplique de la RDC, par. 1.14.

<sup>14</sup> *Ibid.*, par. 1.11 et 1.13.

tion, des raisons de cette arrestation et recevra notification, dans le plus court délai, de toute accusation portée contre lui.

3. Tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré. La détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience, à tous les autres actes de la procédure et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement.
4. Quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.
5. Tout individu victime d'arrestation ou de détention illégale a droit à réparation.»

38. S'agissant du premier point à examiner, à savoir s'il y a eu violation par la RDC des conditions d'admissibilité de la privation de liberté (principe de légalité, interdiction de l'arbitraire — paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte), il ressort des éléments de preuve produits en l'affaire que les autorités judiciaires zairoises n'ont délivré en 1988 aucun mandat d'arrêt. Ce fait peut certainement être considéré, à la lumière des dispositions pertinentes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, comme une indication d'arrestation *arbitraire*. Cette interprétation est en effet conforme à la notion d'*arbitraire* inscrite dans le Pacte, que j'examinerai ultérieurement dans cette opinion individuelle (sect. VI, *infra*). De plus, les autorités compétentes n'ont pris aucune décision en ce qui concerne la prolongation de la détention de M. A. S. Diallo avant son procès (détention préventive). Il demeure que M. A. S. Diallo a été détenu pendant un an sans faire l'objet d'aucune procédure judiciaire tendant à l'inculper d'une infraction.

39. La RDC n'a fourni aucun élément de preuve indiquant que M. A. S. Diallo aurait été arrêté et incarcéré, ainsi qu'elle le prétendait, dans le cadre d'une véritable enquête judiciaire ouverte à son encontre pour de prétendus actes de fraude. A cet égard, le Comité des droits de l'homme a déclaré que l'arrestation et la détention sans accusation constituaient une violation du paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte<sup>15</sup>. Rien n'indique que M. Diallo ait été accusé d'une infraction à quelque moment que ce soit. En l'absence de toute information pertinente provenant de l'Etat partie, il peut

<sup>15</sup> Nations Unies, Comité des droits de l'homme (CDH), *Titiahonjo c. Cameroun*, 2007, n° 1186/2003, par. 6.5; *Monja Jaona c. Madagascar*, 1985, n° 132/1982, par. 14; *Mpan-danjila c. République démocratique du Congo*, 1986, n° 138/1983, par. 10.

être conclu — ce que la Cour a d'ailleurs fait (par. 79) à bon droit — que la privation de liberté de M. A. S. Diallo était *arbitraire* et violait le paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte.

40. S'agissant maintenant du droit (de la personne arrêtée ou détenue) d'être informée des raisons de son arrestation ou de sa détention et des accusations portées contre elle (paragraphe 2 de l'article 9 du Pacte), la Guinée a prétendu que M. A. S. Diallo n'avait jamais été informé de façon précise de la nature de l'infraction alléguée ni des dispositions en vertu desquelles il était accusé<sup>16</sup>. Selon la Guinée, la *seule* information fournie à M. A. S. Diallo par l'autorité judiciaire devant laquelle il avait été amené au cours de sa détention était que son arrestation était « liée au communiqué du premier ministre »<sup>17</sup>. En conséquence, outre le communiqué du premier ministre, l'autorité judiciaire n'avait produit aucun dossier ni aucune accusation pour indiquer à M. A. S. Diallo ce qui autorisait son arrestation et son incarcération.

41. La RDC, pour sa part, a reconnu que M. A. S. Diallo avait été traduit devant l'inspecteur judiciaire, qui lui avait dit que son arrestation était liée au communiqué de presse du premier ministre (selon lequel il était accusé de fraude)<sup>18</sup>. Il semble donc établi qu'un communiqué de presse du premier ministre accusait M. A. S. Diallo de fraude<sup>19</sup> et que cette accusation avait été rendue publique à la radio et à la télévision le 20 janvier 1988, de même que dans la presse<sup>20</sup>. Rien n'indique en revanche que, au moment de l'arrestation de M. A. S. Diallo, les autorités congolaises aient informé celui-ci des raisons de son arrestation ou des accusations portées contre lui.

42. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a, pour sa part, déclaré que l'obligation résultant du Pacte n'était pas de pure forme. Non seulement l'intéressé doit-il être informé au moment de son arrestation, mais l'information qui lui est fournie doit être suffisamment précise<sup>21</sup> pour qu'il connaisse exactement la raison de son arrestation. En effet, le Comité a déclaré que,

<sup>16</sup> La Guinée a présenté la preuve documentaire d'une déposition de M. A. S. Diallo, établie le 29 octobre 2008 par deux huissiers des cours et tribunaux de Conakry, où M. Diallo déclarait : « [I]ls ne m'ont montré aucun document autorisant mon arrestation et ne m'ont pas expliqué pourquoi j'étais arrêté » ; réplique de la Guinée, annexe 1, réponse à la question 3.

<sup>17</sup> *Ibid.*, vol. II, p. 6.

<sup>18</sup> Duplique de la RDC, par. 1.22.

<sup>19</sup> *Ibid.*, par. 1.22, et CR 2010/1 du 19 avril 2010, p. 28.

<sup>20</sup> Lettre adressée au ministre guinéen des affaires étrangères à Conakry, en date du 3 février 1988. La RDC s'est référée à une lettre en date du 3 février 1988 de M. Lounceny Kouyate (CR 2010/3 du 26 avril 2010, p. 16-17), conseil à l'ambassade guinéenne à Conakry, pour étayer sa prétention selon laquelle M. A. S. Diallo et la Guinée elle-même connaissaient les accusations portées contre M. Diallo ; observations de la Guinée, *op. cit. supra* note 10, p. 17-18.

<sup>21</sup> CDH, *Adolfo Drescher Caldas c. Uruguay*, 21 juillet 1983, n° 43/1979, par. 13.2 et 14.

«en vertu du paragraphe 2 de l'article 9 du Pacte, toute personne arrêtée doit être informée dans une mesure suffisante des raisons de son arrestation afin de pouvoir prendre immédiatement des dispositions pour obtenir sa libération si elle considère que les raisons avancées sont nulles et non avenues ou mal fondées. De l'avis du Comité, il ne suffisait pas d'informer simplement Adolfo Drescher Caldas qu'il était arrêté en vertu des mesures urgentes de sécurité sans préciser en rien ce qui lui était reproché quant au fond.»

Dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, en l'absence d'informations pertinentes et précises émanant de la RDC, l'arrestation et la détention de M. A. S. Diallo en 1988 constituaient une violation du paragraphe 2 de l'article 9 du Pacte.

43. S'agissant du point suivant, à savoir les droits des personnes placées en détention et en détention préventive, il convient de rappeler que le paragraphe 3 de l'article 9 du Pacte — déjà cité — stipule que «[t]out individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré»; il est également indiqué dans cet article que «[l]a détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience ... et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement».

44. Que signifient les mots «dans le plus court délai» utilisés dans cette disposition? Le sens de cette expression n'est pas précisé dans le Pacte, ni d'ailleurs dans les dispositions correspondantes de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (paragraphe 3 de l'article 5) ou dans la convention américaine des droits de l'homme (paragraphe 5 de l'article 7), ce qui a donné lieu à une jurisprudence considérable. Cependant, le Comité des droits de l'homme, dans son observation générale n° 8 (de 1982) sur l'article 9, a souligné que ce délai ne pouvait en aucun cas dépasser «quelques jours» (par. 2)<sup>22</sup>. En ce qui concerne la manière d'interpréter la prescription selon laquelle l'intéressé doit être traduit devant un juge ou un autre responsable de la loi «autorisé par la loi à exercer le pouvoir judiciaire», on se rappellera les critères élaborés par la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Schiesser c. Suisse* (1979, en vertu du paragraphe 3 de l'article 5 de la convention (européenne) de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) pour l'interprétation de cette disposition (par. 30). Les conditions à remplir sont les suivantes :

<sup>22</sup> Voir *Fillastre et Bizouarn c. Bolivie*, n° 336/1988, et aussi, dans le même sens, *McLawrence c. Jamaïque*, n° 702/1996, et *Kurbanov c. Tadjikistan*, n° 1096/2002.

«La première d'entre elles réside dans l'indépendance à l'égard de l'exécutif ... A cela s'ajoutent ... l'obligation d'entendre personnellement l'individu traduit devant lui [et] d'examiner les circonstances qui militent pour ou contre la détention, de se prononcer ... sur l'existence de raisons la justifiant et, en leur absence, d'ordonner l'élargissement.»

45. Cette jurisprudence a été confirmée par le Comité des droits de l'homme en l'affaire *Kulomin c. Hongrie* (1996), à l'occasion de laquelle le Comité a offert les réflexions suivantes :

«[U]n élément inhérent au bon exercice du pouvoir judiciaire est qu'il doit être assuré par une autorité indépendante, objective et impartiale par rapport aux questions à traiter.»<sup>23</sup>

Dans les circonstances de l'affaire *Kulomin c. Hongrie*, le Comité n'était pas convaincu que le procureur puisse être réputé avoir l'objectivité et l'impartialité institutionnelles nécessaires pour être considéré comme un responsable autorisé à exercer le pouvoir judiciaire au sens du paragraphe 3 de l'article 9 du Pacte. Selon cette disposition, en effet, la détention préventive ne peut devenir la règle générale, doit être limitée à des raisons essentielles<sup>24</sup> et doit de toute manière être aussi courte que possible.

46. Il convient également de rappeler que selon le Pacte — ce qui n'est guère étonnant — la détention préventive est considérée comme une mesure d'exception. En l'espèce, il n'est pas contesté que M. A. S. Diallo a été traduit le 25 janvier 1988, jour de son arrestation, devant l'inspecteur judiciaire, qui l'a informé que son arrestation était liée au communiqué de presse du premier commissaire d'Etat. Cependant, la Guinée a considéré que l'inspecteur judiciaire assigné au bureau du procureur, devant lequel M. A. S. Diallo a été traduit, ne pouvait être considéré comme un responsable autorisé par la loi à exercer des fonctions judiciaires, au sens du paragraphe 3 de l'article 9 du Pacte<sup>25</sup>. La Guinée a ajouté que l'inspecteur judiciaire en question obéissait directement à un ordre du premier commissaire d'Etat<sup>26</sup>.

47. La RDC a affirmé que le Pacte ne précisait pas que l'autorité devant laquelle la personne en détention devait être déférée devait être indépendante de l'exécutif<sup>27</sup>. Cependant, la RDC n'a fourni aucun élément de preuve d'un mandat d'arrêt écrit ni d'un procès-verbal du premier interrogatoire. M. A. S. Diallo n'a pas non plus été traduit devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, conformément à l'obligation prescrite au paragraphe 3 de l'article 9 du Pacte, qui stipule que tout individu arrêté ou détenu du chef

<sup>23</sup> CDH, n° 521/1992.

<sup>24</sup> Comme le danger de suppression de preuves, de répétition d'infraction ou de fuite.

<sup>25</sup> CR 2010/1 du 19 avril 2010, par. 16-17; réplique de la Guinée, p. 13, par. 1.24.

<sup>26</sup> Réplique de la Guinée, par. 1.24.

<sup>27</sup> Duplique de la RDC, par. 1.26.



d'une infraction pénale doit être traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires. Pendant tout son séjour à la prison de Makala (du 27 janvier 1988 au 3 janvier 1989), M. A. S. Diallo n'a vu aucun juge<sup>28</sup>. Par conséquent, il semble que la RDC ait violé le paragraphe 3 de l'article 9 du Pacte.

48. Il y a lieu de se demander ensuite si la RDC a violé le droit (d'un individu arrêté ou détenu) à l'*habeas corpus* (paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte)<sup>29</sup>. Ce droit à l'examen sans délai de la légalité de la détention existe indépendamment de la légalité de la privation de liberté. Le Comité des droits de l'homme a déclaré que tout individu privé de liberté devait avoir accès à un avocat<sup>30</sup>. Dans le cas présent, aucun mandat d'arrêt n'a été présenté à M. A. S. Diallo lorsqu'il a été placé en détention et il n'a donc pas eu la possibilité d'obtenir une décision sur la légalité de sa détention. Par conséquent, la RDC a, apparemment, violé également le paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte.

49. Ainsi qu'on peut le voir d'après l'exposé qui précède, les Parties au litige — à la différence de la Cour — ont pris en compte l'article 9 du Pacte *dans son ensemble*, comme il se doit. J'ai moi aussi pris en compte l'article 9 du Pacte *dans son ensemble*, comme il se doit dans les circonstances de la présente affaire. Cependant, la Cour n'a pris en compte que les paragraphes 1 et 2 de l'article 9, étant donné que les arguments concernant les paragraphes 3 et 4 de l'article 9 concernaient les arrestations et la détention de M. A. S. Diallo en 1988-1989, que la Cour a exclues de son examen en l'espèce. Étant donné que j'ai exprimé ma dissension sur cette partie de la décision de la Cour (qui correspond au point 1 du dispositif), je considère de mon devoir d'exposer ma position sur la violation de l'article 9 du Pacte *dans son ensemble*.

#### b) *Les arrestations et la détention de 1995-1996*

50. Les Parties sont convenues que M. A. S. Diallo a été arrêté et détenu plus d'une fois à la fin de 1995 et au début de 1996, mais leur accord s'est arrêté là<sup>31</sup>. Elles étaient en désaccord sur la durée des périodes de détention (voir *infra*)<sup>32</sup>. Selon la Guinée, M. A. S. Diallo avait été placé en détention le 5 novembre 1995 et était demeuré emprisonné d'abord pendant deux mois,

<sup>28</sup> CR 2010/1 du 19 avril 2010, par. 17.

<sup>29</sup> Selon la Guinée, M. A. S. Diallo n'a pas eu la possibilité d'engager une procédure pour obtenir une décision sur la légalité de sa détention; réplique de la Guinée, p. 14. Selon la RDC, la Guinée n'a produit aucun élément de preuve indiquant que M. A. S. Diallo ait été empêché par la RDC d'engager une telle procédure; duplique de la RDC, par. 1.34.

<sup>30</sup> CDH, *Berry c. Jamaïque*, 1994, n° 330/1988, par. 11.1.

<sup>31</sup> Réplique de la Guinée, par. 1.29; contre-mémoire de la RDC, p. 11-12, par. 1.09-1.11; CR 2006/50 du 27 novembre 2006, p. 39-40, par. 89-92.

<sup>32</sup> L'ordonnance-loi congolaise du 12 septembre 1983 prévoit une limite statutaire de huit jours de détention.

avant d'être libéré le 10 janvier 1996 «par suite d'une intervention du président [zaïrois] lui-même»<sup>33</sup>. M. A. S. Diallo avait alors, selon la Guinée, été arrêté de nouveau et emprisonné pendant deux semaines encore avant d'être expulsé<sup>34</sup>. M. A. S. Diallo aurait donc été maintenu en détention pendant 75 jours au total<sup>35</sup>.

51. Rejetant ces allégations de la Guinée, la RDC a soutenu que la durée et les conditions de la détention de M. A. S. Diallo au cours de la procédure d'expulsion étaient conformes au droit zaïrois; en particulier, elle a soutenu que la durée maximale statutaire de détention de huit jours n'avait pas été dépassée. Selon la RDC, M. A. S. Diallo a été arrêté le 5 novembre 1995 et libéré deux jours plus tard<sup>36</sup>. A une date non précisée par la RDC (mais, selon les allégations, dans les huit jours précédant le 10 janvier 1996), M. A. S. Diallo a été arrêté à nouveau en vue d'être expulsé, puis libéré le 10 janvier 1996, le gouvernement n'ayant pu trouver un avion en partance de Conakry dans le délai légal de huit jours suivant sa mise en détention<sup>37</sup>. La RDC a soutenu enfin que M. A. S. Diallo était en état d'arrestation à Kinshasa le 25 janvier 1996 (six jours au moins avant d'être expulsé), mais elle n'a pas précisé depuis combien de temps<sup>38</sup>.

52. Il apparaît donc que l'Etat défendeur n'a pas fourni d'éléments de preuve de toutes ses assertions. A cet égard, les seuls faits prouvés, et non contestés par les Parties, sont le fait que M. A. S. Diallo a été *arrêté le 5 novembre 1995*<sup>39</sup> et *libéré le 10 janvier 1996*<sup>40</sup>. Cependant, la RDC n'a pas prouvé son assertion selon laquelle M. Diallo avait été libéré entre ces deux dates; elle n'a pas non plus spécifié exactement quand M. Diallo avait été incarcéré après le 10 janvier 1996, avant d'être expulsé<sup>41</sup>.

53. L'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politi-

<sup>33</sup> Mémoire de la République de Guinée (ci-après «mémoire de la Guinée»), par. 2.63.

<sup>34</sup> Réplique de la Guinée, par. 1.40.

<sup>35</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 591, par. 17; mémoire de la Guinée, par. 2.64. La Guinée s'est appuyée sur la preuve documentaire de l'organisme Avocats sans frontières (communiqué de presse) et sur un article du *Business and News* de Kinshasa. Un article paru dans le quotidien guinéen *Horoya* (édition du 6 août 1996) — faisant écho à l'hebdomadaire zaïrois *L'Ouragan* (édition du 31 janvier 1996) — a également été cité par la Guinée. Voir mémoire de la Guinée, annexes 190, 193 et 206 respectivement.

<sup>36</sup> Contre-mémoire de la RDC, par. 1.10 et annexe 7.

<sup>37</sup> *Ibid.*, par. 1.11.

<sup>38</sup> *Ibid.*, par. 1.21.

<sup>39</sup> *Ibid.*, par. 1.10 et annexe 7: billet d'écrou; on peut lire dans ce billet d'écrou ce qui suit: «Sieur Diallo est détenu à la permanence jusqu'à son expulsion du Zaïre.»

<sup>40</sup> Réplique de la Guinée, par. 1.32; mémoire de la Guinée, annexe 194.

<sup>41</sup> L'Etat défendeur a simplement donné deux indices: le premier est la mention de «quelques jours» après le 10 janvier 1996, et le second est sa propre déclaration selon laquelle, le 25 janvier 1996, M. A. S. Diallo était «toujours détenu à Kinshasa six jours avant d'être expulsé»; contre-mémoire de la RDC, p. 12, par. 1.11, et p. 16, par. 1.21.

ques parle, de façon générale, de *tout* type de privation de liberté<sup>42</sup>, qu'elle soit la conséquence d'une enquête judiciaire ou d'une décision administrative. L'article 9 du Pacte s'applique donc aux arrestations et aux détentions de M. A. S. Diallo en 1995-1996. Le paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte stipule que nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est conformément à la procédure prévue par la loi. Dans la présente affaire, la RDC n'a présenté aucune preuve que M. Diallo pouvait se soustraire aux décisions des autorités zairoises et s'enfuir. Elle n'a pas non plus produit de preuve que M. A. S. Diallo avait été libéré entre le 5 novembre 1995 et le 10 janvier 1996. Elle n'a pas davantage présenté de décision de prorogation de la détention au-delà des 48 premières heures<sup>43</sup>. Quoi qu'il en soit, les périodes d'arrestation, prises ensemble, ont dépassé la période statutaire de huit jours<sup>44</sup>.

54. En outre, la RDC n'a pas expliqué pourquoi ni s'il était «absolument nécessaire» d'incarcérer de nouveau M. A. S. Diallo le 17 janvier 1996<sup>45</sup>; elle n'a jamais démontré non plus qu'il était absolument nécessaire de prolonger la détention de M. A. S. Diallo. En conclusion, l'arrestation et la détention de M. A. S. Diallo en 1995-1996 semblent, à la lumière des faits susmentionnés, arbitraires et illégales, et donc contraires au paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, comme la Cour l'a d'ailleurs justement conclu (arrêt, par. 79).

55. Par ailleurs, en ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 9 du Pacte, M. A. S. Diallo n'a été ni informé des raisons de son arrestation ni informé dans le plus court délai des accusations portées contre lui. Il n'a même pas été informé de l'adoption du décret du 31 octobre 1995<sup>46</sup>. La RDC reconnaît elle-même qu'entre le 31 octobre 1995, date d'adoption du décret d'expulsion, et le 31 janvier 1996, date de l'expulsion effective de M. Diallo, celui-ci ignorait qu'un décret d'expulsion avait déjà été pris contre lui<sup>47</sup>. Ainsi, en n'informant pas M. A. S. Diallo des raisons de son arrestation et de sa détention en 1995-1996, la RDC a violé le paragraphe 2 de l'article 9 du Pacte, ce que la Cour a établi, à juste titre (arrêt, par. 82).

<sup>42</sup> Voir le texte reproduit au paragraphe 35 *supra*.

<sup>43</sup> Réplique de la Guinée, par. 1.46. Si M. Diallo avait été libéré le 10 janvier 1996, il aurait été arrêté le 2 janvier 1996, mais il n'y a aucune preuve qu'il ait été libéré avant le 2 janvier 1996.

<sup>44</sup> L'argumentation de la RDC est quelque peu contradictoire : elle a déclaré qu'il avait été libéré le 10 janvier 1996 parce que le gouvernement avait été incapable de trouver un avion en partance pour Conakry dans la période statutaire maximale de huit jours de détention; contre-mémoire de la RDC, par. 1.11. Cependant, le seul document produit, daté du 10 janvier 1996, indique que M. A. S. Diallo avait été libéré «pour raisons d'enquête»; mémoire de la Guinée, annexe 194. Des inexactitudes de cette nature font paraître l'argumentation de l'Etat défendeur vague et sans fondement.

<sup>45</sup> Réplique de la Guinée, par. 1.40 et annexe 1, réponse à la question 22.

<sup>46</sup> *Ibid.*, par. 1.48 et annexe 1, réponses aux questions 15, 20 et 26.

<sup>47</sup> CR 2006/52 du 29 novembre 2006, p. 19-20, par. 10.

## 2. *Le droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique*

56. Un autre droit défendu dans le cadre de cette affaire est le droit de n'être expulsé d'un Etat qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi, droit énoncé à l'article 13 du Pacte, ainsi libellé :

«Un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un Etat partie au présent Pacte ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin.»

57. Dans la présente affaire, il n'a pas été contesté que, le 31 octobre 1995, le premier ministre du Zaïre a pris un décret d'expulsion contre M. A. S. Diallo<sup>48</sup>, dont la motivation était ainsi libellée : «la présence et la conduite [de M. Diallo] ont compromis et continuent à compromettre l'ordre public zaïrois, spécialement en matière économique, financière et monétaire»<sup>49</sup>. Les Parties étaient également convenues que, le 5 novembre 1995, M. A. S. Diallo avait été placé en état d'arrestation en vue d'être expulsé. Cependant, les Parties ont contesté leurs arguments respectifs en ce qui concerne la durée et les conditions des périodes de détention<sup>50</sup> (voir *supra*), ainsi qu'en ce qui concerne les faits liés aux circonstances particulières de l'arrestation, de la détention et de l'expulsion de M. A. S. Diallo (voir *supra*).

58. La Guinée a prétendu que l'expulsion de M. A. S. Diallo était contraire à certaines règles internationales et internes encadrant le pouvoir d'expulsion, à savoir : *a*) l'Etat défendeur n'a pas respecté l'obligation de fournir les motifs de l'expulsion ; *b*) les règles juridictionnelles, formelles et procédurales ont été délibérément méconnues ; *c*) la procédure de refoulement a été intentionnellement et arbitrairement utilisée à mauvais escient pour effectuer une expulsion ; et enfin, *d*) M. A. S. Diallo n'a jamais eu la possibilité de faire valoir les raisons qui militaient contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente. Tous ces éléments indiquent que la mesure prise à l'encontre de M. Diallo était tout à fait arbitraire.

59. L'expulsion de M. A. S. Diallo s'est donc déroulée en deux étapes : premièrement, le décret d'expulsion du 31 octobre 1995 ; deuxièmement, l'avis de refoulement du 31 janvier 1996. Quant aux motifs de l'expulsion, du fait qu'ils n'ont pas été spécifiés (au sens juridique du terme), le décret

<sup>48</sup> *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II)*, p. 590-591, par. 15-16.

<sup>49</sup> Contre-mémoire de la RDC, annexe 5 (décret n° 0043 du 31 octobre 1995 portant expulsion de M. A. S. Diallo).

<sup>50</sup> Réplique de la Guinée, par. 1.31.

d'expulsion est demeuré vague. A cet égard, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a fait, en l'affaire *Amnesty International et autres c. Soudan* (1999), les constatations suivantes :

«Il ne suffit pas qu'une arrestation soit effectuée en vertu d'une disposition de la loi pour satisfaire aux exigences de l'article 6 : la loi doit respecter les normes acceptées. Ainsi, un décret permettant l'arrestation pour des raisons vagues ou sur des soupçons plutôt que sur des faits avérés n'était pas conforme à la Charte africaine [des droits de l'homme et des peuples].»<sup>51</sup>

60. Comme il a déjà été indiqué, M. A. S. Diallo n'a été informé ni des raisons de son arrestation ni des accusations portées contre lui dans le plus court délai; il n'a même pas été informé de l'adoption, le 31 octobre 1995, d'un décret d'expulsion le concernant<sup>52</sup>. Ce fait a été reconnu par la RDC<sup>53</sup>. Pour cette raison, M. A. S. Diallo n'a pu ni opposer des raisons à son expulsion ni demander l'examen de son cas par l'autorité compétente, ainsi qu'il est prévu à l'article 13 du Pacte. Le décret d'expulsion n'était donc pas conforme à cet article.

61. De plus, les Parties au litige étaient en désaccord sur la forme d'expulsion appliquée à M. A. S. Diallo. La RDC a reconnu que M. Diallo avait effectivement été expulsé et que l'avis signé par l'agent de l'immigration faisait «par inadvertance» état de «refoulement» (plutôt que d'«expulsion»). Pour sa part, la Guinée a soutenu que M. A. S. Diallo avait été victime de «refoulement»<sup>54</sup>. Il convient peut-être ici de rappeler que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dans son observation générale n° 15 de 1986 sur *La situation des étrangers* au regard du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, indiquait clairement que la garantie de l'article 13 du Pacte concernait toutes les formes de «départ obligatoire» d'étrangers, quel que soit le terme utilisé pour décrire cette situation dans le droit interne<sup>55</sup> (voir *infra*). En conséquence, même si l'article 13 utilise le terme «expulsion», il s'applique également au refoulement de M. A. S. Diallo.

62. L'article 13 du Pacte stipule que la personne victime d'expulsion doit être «autorisée à opposer des raisons à son expulsion». En outre, la

<sup>51</sup> Voir Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après CADHP), communications 48/90, 50/91, 52/91 et 89/93, par. 59.

<sup>52</sup> Réplique de la Guinée, par. 1.48 et annexe 1, réponses aux questions 15, 20 et 26.

<sup>53</sup> CR 2006/52 du 29 novembre 2006, p. 19-20, par. 10.

<sup>54</sup> La Cour a appelé l'attention sur ce fait dans son arrêt sur les exceptions préliminaires, où elle a dit que M. Diallo «était autorisé à tirer les conséquences de la qualification juridique ainsi donnée par les autorités zairoises»; *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 601, par. 46.

<sup>55</sup> Sur ce point, voir aussi : CEDH, arrêt du 5 octobre 2006, *Bolat c. Russie* (requête 14139/03), par. 79; CEDH, arrêt du 12 février 2009, *Nolan et K. c. Russie* (requête 2512/04), par. 112. Et aussi Commission du droit international (CDI), *Expulsion des étrangers* — *Etude du Secrétariat*, doc. A/CN.4/565 du 10 juillet 2006, p. 58, par. 67.

possibilité doit lui être offerte de «plaider sa cause devant les tribunaux nationaux compétents», selon la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>56</sup>. Cependant, M. A. S. Diallo n'a pas été informé dans les délais de la décision de l'expulser avant que celle-ci ne soit mise à exécution et n'a donc pu opposer aucune raison à cette expulsion<sup>57</sup>. M. A. S. Diallo aurait dû avoir la possibilité de faire examiner son cas par l'autorité compétente.

63. Dans l'importante affaire *Hammel c. Madagascar* (1987)<sup>58</sup>, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a débouté l'Etat défendeur parce que la personne expulsée n'avait été ni «accusée ni produite devant un magistrat» et parce qu'«elle n'avait pas eu la possibilité de contester le décret d'expulsion avant son expulsion» (par. 18.2). Le Comité a ajouté que la victime «n'avait pas obtenu de recours utile pour contester son expulsion» et que l'Etat concerné n'avait pas démontré qu'il existait «des raisons impérieuses de sécurité nationale» pour lui refuser ce recours (par. 19.2).

64. Dans ses constatations sur l'affaire *Hammel c. Madagascar* (1987), le Comité des droits de l'homme a également pris en compte son observation générale n° 15 (27) sur la situation des étrangers au regard du Pacte, et a signalé en particulier ce qui suit :

«L'étranger doit recevoir tous les moyens d'exercer son recours contre l'expulsion, de manière à être en toutes circonstances à même d'exercer effectivement son droit.» (Par. 19.2.)

Dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, la victime n'a pas non plus bénéficié du droit d'accès à la justice (y compris à l'assistance juridique) au titre de l'article 13 du Pacte. La Cour a jugé à juste titre que l'article 13 du Pacte avait été enfreint à raison des circonstances qui avaient entouré l'expulsion de M. A. S. Diallo (par. 74).

### 3. *Le droit de ne pas être soumis à de mauvais traitements*

65. Deux autres dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies sont pertinentes pour l'examen de la présente affaire; il s'agit des articles 7 et 10 du Pacte. L'article 7 se lit comme suit :

«Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique.»

<sup>56</sup> Voir CADHP, *Union interafricaine des droits de l'homme et autres c. Angola*, n° 159/96, 11 novembre 1997, par. 20.

<sup>57</sup> Voir aussi, à ce sujet, CADHP, *Amnesty International c. Zambie*, n° 212/98, 5 mai 1999, fin du paragraphe 41.

<sup>58</sup> Communication n° 155/83, constatations du Comité des droits de l'homme, 3 avril 1987, doc. CCPR/C/29/D/155/1983, p. 1-9.

De plus, le paragraphe 1 de l'article 10 du Pacte dispose ce qui suit :

« Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine. »

66. A cet égard, le Comité des droits de l'homme a souligné en 2001, dans son observation générale n° 29 (sur *Les dérogations au Pacte en période d'état d'urgence*), que l'article 10 du Pacte

« exprime ici une norme du droit international général, ne souffrant aucune dérogation, opinion étayée par la mention de la dignité inhérente à l'être humain faite dans le préambule du Pacte et par le lien étroit entre l'article 7 et l'article 10 »<sup>59</sup> (par. 13, al. a)).

67. Dans son mémoire<sup>60</sup>, la Guinée a prétendu que M. A. S. Diallo avait été victime de mauvais traitements au cours de son incarcération et de son expulsion. A ce sujet, la Guinée a affirmé que, en mettant à exécution le décret d'expulsion, les autorités d'application de la loi avaient, le 5 novembre 1995, emmené M. A. S. Diallo et l'avaient secrètement placé en détention dans une cellule du service d'immigration, sans aucune forme de processus judiciaire ni même d'examen, et qu'il était demeuré incarcéré à cet endroit sans recevoir aucune visite de ses avocats ou de fonctionnaires de l'ambassade de la Guinée jusqu'au 10 janvier 1996, c'est-à-dire pendant 65 jours.

68. D'après les allégations, M. Diallo aurait été incarcéré dans des conditions très dures et n'aurait pas été nourri par les autorités congolaises. En particulier, la Guinée a soutenu que, « [p]endant les quatre premiers jours de [sa] détention, [il était] gardé au secret dans une cellule infestée de moustiques, en permanence sous une lumière très vive, et ... privé de nourriture »<sup>61</sup>. La détention dans une cellule, dans de telles conditions, est tout à fait incompatible avec l'article 10 du Pacte, aux termes duquel « [t]oute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine »<sup>62</sup>.

69. La Guinée a affirmé en outre que les arrestations et l'expulsion de M. A. S. Diallo étaient contraires aux normes minimales de protection qui doivent être respectées à l'égard des étrangers<sup>63</sup>. De plus, la Guinée a prétendu qu'un tel traitement violait ces normes minimales et, en parti-

<sup>59</sup> Dans la même observation générale n° 29, le Comité ajoute que les Etats ne pouvaient « en aucune circonstance » invoquer l'article 4 (à l'égard de dérogations) « pour justifier des actes attentatoires au droit humanitaire ou aux normes impératives du droit international » ; par. 11.

<sup>60</sup> Mémoire de la Guinée, p. 30-31 et 51 et suiv.

<sup>61</sup> Réplique de la Guinée, annexe 1, p. 6-7.

<sup>62</sup> CR 2010/5 du 28 avril 2010, par. 23.

<sup>63</sup> Réplique de la Guinée, par. 1.55.

culier, les règles minima pour le traitement des détenus adoptées par l'ECOSOC en 1955<sup>64</sup>, dont la valeur a été réaffirmée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies en 1990<sup>65</sup>.

70. La RDC, rejetant ces prétentions, a affirmé que M. Diallo avait été gardé dans des locaux bien aménagés par lesquels passaient tous les étrangers frappés d'expulsion et qu'aucun élément de preuve du contraire n'avait été produit<sup>66</sup>. Elle a ajouté que l'ambassadeur guinéen à Kinshasa, qui suivait de très près l'affaire concernant M. Diallo, ne s'était jamais plaint que le ressortissant de son pays avait été soumis à des conditions inhumaines.

71. Selon la RDC, à supposer même que la Guinée ait présenté à la Cour des éléments de preuve attestant que M. A. S. Diallo avait été gardé au secret dans une cellule infestée de moustiques éclairée en permanence par une ampoule très brillante et qu'il avait été privé de nourriture — ce que la Guinée n'a pas fait —, un tel traitement ne serait pas automatiquement assimilable à une violation de l'article 10 du Pacte. La RDC a conclu que la Guinée n'avait pas prouvé les conséquences du traitement prétendument inhumain (effets physiques ou mentaux des conditions d'incarcération de M. Diallo) et qu'il n'y avait donc pas eu violation du paragraphe 1 de l'article 10 du Pacte.

72. Dans son arrêt, la Cour estime «qu'il n'a pas été démontré que M. Diallo ait été soumis à des traitements prohibés par l'article 10, paragraphe 1, du Pacte» (par. 89). La majorité de la Cour a donc rejeté les conclusions de la Guinée à cet égard (point 5 du dispositif). A la différence des conclusions précédentes de la Cour concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (*supra*), je regrette de ne pouvoir suivre la majorité de la Cour sur ce point.

73. Il n'en demeure pas moins qu'il n'a pas été démontré que le paragraphe 1 de l'article 10 ait été respecté non plus. La majorité de la Cour semble avoir pris une décision quelque peu hâtive sur ce point, en accordant une présomption favorable à l'Etat défendeur. Dans les affaires de ce genre relatives aux droits de l'homme, la présomption est accordée à la partie manifestement la plus faible, l'individu, la victime alléguée. Dans les circonstances de la présente affaire, la charge de la preuve ne saurait être imposée à l'Etat demandeur; c'est l'Etat défendeur qui connaît — ou est censé connaître — les conditions de détention, et c'est donc sur lui que repose la charge de la preuve.

74. Après tout, c'est l'Etat d'accueil (de résidence) plutôt que l'Etat

<sup>64</sup> Voir *Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus*, adopté par le premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Genève en 1955 et approuvé par l'ECOSOC dans ses résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977, en particulier les principes 20, 22-26 et 87.

<sup>65</sup> Nations Unies, résolution 45/111 de l'Assemblée générale du 14 décembre 1990, *Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus*.

<sup>66</sup> Contre-mémoire de la RDC, par. 1.12-1.13 et 1.32-1.33.



d'envoi (de nationalité) qui est censé savoir ce qui se passe dans ses propres prisons, et comment les détenus sous sa charge y sont traités. Les conditions de vie, ou de survie, dans les prisons du monde — sur tous les continents, sous toutes les latitudes — sont une source de préoccupation qui transcende depuis fort longtemps la pensée juridique. Dès la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, un écrivain universel, F. M. Dostoïevski, faisait observer à juste titre, dans ses *Souvenirs de la maison des morts* (1862), écrits d'après son expérience personnelle, que l'on ne connaissait le degré de civilisation d'une société humaine qu'en visitant ses prisons. Cette phrase demeure vraie encore aujourd'hui, partout dans le monde.

4. *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière*

75. Un autre droit défendu et protégé dans le cadre de la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo* est le droit de l'individu d'être informé sur l'assistance consulaire, énoncé à l'article 36, paragraphe 1, alinéa b), de la convention de Vienne sur les relations consulaires, ainsi libellé :

« Si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mise en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise sans retard par lesdites autorités. Celles-ci doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa. »

76. La Guinée a prétendu que M. A. S. Diallo n'avait pas été informé de son droit au titre de l'article 36, paragraphe 1, alinéa b), de la convention de Vienne, que ce soit en 1988 ou en 1995-1996. La RDC s'est bornée à affirmer que différents documents prouvaient que le cas de M. A. S. Diallo « était connu non seulement du consulat guinéen à Kinshasa, mais également du président de la République et du ministre des affaires étrangères de la Guinée »<sup>67</sup>. La Cour a dit à plusieurs reprises que l'article 36, paragraphe 1, alinéa b), de la convention de Vienne de 1963 exigeait que les autorités compétentes d'un Etat partie informent sans délai un ressortissant d'un autre Etat partie arrêté ou détenu par ses autorités de son droit à l'assistance consulaire garanti par cet article (les trois affaires *Breard*, *LaGrand* et *Avena*).

77. A cet égard, pour préciser la nature juridique et le contenu du droit en question, j'ai jugé bon, à la fin de l'audience de la Cour du 26 avril 2010, de poser aux deux Parties au litige la question suivante<sup>68</sup> :

<sup>67</sup> Contre-mémoire de la RDC, p. 16, par. 1.22.

<sup>68</sup> A laquelle la Cour fait référence au paragraphe 11 de son présent arrêt.

«A votre avis, est-ce que les dispositions de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 s'épuisent dans les relations entre l'Etat d'envoi ou de nationalité et l'Etat de résidence? Est-ce que M. Diallo lui-même a été informé, aussitôt après sa détention, sur l'assistance consulaire? Qui est le sujet du droit à l'information sur l'assistance consulaire? L'Etat d'envoi ou bien de nationalité ou l'individu?»<sup>69</sup>

78. Dans sa réponse écrite à ma question, remise au greffe de la Cour le 27 avril 2010, l'Etat défendeur a soutenu ce qui suit: *a*) l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne de 1963 crée un «droit individuel» (arrêt de la Cour en l'affaire *LaGrand*, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 494, par. 77) qui est cependant inextricablement lié au droit de l'Etat d'envoi de communiquer avec ses nationaux par l'intermédiaire de ses agents consulaires; *b*) bien qu'il s'agisse d'un droit individuel, ce droit demeure étroitement lié aux droits de l'Etat lui-même; *c*) il s'agit de droits interdépendants (arrêt de la Cour en l'affaire *Avena*, *C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 35-36, par. 40), touchant la relation entre l'individu et les Etats d'envoi et de résidence; *d*) la Guinée connaissait la situation de M. Diallo et le but du droit à l'information sur l'assistance consulaire a donc été atteint; *e*) si ce droit n'a pas été violé à l'égard de l'Etat d'envoi, il ne peut l'avoir été à l'égard de son national; *f*) M. Diallo avait été informé «verbalement» par la RDC, peu après sa mise en détention, de la «possibilité de demander l'assistance consulaire de son Etat»; et *g*) l'individu et son Etat d'envoi (ou de nationalité) sont titulaires du droit à l'information d'une manière interdépendante<sup>70</sup>.

79. Quoi qu'il en soit, la RDC n'a produit aucun élément de preuve pour étayer son assertion selon laquelle M. A. S. Diallo avait rapidement été informé «verbalement», peu après sa mise en détention, de la possibilité qui lui était offerte de compter sur l'assistance consulaire de la Guinée. La RDC n'a pas effectivement prouvé qu'elle avait dûment informé M. A. S. Diallo lui-même, sans retard, de son droit aux termes de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne de 1963, ce qui engageait sa responsabilité internationale à cet égard.

80. De son côté, la Guinée, dans sa réponse à ma question, a déclaré, au cours de sa plaidoirie du 28 avril 2010, ce qui suit: *a*) l'Etat de résidence a le devoir d'informer l'individu concerné de son droit à l'assistance consulaire; *b*) le droit à l'information appartient à l'individu, ainsi qu'il est indiqué dans la dernière partie de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963; *c*) il existe une certaine interdépendance entre le droit individuel et les droits de l'Etat (arrêt de la Cour en l'affaire *Avena*, 2004, par. 40), mais, aux termes de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), les derniers sont subordonnés au premier; *d*) il n'est pas suffisant qu'un Etat informe

<sup>69</sup> CR 2010/3 du 26 avril 2010, p. 37, par. 73.

<sup>70</sup> CR 2010/5 du 28 avril 2010, p. 1-2.

l'autre et, en l'espèce, M. Diallo n'a pas été informé (par l'Etat de résidence) sur l'assistance consulaire, ni peu après sa mise en détention ni plus tard; *e*) l'assertion de la RDC à cet égard n'a été accompagnée d'aucune preuve et le fait est que M. Diallo n'a pas été informé de ses droits; et *f*) même si l'Etat d'envoi (de nationalité) prend connaissance de la situation par d'autres moyens, un fait internationalement illicite est commis par l'Etat de résidence<sup>71</sup>.

81. Il y a lieu de rappeler à cet égard que, même avant les *obiter dicta* susmentionnés de la Cour dans les affaires *LaGrand* (2001) et *Avena* (2004), c'est la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui a été la première à préciser le droit de l'individu à l'information sur l'assistance consulaire, dans son avis consultatif novateur n° 16 du 1<sup>er</sup> octobre 1999, intitulé *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière*. Ce droit a été expressément invoqué par les parties au litige et utilisé comme base principalement par les Etats plaignants dans les affaires *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis)* et *Avena (Mexique c. Etats-Unis)* dont la Cour a connu, comme nous le verrons plus loin (sect. VIII, *infra*) dans la présente opinion individuelle.

#### IV. L'HERMÉNEUTIQUE DES TRAITÉS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME

82. L'invocation, par les parties s'opposant devant la CIJ, de traités relatifs aux droits de l'homme comme le Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques de 1996 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 et la défense de certains droits protégés par ces instruments — outre les droits protégés par l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 dans l'univers conceptuel des droits de l'homme — mettent en lumière la question de l'interprétation appropriée des traités relatifs aux droits de l'homme. Ces traités débordent le domaine des relations purement interétatiques. En matière d'interprétation des traités, on est enclin à recourir en premier lieu aux dispositions générales des articles 31 à 33 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités (1969 et 1986 respectivement) et en particulier aux éléments de l'article 31 concernant le sens ordinaire des termes, le contexte et l'objet et le but des traités visés.

83. Ce faisant, l'on ne tarde pas à constater que dans la pratique, alors que le droit international traditionnel tend de façon marquée vers une interprétation assez restrictive qui vise à préciser le plus possible les obligations des Etats parties, le droit international des droits de l'homme, en revanche, met nettement l'accent sur l'objet et le but du traité pour garantir une protection effective (*effet utile*) des droits garantis, sans pour autant s'écarter de la règle générale énoncée à l'article 31 des deux

<sup>71</sup> CR 2010/5 du 28 avril 2010, p. 9-13.

conventions de Vienne sur le droit des traités. En réalité, bien qu'en droit international général les éléments d'interprétation des traités aient été principalement élaborés en vue de servir d'orientations pour l'interprétation des traités par les Etats parties, les dispositions des traités relatifs aux droits de l'homme exigent une interprétation essentiellement *objective* des obligations souscrites par les Etats parties: ces obligations ont pour but de protéger les droits de l'homme et non d'établir les droits subjectifs et réciproques des Etats parties.

84. C'est ce qui explique l'accent particulier qui a été mis sur l'objet et le but des traités relatifs aux droits de l'homme, dont la jurisprudence constante des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme a donné un témoignage éloquent au cours des deux dernières décennies. L'interprétation et l'application des traités relatifs aux droits de l'homme ont été effectivement guidées par des considérations liées à l'intérêt général supérieur ou à l'ordre public, qui transcendent les intérêts individuels des Etats contractants. Comme l'indique la jurisprudence constante des deux tribunaux internationaux des droits de l'homme déjà mentionnés, ces traités se distinguent des traités du type classique qui intègrent des concessions et des compromis restrictifs réciproques; les traités des droits de l'homme prescrivent au contraire des obligations d'un caractère essentiellement objectif, mises en œuvre collectivement, et sont dotés de mécanismes de suivi propres. La riche jurisprudence relative aux méthodes d'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme a renforcé la protection de la personne humaine au plan international et enrichi le droit international sous l'influence du droit international des droits de l'homme.

85. La jurisprudence convergente dans ce domaine a fait naître, dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, l'idée commune que les traités relatifs aux droits de l'homme sont empreints d'un caractère spécial (par comparaison avec les traités multilatéraux du type traditionnel); ces traités sont de caractère normatif et leurs termes doivent être interprétés de façon autonome; leur application doit viser à ce que soient effectivement protégés (*effet utile*) les droits garantis; et les restrictions permises (limitations et dérogations) de l'exercice des droits garantis doivent être interprétées de façon restrictive. Le travail des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme (auxquelles s'est jointe récemment la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples) a effectivement contribué à la création d'un ordre public international fondé sur le respect des droits de l'homme en toutes circonstances<sup>72</sup>; il a établi des limites au volontarisme excessif des Etats et nourri la vision des

---

<sup>72</sup> A. A. Cançado Trindade, «Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme» (discours du président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme), dans *Cour européenne des droits de l'homme — Rapport annuel 2003*, Strasbourg, CEDH, 2004, p. 41-50.

relations entre les pouvoirs publics et la personne humaine selon laquelle l'Etat existe pour la personne humaine et non l'inverse.

86. De plus, les travaux de ces cours ont fait avancer l'interprétation *autonome* des dispositions des traités relatifs aux droits de l'homme par rapport aux systèmes juridiques internes des Etats. Cette signification autonome des termes des traités relatifs aux droits de l'homme (distincte de leur sens, par exemple dans le droit interne) a aussi été affirmée par le Comité des droits de l'homme, par exemple au titre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies dans ses constatations en l'affaire *Van Duzen c. Canada* (en 1982). En outre, les Cours européenne<sup>73</sup> et interaméricaine<sup>74</sup> ont adopté une interprétation dynamique ou *évolutive* de leurs conventions relatives aux droits de l'homme (la dimension temporelle) pour faire face aux besoins changeants en matière de protection de la personne humaine.

87. Ainsi, dans son avis consultatif novateur n° 16 sur *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière* (1999), qui a inspiré la jurisprudence internationale *in statu nascendi* sur la question, la Cour interaméricaine a précisé que, dans son interprétation des normes de la convention américaine des droits de l'homme, elle devait élargir la protection à de nouvelles situations (comme celle concernant l'observation du droit à l'information sur l'assistance consulaire) sur la base des droits préexistants. La Cour a réaffirmé ce point de vue dans son visionnaire avis consultatif n° 18 sur *La situation juridique et les droits des migrants sans papiers* (2003).

88. La Cour européenne des droits de l'homme, elle aussi, s'est prononcée à de nombreuses occasions en ce sens<sup>75</sup>; en l'affaire *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires, 1995), par exemple, la Cour européenne a expressément écarté les restrictions indues qui non seulement «affaibliraient sérieusement» l'exercice de ses fonctions, mais «diminueraient également l'efficacité de la convention en tant qu'instrument

<sup>73</sup> Voir par exemple *Tyrer c. Royaume-Uni* (1978), *Airey c. Irlande* (1979), *Marckx c. Belgique* (1979), *Dudgeon c. Royaume-Uni* (1981), entre autres.

<sup>74</sup> Voir en ce sens les *obiter dicta* dans : CIDH, avis consultatif OC-16/99, *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière) du 1<sup>er</sup> octobre 1999, par. 114-115, et l'opinion concordante du juge A. A. Cançado Trindade, par. 9-11 ; CIDH, « *Street Children* » (*Villagrán Morales et autres c. Guatemala*), arrêt du 19 novembre 1999 (fond), par. 193-194 ; CIDH, *Cantoral Benavides c. Pérou*, arrêt du 18 août 2000 (fond), par. 99 et 102-103 ; CIDH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, arrêt du 25 novembre 2000 (fond), opinion individuelle du juge A. A. Cançado Trindade, par. 34-38 ; CIDH, *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, arrêt du 31 août 2001 (fond et réparations), par. 148-149 ; CIDH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, arrêt du 22 février 2002 (réparations), opinion individuelle du juge A. A. Cançado Trindade, par. 3.

<sup>75</sup> Par exemple, dans ses arrêts *Wemhoff c. République fédérale d'Allemagne* (1968), *Belgian Linguistic* (1968), *Golder c. Royaume-Uni* (1975), *Irlande c. Royaume-Uni* (1978) et *Soering c. Royaume-Uni* (1989), entre autres.

constitutionnel de l'ordre public européen»<sup>76</sup>. Il existe donc une jurisprudence convergente des Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme — et d'ailleurs d'autres organes internationaux de surveillance des droits de l'homme — sur la question fondamentale de la bonne interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme, qui découle naturellement de l'identité déterminante de l'objet et du but de ces traités.

89. Le droit international général lui-même témoigne du principe (subsumé dans la règle générale d'interprétation de l'article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités) selon lequel l'interprétation vise à donner à un traité les effets appropriés. Dans le domaine de protection qui nous occupe, le droit international a été utilisé pour améliorer et renforcer — et jamais pour affaiblir ou miner — les garanties des droits de l'homme reconnues<sup>77</sup> (selon le *principe pro persona humana, pro victima*). La spécificité du droit international des droits de l'homme trouve son expression non seulement dans l'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme en général, mais également dans l'interprétation de dispositions spécifiques de ces traités<sup>78</sup>.

90. Tant la Cour européenne que la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont, à juste titre, établi des limites au volontarisme des Etats, préservé l'intégrité des conventions relatives aux droits de l'homme relevant de leurs domaines respectifs et la primauté des considérations d'ordre public sur la «volonté» des Etats, fixé des normes supérieures de comportement des Etats, freiné dans une certaine mesure l'imposition de restrictions indues par les Etats et renforcé de façon rassurante la situation de l'individu en tant que sujet du droit international des droits de l'homme, doté de la pleine capacité procédurale. En ce qui concerne la base de leur juridiction en matière contentieuse, on peut trouver des illus-

<sup>76</sup> CEDH, *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 23 mars 1995 (exceptions préliminaires), par. 75.

<sup>77</sup> A. A. Cançado Trindade, «Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels)» (Coexistence et coordination des mécanismes internationaux de protection des droits de l'homme (aux plans mondial et régional)), *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 202 (1987), p. 401.

<sup>78</sup> Des illustrations pertinentes peuvent être trouvées par exemple dans les dispositions contenant des renvois au droit international général. Tel est le cas, par exemple, de la nécessité d'épuiser les recours internes comme condition d'admissibilité des plaintes ou des communications présentées au titre des traités relatifs aux droits de l'homme; la règle des recours internes témoigne de l'interaction entre le droit international et le droit interne dans le présent domaine de protection, qui est fondamentalement *orienté vers la victime*, axé sur *les droits de l'être humain plutôt que des Etats*. Les principes ou les règles de droit international généralement reconnus — auxquels fait référence la formulation de la règle des recours internes figurant dans les traités relatifs aux droits de l'homme —, outre qu'ils suivent une évolution propre dans le contexte distinct où ils s'appliquent, subissent nécessairement, lorsqu'ils sont insérés dans des traités relatifs aux droits de l'homme, certains ajustements ou adaptations, dictés par le caractère spécial de l'objet et du but de ces traités et par la spécificité largement reconnue du droit international des droits de l'homme. Voir A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, 1983, p. 1-443.

trations éloquentes de leurs prises de position fermes en faveur de l'intégrité des mécanismes de protection des deux conventions régionales<sup>79</sup>.

91. Les deux tribunaux internationaux des droits de l'homme, en résolvant correctement les questions de procédure fondamentales soulevées dans les cas susmentionnés, ont utilisé à bon escient les techniques du droit international public pour renforcer leurs juridictions respectives en matière de protection de la personne humaine. Ils ont préservé de façon décisive l'intégrité des mécanismes de protection inscrits dans les conventions américaine et européenne des droits de l'homme, porteuses de l'émancipation juridique de la personne humaine vis-à-vis de son propre Etat. Ces tribunaux ont, en outre, bâti une jurisprudence remarquable sur le droit d'accès à la justice (et le droit à réparation) au niveau international.

92. En ce qui concerne le droit positif, la contribution des cours internationales des droits de l'homme est illustrée par de nombreux exemples de leurs jurisprudences respectives concernant les droits protégés au titre des deux conventions régionales. La Cour européenne a, par exemple, une jurisprudence vaste et remarquable sur le droit à la protection de la liberté et à la sécurité de la personne (article 5 de la convention européenne) et sur le droit à un procès équitable (article 6). La Cour interaméricaine a pour sa part une jurisprudence importante sur le droit fondamental à la vie, qui comprend également les conditions de vie, par exemple sa décision en l'affaire paradigmatique de ce que l'on a appelé les « *Enfants des rues* » (*Villagrán Morales et autres c. Guatemala*, fond, 1999); cette Cour a également une riche jurisprudence sur les différentes formes de réparation.

## V. LE PRINCIPE D'HUMANITÉ AU SENS LARGE

93. Les considérations qui précèdent sur l'herméneutique des traités des droits de l'homme m'amènent maintenant à examiner le principe d'humanité au sens large. Quand on parle du principe d'humanité, on a tendance à l'examiner dans le cadre du droit international humanitaire. Ainsi, par exemple, il ne fait pas de doute que, dans ce cadre, les civils et les personnes hors de combat doivent être traités avec humanité. Le principe du traitement humain des civils et des personnes hors de combat est énoncé dans les conventions de Genève de 1949 sur le droit international humanitaire (article commun 3 et articles 12 1), 13 5) et 27 1)) et leurs protocoles additionnels I (article 75 1)) et II (article 4 1)). De plus, ce principe est généralement considéré comme un principe du droit international humanitaire coutumier.

<sup>79</sup> Par exemple, les décisions de la Cour européenne *Belilos c. Suisse* (1988), *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires, 1995) et *I. Ilascu, A. Lesco, A. Ivantoc et T. Petrov-Popa c. Moldova et Fédération de Russie* (2001), ainsi que les décisions de la Cour interaméricaine dans les affaires *Constitutional Tribunal et Ivcher Bronstein c. Pérou* (compétence, 1999), *Hilaire, Constantine et Benjamin et autres c. Trinité-et-Tobago* (exception préliminaire, 2001) et *Barrios Altos c. Pérou* (fond, 2001).

94. Selon moi, le principe d'humanité revêt une dimension encore plus large: il s'applique dans les circonstances les plus différentes, tant en temps de conflit armé qu'en temps de paix, dans les relations entre les pouvoirs publics et toutes les personnes relevant de la juridiction de l'Etat concerné. Ce principe a une incidence notoire lorsque ces personnes se trouvent dans une situation de vulnérabilité, ou même *sans défense*, ainsi qu'on le voit dans les dispositions pertinentes des traités intégrant le droit international des droits de l'homme. Par exemple, au niveau des Nations Unies, l'article 17, paragraphe 1, de la convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990 stipule ce qui suit:

«Les travailleurs migrants et les membres de leur famille qui sont privés de leur liberté sont traités avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine et de leur identité culturelle.»

95. De même, l'alinéa *c*) de l'article 37 de la convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant de 1989 précise que les Etats parties doivent veiller à ce que «[t]out enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge». On trouve des dispositions semblables dans les traités régionaux relatifs aux droits de l'homme.

96. Pour ne citer que quelques exemples, la convention américaine des droits de l'homme de 1969, dans son article 5 traitant du droit à un traitement humain, prescrit notamment que «toute personne privée de liberté doit être traitée avec respect en raison de la dignité inhérente à la personne humaine» (par. 2). De même, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 dispose entre autres que «[t]out individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique» (art. 5).

97. Le paragraphe 2 de l'article II de la convention de 1969 de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique dispose pour sa part que «[l]'octroi du droit d'asile aux réfugiés constitue un acte pacifique et humanitaire». Et les exemples pourraient être multipliés. Le point que je tiens à souligner ici est que le principe d'humanité imprègne tout le *corpus juris* de la protection internationale des droits de la personne humaine (qui englobe le droit international humanitaire, le droit international des droits de l'homme et le droit international sur les réfugiés), aux plans mondial (Nations Unies) et régional.

98. S'agissant de la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo* en particulier, il convient de noter que le principe d'humanité sous-tend l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies, qui protège l'intégrité de la personne contre les mauvais traitements, ainsi que l'article 10 du Pacte (concernant les personnes détenues), qui commence par une déclaration selon laquelle «Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhé-



rente à la personne humaine.» (Par. 1.) Le Pacte énonce non seulement une obligation négative de ne pas soumettre l'individu à de mauvais traitements (art. 7), mais aussi l'obligation positive de garantir que la personne détenue sous la garde de l'Etat est traitée avec humanité et avec le respect qui lui est dû en raison de la dignité inhérente à la personne humaine.

99. Le principe d'humanité est en réalité celui qui sous-tend les deux observations générales, n° 9 (1982, par. 3) et n° 21 (1992, par. 4), sur l'article 10 du Pacte (traitement humain des personnes privées de liberté). Le principe d'humanité, habituellement invoqué dans le domaine du droit international humanitaire, s'étend donc également au droit international des droits de l'homme. Et, comme le Comité l'a correctement déclaré dans son observation générale n° 31 (2004), «les deux domaines du droit sont complémentaires et ne s'excluent pas l'un l'autre» (par. 11).

100. Le principe d'humanité a été reconnu par les tribunaux. Je n'ai pas l'intention ici, dans le cadre d'une opinion individuelle en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, de passer en revue la jurisprudence internationale à cet effet, l'ayant déjà fait ailleurs<sup>80</sup>. Qu'il suffise de rappeler une seule illustration tirée de ma propre expérience. La jurisprudence constante de la Cour interaméricaine des droits de l'homme signale à juste titre que le principe d'humanité, qui est à l'origine du droit d'être traité avec humanité (article 5 de la convention américaine des droits de l'homme), s'applique avec encore plus de force lorsqu'une personne est détenue illégalement et maintenue dans une «*situation exacerbée de vulnérabilité*» (arrêts *Maritza Urrutia c. Guatemala*, du 27 novembre 2003, par. 87; *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, du 7 juin 2003, par. 96; *Cantoral Benavides c. Pérou*, du 18 août 2000, par. 90; et *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, du 25 novembre 2000, par. 150).

101. Dans mon opinion individuelle figurant dans l'arrêt sur l'affaire relative au *Massacre de Plan de Sánchez* (du 29 avril 2004) concernant le Guatemala, j'ai consacré une section entière de mon exposé (III, par. 9-23) à la reconnaissance judiciaire du principe d'humanité dans la jurisprudence récente de cette cour et dans celle du Tribunal pénal international *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie. De plus, j'ai exprimé dans cette opinion l'idée que le principe d'humanité, qui sert d'orientation au traitement accordé à l'autre (*el trato humano*), «englobe toutes les formes de comportement humain et la totalité de la condition vulnérable de l'existence humaine» (par. 9).

102. Le droit international est loin d'être insensible à ces considérations et le principe en cause s'applique en toutes circonstances dans le but de proscrire les traitements inhumains pour l'ensemble de l'humanité, de

<sup>80</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, «Le déracinement et la protection des migrants dans le droit international des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Bruxelles, vol. 19 (2008), p. 289-328, en particulier p. 295 et 308-316.

garantir la protection de tous, y compris ceux qui sont en situation de grande vulnérabilité (par. 17-20). L'*humanité* doit imprégner le comportement humain en toutes circonstances, en temps de paix comme en temps de troubles et de conflit armé.

103. Le principe d'humanité imprègne tout le *corpus juris* de protection de la personne humaine, ce qui illustre la proximité ou la convergence entre ses différentes branches distinctes et complémentaires (droit international humanitaire, droit international des droits de l'homme et droit international sur les réfugiés), au plan herméneutique, et il est également manifeste au niveau normatif et opérationnel. Par fidélité à ma propre conception, j'ai également jugé utile de développer, au sein de la présente Cour, quelques réflexions sur la base du principe d'humanité *lato sensu* dans mon opinion dissidente<sup>81</sup> en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* (mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 165), ainsi que dans mon opinion dissidente<sup>82</sup> en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)* (demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 329).

104. De même, dans l'avis consultatif récemment rendu par la Cour sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 403), j'ai consacré expressément toute une section (XIII, 4) de mon opinion individuelle au «principe fondamental d'humanité» (par. 196-211) dans le cadre du droit des nations<sup>83</sup> lui-même. J'ai jugé bon de rappeler que les «pères fondateurs» du droit international (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) préconisaient un *jus gentium* inspiré du principe d'humanité au sens large (par. 73-74).

105. Il convient peut-être de noter ici que le principe d'humanité concorde avec la réflexion sur le droit naturel. Il sous-tend la réflexion classique sur le traitement humain et le maintien de relations sociales, y compris au plan international. L'humanité est devenue encore plus prééminente en ce qui concerne le traitement des personnes vulnérables, ou même sans défense, comme celles qui sont privées de liberté pour quelque raison que ce soit.

106. Le *jus gentium*, lorsqu'il a commencé à correspondre au droit des nations, en est venu à être conçu par ses «pères fondateurs» comme régissant la communauté internationale constituée par les êtres humains organisés socialement dans les Etats (qui émergeaient alors) et recouvrant l'ensemble de l'humanité, devenant ainsi le droit *nécessaire* de la *societas gentium*. Ce droit avait préséance sur la volonté des Etats individuels,

<sup>81</sup> Par. 24-25 et 61.

<sup>82</sup> Par. 116, 118, 125, 136-139 et 179.

<sup>83</sup> Voir également par. 66-67, 74-76, 96, 176, 185 et 239-240.

tenus de respecter la personne humaine dans l'intérêt du bien commun<sup>84</sup>. Le précieux legs du droit naturel, qui évoque un droit fondé dans la raison humaine juste (*recta ratio*), ne s'est jamais évanoui, et il convient de le souligner sans cesse, particulièrement face à l'indifférence et au pragmatisme des droit-d'étatistes «stratégiques», si nombreux dans la profession juridique de nos jours.

## VI. L'INTERDICTION DE L'ARBITRAIRE DANS LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

107. Dans l'examen de la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, il est d'une importance cruciale de bien comprendre l'interdiction de l'*arbitraire* dans le cadre du droit international des droits de l'homme. A cette fin, j'examinerai maintenant la notion d'*arbitraire*, la position du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi que la jurisprudence des Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme sur cette question. Je présenterai enfin mon appréciation générale de cette question centrale.

### 1. La notion d'*arbitraire*

108. L'adjectif «arbitraire», qui vient du latin *arbitrarius*, signifiait à l'origine ce qui dépend de l'autorité ou de la volonté de l'arbitre, d'une autorité légalement reconnue. Avec le temps, cependant, ce terme a graduellement acquis une connotation différente; dès le milieu du XVII<sup>e</sup> siècle, il désignait ce qui était en apparence incontrôlé (arbitraire) dans l'exercice de la volonté, et était assimilé au caprice ou au despotisme. C'est ainsi que le qualificatif «arbitraire» en est venu à qualifier les décisions fondées sur la simple préférence ou le préjugé, réfractaires à tout critère de prévisibilité et découlant du pur *libre arbitre* de l'autorité, plutôt que d'être fondées sur la *raison*, sur la notion de règle de droit dans les sociétés démocratiques, sur le critère de raisonnable, sur les impératifs de la justice et sur le principe fondamental d'égalité et de non-discrimination.

109. Etant donné que les traités et les instruments relatifs aux droits de l'homme constituent un *droit de protection* dont le but est de protéger la partie manifestement la plus faible, la victime, il n'est pas du tout étonnant que l'interdiction de l'*arbitraire* (au sens moderne et contemporain) englobe l'arrestation et la détention ainsi que les autres actes des pouvoirs publics comme l'expulsion. Compte tenu de l'herméneutique des traités des droits de l'homme exposée plus haut, il serait tout à fait injustifié d'interpréter ces dispositions des traités de manière purement exégétique ou littérale (voir *infra*).

<sup>84</sup> A. A. Cançado Trindade, *A Humanização de Direito Internacional*, Belo Horizonte (Brésil), éd. Del Rey, 2006, p. 9-14, 172, 318-319, 393 et 408.

110. C'est ainsi d'ailleurs que les organes internationaux de supervision de la protection des droits de l'homme ont interprété la situation, comme nous le verrons maintenant. J'utiliserai comme exemples les positions de deux organes de supervision (le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples) ainsi que la jurisprudence de deux tribunaux internationaux des droits de l'homme (les Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme).

111. A titre préliminaire, s'agissant de la détermination de la violation du droit de ne pas être privé arbitrairement de sa liberté (principe de légalité, interdiction de l'arbitraire — paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies), je rappellerai que le groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire<sup>85</sup> a exprimé l'avis que la privation de liberté devait être considérée comme *arbitraire* «[l]orsqu'il est manifestement impossible d'invoquer une base légale quelconque qui la justifie» (par exemple le maintien en détention d'une personne au-delà de l'exécution de la peine)<sup>86</sup>. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies — l'organe de surveillance du Pacte international relatif aux droits civils et politiques — a également examiné la question en détail.

## 2. La position du Comité des droits de l'homme des Nations Unies

112. Pour commencer, les décisions du Comité des droits de l'homme révèlent sa position sur cette question. Par exemple, en l'affaire *Mukong c. Cameroun* (1994), le Comité a interprété le terme «*arbitraire*» dans un sens large, comme signifiant inadmissible, injuste, imprévisible et incompatible avec la légalité<sup>87</sup>. De façon plus générale, dans une affaire ultérieure, *Jalloh c. Pays-Bas* (2002), le Comité a exprimé l'avis que le terme «*arbitraire*» devait être compris comme signifiant «une action qui n'est pas raisonnable»<sup>88</sup>; quoi qu'il en soit, toute action doit être jugée appropriée et proportionnelle dans les circonstances de l'affaire en cause<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> Institué par l'ancienne Commission des droits de l'homme des Nations Unies dans sa résolution 1991/42.

<sup>86</sup> Nations Unies, Assemblée générale du 16 janvier 2008, document A/HRC/7/4/Add.1, p. 3; réplique de la Guinée, par. 1.19.

<sup>87</sup> CDH, *Mukong c. Cameroun*, 21 juillet 1994, n° 458/1991, par. 9.8.

<sup>88</sup> CDH, *Jalloh c. Pays-Bas*, 26 mars 2002, n° 794/1998, A/57/40, vol. II, p. 132, par. 8.2.

<sup>89</sup> De plus, l'article 5 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent (du 13 décembre 1985) dispose ce qui suit :

«Les étrangers jouissent, conformément au droit interne et sous réserve des obligations internationales pertinentes de l'Etat dans lequel ils se trouvent, en particulier des droits suivants: a) le droit à la vie, à la sûreté de leur personne; nul étranger ne peut être arbitrairement arrêté ou détenu; nul étranger ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévue par la loi;

113. Dans l'affaire *Mukong c. Cameroun* déjà mentionnée, le Comité a fait l'observation suivante :

«L'historique de la rédaction du paragraphe 1 de l'article 9 confirme que la notion d'«arbitraire» ne doit pas être confondue avec celle de «contre la loi», mais être interprétée d'une manière plus large pour inclure des éléments inappropriés, injustes, imprévisibles et contraires à la légalité ... [C]ela signifie que la détention provisoire consécutive à une arrestation légale doit être, non seulement légale, mais aussi raisonnable dans toutes les circonstances. La détention provisoire doit de plus être nécessaire dans toutes les circonstances.» (Par. 9.8.)

114. Dans ses constatations sur des communications, le Comité a développé son interprétation du Pacte à propos de questions cruciales comme celle des droits intangibles et des états d'exception<sup>90</sup>. Il a dit de façon tout à fait claire, en ce qui concerne la question de l'*arbitraire* des autorités publiques, qu'il fallait éviter de n'assimiler l'*arbitraire* qu'à l'expression «illégal». Ainsi, dans l'affaire *Rafael Marques de Morais c. Angola* (2005), il a notamment donné au terme *arbitraire* une interprétation plus large où entraient des éléments d'injustice, d'absence de procédure régulière, d'inadmissibilité et d'imprévisibilité.

115. Selon le même raisonnement, le Comité avait déjà, dans les affaires *R. Mojica c. République dominicaine* (1994) et *Tshishimbi c. Zaïre* (1996), affirmé qu'une interprétation qui permettrait aux Etats parties «de tolérer, d'accepter ou de passer sous silence» les menaces à la liberté et à la sécurité personnelle proférées par les autorités publiques à l'égard d'individus non détenus relevant de la juridiction des Etats parties concernés «rendrait ineffectives les garanties du Pacte»<sup>91</sup>. De même, en l'affaire *L. Rajapakse c. Sri Lanka* (2006), le Comité a à nouveau exprimé l'avis que la sécurité personnelle devait être garantie dans différentes circonstances, y compris en dehors du contexte de la privation formelle de liberté (par. 9.7).

116. Le souci du Comité des droits de l'homme de garantir la protection des individus contre l'*arbitraire* des autorités publiques ne se limite pas au droit à la liberté personnelle, mais s'étend à d'autres droits protégés par le Pacte. Ce souci s'exprime également dans certaines de ses constatations sur des communications concernant l'expulsion, présentées au titre de l'article 13 du Pacte (portant sur le droit des étrangers de ne pas être expulsés arbitrairement). Le critère de bonne foi ou d'interdiction

b) le droit à la protection contre toute ingérence arbitraire ou illégale dans leur vie privée et familiale, leur domicile ou leur correspondance ...»

<sup>90</sup> Voir, par exemple, (différents auteurs), *Droits intangibles et états d'exception* (D. Prémont *et al.*, dir. publ.), Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 1 et suiv.

<sup>91</sup> Par. 5.4, dans les deux affaires. Dans *L. Rajapakse c. Sri Lanka* (2006), le Comité a également estimé que la sécurité de la personne devait être protégée dans différentes circonstances, au-delà du cas de privation formelle de liberté.

de l'abus de pouvoir de la part des autorités a été appliqué par le Comité des droits de l'homme en l'affaire *A. Maroufidou c. Suède* (1981); et, en l'affaire *E. Hammel c. Madagascar* (1987), le Comité a soutenu le droit à un recours effectif (interne) dans des cas d'expulsion de ce genre.

### 3. *La position de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*

117. La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) a, dans plusieurs de ses décisions, établi qu'il y avait eu violation de l'article 6 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>92</sup>, qui interdit l'arrestation et la détention arbitraires. Dans l'une de ces affaires, *L. Zegveld et M. Ephrem c. Erythrée* (2003), la Commission a dit très clairement que, dans son article 6 :

«[l]a Charte africaine interdit spécifiquement les arrestations et la détention arbitraires.

La Commission africaine dispose des preuves qui montrent que les 11 personnes ont été gardées au secret et sans inculpation depuis leur arrestation en septembre 2001 ... La Commission africaine note qu'à ce jour, elle n'a reçu aucune information ou aucune preuve de la part de l'Etat défendeur indiquant que les 11 personnes étaient détenues dans des endroits de détention appropriés et qu'elles avaient comparu devant un tribunal.

La détention au secret constitue une grave violation des droits de l'homme ... La Commission africaine est de l'avis que toutes les détentions doivent respecter les principes fondamentaux des droits de l'homme ... En outre, toute personne détenue doit avoir rapidement accès à un avocat et aux membres de sa famille et son droit relatif à la santé physique et mentale doit être protégé ainsi que les droits relatifs aux bonnes conditions de détention.»<sup>93</sup>

118. Soulignant, dans sa décision prononcée dans cette même affaire, l'interdiction de l'arrestation et de la détention arbitraires inscrite dans la Charte africaine (art. 6), la CADHP a déclaré que l'arbitraire menaçait le droit d'accès à la justice lui-même. La Commission s'est exprimée comme suit :

«la légalité et la nécessité de détenir quelqu'un doivent être déterminées par une cour ou par une autre autorité judiciaire compétente. La décision de garder une personne en détention devrait être ouverte

<sup>92</sup> Voir à cet effet, par exemple, *Media Rights Agenda c. Nigéria* (2000), par. 41-44 et 70-75; *J. D. Ouko c. Kenya* (2000), par. 21 et 31; *K. Aminu c. Nigéria* (2000), par. 21 et 26; *D. K. Jawara c. Gambie* (2000), par. 57-59 et 74; *Constitutional Rights Project c. Nigéria* (1999), par. 12-16; *Law Office of Ghazi Suleiman c. Soudan* (2003), par. 48-50 et 67; *K. Achuthan et Amnesty International (au nom de A. Banda, et O. et V. Chirwa) c. Malawi* (1994), par. 8-9 et 12.

<sup>93</sup> Par. 52-55.

à une révision régulière ... les personnes soupçonnées de crime doivent être promptement inculpées et l'Etat devrait initier la procédure judiciaire en conformité avec les normes d'un procès équitable, telles que stipulées par la Commission africaine dans sa *Résolution [de 1992] sur la procédure relative au droit de recours et à un procès équitable* et tel qu'élaboré dans ses *Lignes directrices [de 2003] sur le droit à un procès équitable et l'assistance judiciaire en Afrique.*<sup>94</sup>

119. La pratique de la Commission africaine en ce qui concerne l'interdiction de l'arbitraire ne se limite pas à l'article 6 interdisant l'arrestation et la détention arbitraires. Cette pratique s'étend naturellement à d'autres droits protégés par la Charte africaine, comme le droit de ne pas être expulsé arbitrairement d'un pays, prévu au paragraphe 4 de l'article 12 de la Charte: «L'étranger légalement admis sur le territoire d'un Etat partie à la présente Charte ne pourra en être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi.» A cet égard, en l'affaire *Organisation mondiale contre la torture, Association internationale des juristes démocrates, Commission internationale des juristes et Union interafricaine des droits de l'homme c. Rwanda* (1996)<sup>95</sup>, la Commission africaine a précisé ce qui suit:

«Cette disposition devrait être interprétée comme prévoyant une protection générale pour tous ceux qui sont persécutés afin qu'ils puissent demander asile dans un autre pays. L'article 12 4) interdit que ces personnes soient arbitrairement expulsées vers leur pays d'origine ...» (Par. 30.)<sup>96</sup>

120. Dans une affaire dont a connu la Commission à la demande de l'Union interafricaine des droits de l'homme, la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, la Rencontre africaine des droits de l'homme et l'Organisation nationale des droits de l'homme au Sénégal<sup>97</sup>, au nom de certains nationaux ouest-africains expulsés de l'Angola en 1996, la CADHP, accueillant les demandes des plaignants le 11 novembre 1997, a déclaré, après avoir invoqué le paragraphe 4 de l'article 12 de la Charte (par. 14):

«les Etats africains en général et la République d'Angola en particulier sont confrontés à de nombreux défis, notamment économiques. Face à ces difficultés, les Etats prennent souvent des mesures radicales visant à protéger leurs ressortissants et leurs économies des étrangers. Quelles que soient les circonstances cependant, ces mesures ne devraient être prises au détriment de la jouissance des droits

<sup>94</sup> Par. 56.

<sup>95</sup> Communications n<sup>os</sup> 27/89, 46/91, 49/91 et 99/93, jointes.

<sup>96</sup> Texte reproduit dans Institute for Human Rights and Development, *Compilation des décisions sur les communications de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples* (1994-2001), p. 324.

<sup>97</sup> Communication n<sup>o</sup> 159/96.

de l'homme ... En déportant les victimes, séparant ainsi certaines de leurs familles, l'Etat défendeur a violé et viole la lettre de ce texte.» (Par. 16-17.)<sup>98</sup>

121. La Commission africaine a incorporé des mises en garde analogues dans ses décisions dans les affaires *Modise c. Botswana* (2000, par. 83-84), *Rencontre africaine pour la défense des droits de l'homme c. Zambie* (1997, par. 30-31), *K. Good c. République du Botswana* (2010, par. 206-208), *Institute for Human Rights and Development in Africa c. Angola* (2008, par. 65 et 69-70). Dans l'affaire susmentionnée introduite par la Rencontre africaine pour la défense des droits de l'homme, la Commission a jugé que les expulsions en cause violaient les articles 2, 7 et 12 de la Charte africaine, après avoir déclaré qu'«aucune des victimes n'[avait] eu la possibilité de saisir les juridictions zambiennes contre sa détention et subséquemment sa déportation»<sup>99</sup>. Dans l'affaire *Modise*, la Commission a déclaré que la décision relative à l'autorisation de rester dans un pays «devrait toujours être prise conformément à une procédure juridique précise et juste» (par. 83). En d'autres termes, il ne suffit pas que les autorités de l'Etat se conforment à la loi, mais celle-ci doit être conforme à la Charte africaine et refléter les exigences fondamentales de la justice.

122. En l'affaire *Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers Committee for Human Rights et Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa c. Soudan* (1999), concernant la situation prévalant au Soudan entre 1989 et 1993, la CADHP a fait observer que l'article 6 devait être interprété de manière à ce que toute arrestation ne puisse avoir lieu «que dans l'exercice des pouvoirs normalement accordés aux forces de sécurité dans une société démocratique». A son avis, le libellé du décret en cause permettait d'arrêter des individus pour «des motifs vagues, sur la foi de soupçons, et non en raison d'actes prouvés» et cela n'était «pas conforme à l'esprit de la Charte africaine»; la Commission a jugé qu'il y avait eu «de sérieuses et constantes violations de l'article 6», entre autres dispositions de la Charte<sup>100</sup>. Pour résumer, la position adoptée par la CADHP dans sa pratique est que l'interdiction de l'arbitraire vise non seulement le droit à la liberté personnelle, mais aussi d'autres droits protégés par la Charte africaine, comme, par exemple, le droit de ne pas être expulsé arbitrairement d'un pays.

#### 4. La jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme

123. Pour passer maintenant à la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) sur la question qui nous intéresse, en l'affaire paradigmatique des «*Enfants des rues*» (*Villagrán Morales et*

<sup>98</sup> La Commission a déclaré que la déportation des victimes constituait une violation des articles 2, 7 1) a), 12 4) et 5), 14 et 18 de la Charte africaine.

<sup>99</sup> Par. 29-30 et dispositif de la décision de la Commission.

<sup>100</sup> Par. 59-60 et dispositif de la décision de la Commission.



*autres c. Guatemala*, fond, arrêt du 19 novembre 1999), la CIDH a jugé, à propos de l'interdiction de l'arrestation illégale ou arbitraire (paragraphe 2 et 3 de l'article 7 de la convention américaine des droits de l'homme), que nul ne pouvait être arrêté ou incarcéré si cette arrestation ou cette incarcération, « bien que qualifiée de légale », pouvait être considérée comme incompatible avec les droits de l'homme fondamentaux, au motif qu'elle était, notamment, « déraisonnable, imprévisible ou disproportionnée » (par. 131). Cette déclaration est devenue jurisprudence constante de la CIDH<sup>101</sup>.

124. La CIDH devait bientôt réitérer sa position sur cette question dans l'affaire *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (arrêt du 25 novembre 2000, par. 139). Plus tard, appliquant le même critère dans l'affaire *Maritza Urrutia c. Guatemala* (arrêt du 27 novembre 2003, par. 65), la CIDH a jugé que la détention dans le cas d'espèce avait été effectuée dans le cadre d'un comportement arbitraire systématique de la part des agents de l'Etat (par. 69-70). De même, dans l'affaire *Juan Humberto Sánchez c. Honduras* (arrêt du 7 juin 2003), la CIDH, après avoir répété (par. 78) son *obiter dictum*, a déclaré les mises en détention arbitraires parce qu'elles avaient eu lieu dans le cadre d'un abus de pouvoir de la part des agents de l'Etat (par. 80).

125. En l'affaire *Frères Gómez Paquiyauri c. Pérou* (arrêt du 8 juillet 2004), la CIDH a établi le caractère arbitraire de la détention, qui avait été effectuée dans le cadre de violations systématiques des droits de l'homme, accompagnées de circonstances aggravantes (par. 88-89). Dans l'affaire du *Massacre de Mapiripán*, concernant la Colombie (arrêt du 15 septembre 2005), la CIDH a jugé que la privation de liberté s'était faite selon un *modus operandi* marqué par l'arbitraire et par d'autres graves violations des droits de l'homme (par. 136 et 138).

126. Dans la tragique affaire *Bulacio* concernant l'Argentine (arrêt du 18 septembre 2003), la Cour a rappelé qu'il existe « des exigences importantes et formelles » (causes, cas ou circonstances, procédure prévue par la loi) qui doivent être observées (au titre de l'article 7 de la convention américaine) en cas de sanction comportant l'incarcération. Les détenus ont droit à « un traitement humain » et le droit de vivre dans « des conditions de détention compatibles avec la dignité de la personne » (par. 125-126). L'Etat, qui est responsable des centres de détention, est « le garant des droits des détenus » (par. 126).

127. De plus, dans la même affaire *Bulacio*, la CIDH a jugé bon de dire :

« Les autorités de l'Etat exercent un contrôle total sur les person-

<sup>101</sup> Voir les décisions antérieures de la CIDH allant dans le même sens : *Gangaram Panday c. Suriname*, arrêt du 21 janvier 1994, par. 47 ; *Suárez Rosero c. Equateur*, arrêt du 12 novembre 1997, par. 43. Voir aussi, ultérieurement : *Acosta Calderón c. Equateur*, arrêt du 24 juin 2005, par. 57 ; *Palamara-Iribarne c. Chili*, arrêt du 22 novembre 2005, par. 215.

nes qui sont sous leur garde. Les conditions de traitement des détenus doivent faire l'objet de la plus étroite supervision, compte tenu de la vulnérabilité spéciale du détenu ... La vulnérabilité du détenu est d'autant plus grande lorsque la détention est illégale ou arbitraire. La personne est alors entièrement sans défense, ce qui entraîne un risque certain d'affaiblissement des autres droits, comme celui à un traitement humain et décent ... La Cour a souligné que la mise au secret du détenu devait être une mesure exceptionnelle, car elle entraîne des souffrances morales et des perturbations psychologiques et place le détenu dans une situation de vulnérabilité particulière et accroît le risque d'agression et d'arbitraire en milieu carcéral, en plus de compromettre l'observation stricte de la procédure régulière.» (Par. 126-127.)

128. Enfin, la Cour a ajouté, toujours dans l'affaire *Bulacio*, que les détenus avaient également le droit d'être informés des causes et des raisons de leur détention «au moment où elle se produisait», afin de prévenir et d'éviter l'arbitraire (par. 128). Dans ce même but, les détenus ont le droit de compter sur un «contrôle judiciaire immédiat» de leur détention (par. 129). Ils ont le droit d'informer une tierce partie qu'ils sont sous la «garde de l'Etat» (par. 130) et de compter sur des soins médicaux appropriés (par. 131). Bref, les centres de détention «doivent respecter certaines normes minimales» de nature à garantir le respect des droits susmentionnés (par. 132), afin de prévenir et d'éviter l'arbitraire.

129. Dans l'affaire *Tibi c. Equateur* (arrêt du 7 septembre 2004), la CIDH a jugé que la détention préventive en cause était arbitraire, au motif qu'il n'y avait pas suffisamment d'indices pour présumer que M. D. D. Tibi était l'auteur ou le complice d'une quelconque infraction, pas plus qu'il n'avait été établi qu'une telle détention était nécessaire (par. 107). La CIDH a jugé «indispensable» de souligner que l'application de la détention préventive, étant une mesure très sévère,

«d[evait] être exceptionnelle, étant donné qu'elle est limitée par les principes de légalité, de présomption d'innocence, de nécessité et de proportionnalité, indispensables dans une société démocratique» (par. 106).

130. Lors de l'examen par la CIDH de l'affaire *Tibi c. Equateur*, j'ai trouvé assez d'énergie pour inclure dans mon opinion individuelle une section complète (I) sur «l'incidence de la détention arbitraire et des conditions d'incarcération sur la conscience humaine», dans laquelle j'ai présenté les réflexions suivantes:

«D. D. Tibi, comme Joseph K., a été détenu sans savoir pourquoi. «On avait sûrement calomnié Joseph K.» — écrit Franz Kafka dans les premières phrases du *Procès* (1925) — «car, sans avoir rien fait de mal, il fut arrêté un matin» (chap. I). D. D. Tibi a été plus heureux que le banquier Joseph K., mais tous deux ont été victimes de quelque chose d'incompréhensible, voire d'absurde. Joseph K.,

réduit à attendre son exécution sommaire, se fit, avant d'être exécuté, les réflexions suivantes: «Où était le juge qu'il n'avait jamais vu? Où était la haute cour à laquelle il n'était jamais parvenu?» (chap. X). Du début à la fin, ses efforts sont futiles face à l'arbitraire d'une «justice» cruellement virtuelle et désespérante.

D. D. Tibi a été moins malheureux que le personnage de Kafka, parce qu'il a recouvré la liberté mais aussi parce qu'il vit à une époque où, en plus des tribunaux nationaux (ayant chacun leur mode de fonctionnement), il existe des tribunaux internationaux des droits de l'homme. Le présent arrêt de la Cour interaméricaine peut contribuer à lui faire retrouver foi dans la justice humaine. Dans son cas, le portrait de la vie quotidienne dans les prisons d'Amérique latine, mais aussi du monde entier, témoigne de façon éloquente de l'insensibilité, de l'indifférence et de l'irrationalité du monde qui est le nôtre.

Il existe peu de témoignages aussi éloquents des souffrances causées par la détention arbitraire que les célèbres *Lettres de prison* d'Antonio Gramsci (1926-1936). Dans une forme littéraire marquée au coin de l'équanimité, il écrit que dès le début de sa détention le temps lui avait paru plus dense, et l'espace inexistant ... Un voyage en train après dix années de détention ... lui laissa une «impression terrible», parce qu'il vit que «pendant tout ce temps le vaste monde avait continué à exister, avec ses champs, ses forêts, les gens de la rue, les groupes d'enfants, certains arbres» ...; l'impression fut particulièrement terrible lorsqu'il vit son visage dans un miroir après une si longue période<sup>102</sup>.

Trois décennies avant Gramsci, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, Oscar Wilde donnait à l'histoire de la pensée universelle, dans son célèbre *De profundis* (1897), un témoignage personnel sur la souffrance causée par l'emprisonnement. De la prison de Reading, il écrivit que, pour ceux qui sont injustement détenus, «il n'est qu'une seule saison: la saison de la douleur ... Et dans le domaine de la *pensée*, non moins que dans celui du temps, le mouvement n'existe plus.»<sup>103</sup>

Il est possible que l'étranger D. D. Tibi ait ressenti, comme l'étranger Meursault, que tout ce qui concernait sa détention et son procès se déroulait «sans [son] intervention», ce qui reflétait la «tendre indifférence» du monde extérieur (chap. IV-V). Comme pour Gramsci, tout ce qui restait à l'étranger de Camus (*L'étranger*, 1949) était le passage du temps; au fil de «l'alternance de la lumière et de l'ombre», c'était «sans cesse le même jour qui déferlait dans [sa] cellule» et l'heure la plus terrible était celle où «les bruits du soir montaient de tous les étages de la prison dans un cortège de silence» (chap. II). Meursault aussi

<sup>102</sup> A. Gramsci, *Lettres de prison*, [http://classiques.uqac.ca/classiques/gramsci\\_antonio/lettres\\_de\\_prison/lettres\\_de\\_prison.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/gramsci_antonio/lettres_de_prison/lettres_de_prison.html).

<sup>103</sup> Oscar Wilde, *De profundis*, Le livre de poche classique, Paris, 2000, p. 110.

n'avait que les souvenirs d'une vie qui ne lui appartenait plus (chap. IV). Pour lui, tous les jours passaient «à regarder, sur le visage [du ciel], le déclin des couleurs qui conduit le jour à la nuit», la nuit qui était «comme une trêve mélancolique» (chap. V).

.....

A propos de ses conditions de détention et de ses efforts pour fuir la souffrance et la dégradation de l'esprit, Oscar Wilde parle du «*Zeitgeist* d'une époque sans âme» et écrit que le temps et l'espace ne sont que «des conditions accidentelles de la pensée» et qu'en prison il n'a plus devant lui que son passé<sup>104</sup> ... C'est un mal qui ne connaît pas de frontières et qui reflète le monde indifférent et de plus en plus brutal qui nous entoure. Aujourd'hui, les personnages de Kafka et de Camus sont dispersés et oubliés dans les prisons de tous les continents. Un grand nombre de ces détenus sont innocents et ceux qui ne le sont pas, d'agresseurs qu'ils étaient, sont devenus victimes. Leur survie n'a plus de dimension spatiale et la dimension temporelle est peut-être la seule qu'ils puissent sonder dans les profondeurs cachées de leur vie intérieure. Quoi qu'il en soit, leur vie avec les autres ne leur appartient plus et ils survivent en intimité de plus en plus étroite avec le mal et avec la brutalité écrasante qui pèse sur eux. Le droit ne saurait demeurer indifférent à tout cela, à cette indifférence du monde, en particulier dans les sociétés qui se désignent pathétiquement elles-mêmes comme «post-modernes».

En réalité, les détentions injustes et les abus contre les détenus ne sont pas un phénomène récent. Dans son œuvre classique sur le crime et le châtement (1764), Cesare Beccaria dit que le châtement dépasse souvent le crime et que les peines infamantes conçues par l'intelligence humaine semblent avoir été inventées par la tyrannie plutôt que par la justice<sup>105</sup>. Avec le temps, la nécessité du contrôle administratif et législatif aussi bien que judiciaire (particulièrement important) et de la supervision des conditions de détention a été reconnue — contrôle qui a été transposé du domaine du droit interne à celui du droit international au milieu du XX<sup>e</sup> siècle.

.....

Ainsi que le révèle l'arrêt de la Cour interaméricaine dans la présente affaire *Tibi c. Equateur*, le droit protège maintenant aussi ceux qui sont oubliés en prison, dans la «maison des morts» dénoncée avec tant de lucidité au XIX<sup>e</sup> siècle par Dostoïevski. La réaction du droit évoquée plus haut, tant *ratione personae* que *ratione materiae*, indique que la conscience humaine s'est éveillée à la nécessité pressante et à l'objectif de mettre résolument fin au fléau de la détention

<sup>104</sup> *De profundis*, op. cit. supra note 103, p. 188, 205-206.

<sup>105</sup> Cesare Beccaria, *Traité des délits et des peines*, [http://classiques.uqac.ca/classiques/beccaria/traite\\_delits\\_et\\_peines/traite\\_delits\\_et\\_peines.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/beccaria/traite_delits_et_peines/traite_delits_et_peines.html).

arbitraire ... Les principes généraux du droit jouent ici un rôle majeur. Grâce à eux, nous pouvons nourrir l'espoir que les D. D. Tibi, Joseph K. et Meursault diminueront peu à peu en nombre, jusqu'à ce qu'aucun ne souffre plus dans les prisons d'un monde «post-moderne» insensible, indifférent et brutal.»<sup>106</sup>

### 5. *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*

131. Pour sa part, s'agissant de la question que nous examinons, la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle a jugé (par. 54) qu'il y avait eu violation du paragraphe 1 de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par exemple dans son arrêt (du 25 juin 1996) en l'affaire *Amuur c. France*, a déclaré que cette disposition concernant le droit à la liberté visait à garantir que nul ne puisse être dépouillé de ce droit arbitrairement (par. 42). Selon la Cour européenne :

«la Convention exige ... la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5 (art. 5): protéger l'individu contre l'arbitraire ... Pareille qualité implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté — surtout lorsqu'il s'agit d'un demandeur d'asile — soit suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire. Ces caractéristiques revêtent une importance fondamentale dans le domaine des demandeurs d'asile dans les aéroports, compte tenu notamment de la nécessité de concilier la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique de l'immigration des Etats.» (Par. 50.)

132. Dix-sept ans auparavant, dans l'affaire *Winterwerp c. Pays-Bas* (arrêt du 24 octobre 1979), la Cour européenne a jugé que le paragraphe 1 de l'article 5 de la convention n'avait pas été violé (par. 52), étant donné que le retard en cause n'avait pas entraîné une privation arbitraire de la liberté et que la détention avait, selon elle, «eu lieu «selon les voies légales»» (par. 49-50). La Cour européenne n'en a pas moins jugé utile d'exprimer le point de vue suivant :

«les mots «selon les voies légales» se réfèrent pour l'essentiel à la législation nationale ... Toutefois, il faut que le droit interne se conforme lui-même à la Convention ... [T]oute mesure privative de liberté doit émaner d'une autorité qualifiée, être exécutée par une telle autorité et ne pas revêtir un caractère arbitraire.» (Par. 45.)

<sup>106</sup> CIDH, *Tibi c. Equateur*, arrêt du 7 septembre 2004, opinion individuelle du juge A. A. Cançado Trindade, par. 2-6, 9, 12-13 et 36.

133. Dans l'affaire *Saadi c. Royaume-Uni*, la chambre de la Cour européenne a examiné (arrêt du 11 juillet 2006) le grief d'arbitraire du requérant et a jugé en particulier que «pareille détention doit satisfaire à un critère de «nécessité»» (par. 46); la détention «doit être compatible avec l'objet global de l'article 5, qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire» (par. 40). L'affaire a été déférée devant la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, qui, tout en faisant sienne la conclusion selon laquelle il n'y avait pas eu violation du paragraphe 1 de l'article 5 dans l'affaire (mais plutôt violation du paragraphe 2 de cet article — arrêt du 29 janvier 2008), a développé sa pensée sur la notion d'arbitraire.

134. Dans ce nouvel arrêt, de 2008, sur l'affaire *Saadi*, la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, en plus d'invoquer le principe de bonne foi (de la part des autorités nationales — par. 74 et 77), a indiqué que le seul respect du droit interne n'était «pas suffisant», étant donné que :

«[L]a notion d'«arbitraire» que contient l'article 5, paragraphe 1, va au-delà du défaut de conformité avec le droit national, de sorte qu'une privation de liberté peut être régulière selon la législation interne tout en étant arbitraire et donc contraire à la Convention ... la notion d'arbitraire dans le contexte de l'article 5 varie dans une certaine mesure suivant le type de détention en cause.

D'après l'un des principes généraux consacrés par la jurisprudence, une détention est «arbitraire» lorsque, même si elle est parfaitement conforme à la législation nationale, il y a eu un élément de mauvaise foi ou de tromperie de la part des autorités ... La condition d'absence d'arbitraire exige par ailleurs que non seulement l'ordre de placement en détention mais aussi l'exécution de cette décision cadrent véritablement avec le but des restrictions autorisées par l'alinéa pertinent de l'article 5, paragraphe 1.

La notion d'arbitraire ... implique également que l'on recherche si la détention était nécessaire pour atteindre le but déclaré. La privation de liberté est une mesure si grave qu'elle ne se justifie qu'en dernier recours, lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes pour sauvegarder l'intérêt personnel ou public exigeant la détention ... En outre, le principe de proportionnalité veut que, lorsque la détention vise à garantir l'exécution d'une obligation prévue par la loi, un équilibre soit ménagé entre la nécessité dans une société démocratique de garantir l'exécution immédiate de l'obligation dont il s'agit et l'importance du droit à la liberté ...» (Par. 67-70.)

135. Dans une affaire antérieure, l'affaire *Baranowski c. Pologne* (arrêt

du 28 mars 2000), jugeant que les paragraphes 1 et 4 de l'article 5 de la convention européenne des droits de l'homme (par. 58, 77 et 86) avaient été violés, la Cour européenne a rappelé l'obligation d'observer dans le droit interne les normes de fond comme de procédure (paragraphe 1 de l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales — par. 50). En outre, la Cour a constaté l'absence, dans le droit interne concerné, «de toute disposition précise» indiquant si «la détention ordonnée pour une période limitée au stade de l'enquête pouvait être régulièrement prolongée au stade de la procédure judiciaire»; de l'avis de la Cour, pareille absence ne satisfaisait pas au critère de «prévisibilité» (par. 55). La Cour a ensuite souligné :

«qu'aux fins de l'article 5, paragraphe 1, de la Convention, la détention qui s'étend sur une période de plusieurs mois et qui n'a pas été ordonnée par un tribunal ou par un juge ou par toute autre personne «habilitée ... à exercer des fonctions judiciaires» ne saurait être considérée comme «régulière» au sens de cette disposition» (par. 57).

136. L'interdiction de l'arbitraire a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme non seulement en ce qui concerne le droit à la liberté de la personne (art. 5), mais également à l'égard d'autres droits protégés par la convention européenne. Ainsi, dans les trois affaires *Boultif c. Suisse* (arrêt de la chambre du 2 août 2001, par. 46), *Uner c. Pays-Bas* (arrêt de la Grande chambre du 18 octobre 2006, par. 57) et *Maslov c. Autriche* (arrêt de la Grande chambre du 23 juin 2008, par. 69), la Cour européenne des droits de l'homme a pris la peine de développer sa réflexion et d'établir les critères à appliquer pour évaluer si une mesure d'expulsion était «nécessaire» (un «besoin social pressant») dans une société démocratique, et proportionnée au «but légitime poursuivi», afin d'éviter et d'écarter tout arbitraire.

137. Dans les trois affaires *Al-Nashif* (arrêt de la chambre du 20 juin 2002, par. 119 et 121), *Musa et autres* (arrêt de la chambre du 11 janvier 2007) et *Bashir et autres* (arrêt de la chambre du 14 juin 2007, par. 41), concernant toutes trois la Bulgarie, les chambres respectives de la Cour européenne, ayant à l'esprit l'article 8 de la convention européenne (droit au respect de la vie privée et de la vie familiale), ont déclaré que, lorsqu'il s'agissait de questions touchant aux droits fondamentaux, le droit interne irait à l'encontre de la prééminence du droit si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limites; en conséquence, le droit interne devait fournir des garanties suffisantes contre l'arbitraire. Dans l'affaire *Al-Nashif*, la chambre a ajouté que les mots «prévue par la loi» signifiaient que la base juridique devait être «accessible» et «prévisible» et qu'il devait exister une protection juridique contre l'intervention arbitraire des autorités publiques à l'égard des droits garantis par la convention» (par. 119), même lorsque l'interprétation des «mesures de sécurité nationale» se révélait «illégal, ou contraire au sens commun et arbitraire» (par. 123-124).

138. La Cour européenne des droits de l'homme a réitéré sa mise en

garde contre une telle interprétation des mesures de «sécurité nationale» dans l'affaire *C. G. et autres c. Bulgarie* (arrêt de la chambre du 24 avril 2008). Dans l'affaire *Musa et autres* déjà mentionnée, la Cour européenne a mis en garde contre «un acte administratif non motivé, délivré en dehors de toute procédure contradictoire et non susceptible de recours» (par. 60). La Cour a également exprimé sa préoccupation à l'égard des politiques intérieures en matière d'immigration et de résidence (comme par exemple dans l'affaire *Berrehab c. Pays-Bas*, arrêt du 21 juin 1988, par. 28-29).

139. Selon le même raisonnement, dans l'affaire *Lupsa c. Roumanie* (arrêt de la chambre du 8 juin 2006), la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé sa jurisprudence constante sur cette question :

«les mots «prévues par la loi» veulent d'abord que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais ils ont trait aussi à la qualité de la loi en question: ils exigent l'accessibilité de celle-ci aux personnes concernées et une formulation assez précise pour leur permettre, en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés, de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé.

Certes, dans le contexte particulier des mesures touchant à la sécurité nationale, l'exigence de prévisibilité ne saurait être la même qu'en maints autres domaines ... Néanmoins, le droit interne doit offrir une protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la Convention. Lorsqu'il s'agit de questions touchant aux droits fondamentaux, la loi irait à l'encontre de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique consacrés par la Convention, si le pouvoir d'appréciation accordé à l'exécutif ne connaissait pas de limites ... En effet, l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus, dont notamment celle de procédures de contrôle efficace par le pouvoir judiciaire, est d'autant plus nécessaire que, sous le couvert de défendre la démocratie, de telles mesures risquent de la saper, voire de la détruire...» (Par. 32-34.)

#### 6. *Appréciation générale*

140. L'interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies par le Comité des droits de l'homme et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi que la jurisprudence établie par les Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme, convergent vers une interdiction de l'arbitraire dans différentes circonstances. Cette interdiction ne se limite pas du tout au droit à la liberté de la personne, mais s'étend également à d'autres droits protégés par les traités et conventions relatifs aux droits de l'homme.

141. Cette interdiction de l'arbitraire concerne également, bien entendu,



le droit de ne pas être expulsé arbitrairement d'un pays, le droit à un procès équitable, le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale, le droit à un recours effectif ou tout autre droit protégé. Du point de vue épistémologique, c'est la position appropriée à cet égard, étant donné les liens qui existent entre tous les droits de l'homme et leur caractère indivisible. Tenter d'avancer un point de vue restrictif sur l'interdiction de l'arbitraire, ou une approche fragmentaire, serait tout à fait injustifié et irait à l'encontre de la perspective qui a été adoptée à juste titre par les organes internationaux de surveillance des droits de l'homme comme le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, et par les tribunaux internationaux des droits de l'homme comme les Cours interaméricaine et européenne.

142. La nature humaine étant ce qu'elle est, tous ont besoin de préserver la protection contre l'arbitraire des autorités de l'Etat. Dans une perspective plus large, les êtres humains ont besoin d'être protégés en définitive contre eux-mêmes, dans leurs relations les uns avec les autres. Nul n'est besoin d'exiger l'adoption d'une disposition expresse pour interdire l'arbitraire à l'égard de certains droits, ou de demander que soit inséré l'adjectif « arbitraire » dans certaines dispositions pour permettre l'exercice de la protection contre l'arbitraire en toutes circonstances, en vertu des traités des droits de l'homme. La lettre comme l'esprit de ces dispositions des traités relatifs aux droits de l'homme pointent dans la même direction : l'interdiction absolue de l'arbitraire, au titre du droit international des droits de l'homme dans son ensemble. Toute cette question repose sur l'impératif d'accès à la justice au sens large, du *droit au droit*, du droit à la réalisation de la justice dans une société démocratique.

## VII. LE CONTENU MATÉRIEL DES DROITS PROTÉGÉS

143. Il convient de rappeler ici les éléments pertinents de la pratique du Comité des droits de l'homme des Nations Unies (ses observations générales, ainsi que ses constatations ou décisions sur des communications ou des requêtes), pour déterminer le *contenu matériel* des droits défendus et protégés par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, à savoir le droit à la liberté et à la sécurité de la personne, le droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique et le droit de ne pas être soumis à de mauvais traitements. Dans une section ultérieure (VIII, *infra*), j'examinerai la construction jurisprudentielle du droit à l'information sur l'assistance consulaire dans l'univers conceptuel des droits de l'homme.

144. Je rappellerai d'abord ici que, dans l'examen que j'ai fait de la défense des droits protégés en l'espèce (sect. III, *supra*), j'ai fait référence à quelques constatations ou décisions du Comité des droits de l'homme sur des communications ou requêtes. Il est maintenant opportun de revenir à ce point à propos du contenu matériel de ces droits, soit pour souligner la pertinence de ces constatations ou décisions pour le cas d'espèce,

soit pour mettre en exergue d'autres constatations ou décisions du Comité non encore citées, qui peuvent être pertinentes aux fins qui nous occupent.

### 1. *Le droit à la liberté et à la sécurité de la personne*

145. Dans l'examen qui a été fait précédemment de la présente affaire, il a été fait référence à quelques vues ou décisions du Comité des droits de l'homme sur des communications ou requêtes. Je voudrais maintenant y revenir, soit pour souligner la pertinence, pour le cas d'espèce, des décisions déjà mentionnées, soit pour présenter d'autres décisions du Comité pertinentes aux fins qui nous occupent.

146. En ce qui concerne l'article 9 du Pacte (droit à la liberté et à la sécurité de la personne), deux affaires importantes peuvent être citées, à savoir l'affaire *Adolfo Drescher Caldas c. Uruguay* (1983) et l'affaire *Mukong c. Cameroun* (1994). Dans la première, le requérant avait été détenu au secret pendant six semaines, sans avoir la possibilité d'invoquer l'*habeas corpus*, et avait ensuite été traduit et inculpé devant un juge militaire. Le Comité a jugé que le paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte avait été violé en raison du défaut de recours à l'*habeas corpus*, selon le raisonnement suivant :

«[E]n vertu du paragraphe 2 de l'article 9 du Pacte, toute personne arrêtée doit être informée dans une mesure suffisante des raisons de son arrestation afin de pouvoir prendre immédiatement des dispositions pour obtenir sa libération si elle considère que les raisons avancées sont nulles et non avenues ou mal fondées. De l'avis du Comité il ne suffisait pas d'informer simplement Adolfo Drescher Caldas qu'il était arrêté en vertu des mesures urgentes de sécurité sans préciser en rien ce qui lui était reproché quant au fond.» (Par. 13.2.)

147. Dans l'affaire *Mukong c. Cameroun* (1994), le Comité a jugé que l'Etat défendeur avait privé le requérant de sa liberté de façon arbitraire, ce qui était notamment contraire au paragraphe 1 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques; le Comité a noté que le simple fait qu'un Etat partie ait respecté son droit interne ne signifiait pas que l'arrestation et la détention d'un individu n'étaient pas arbitraires (par. 9.8). De plus, dans son observation générale n° 8 de 1982 sur *Le droit à la liberté et à la sécurité de la personne* (article 9 du Pacte), le Comité des droits de l'homme a dit que l'article 9 :

«fait souvent l'objet d'une interprétation assez étroite dans les rapports des Etats parties, qui, de ce fait, fournissent des informations incomplètes. Le Comité fait observer que le paragraphe 1 s'applique à tous les cas de privation de liberté, qu'il s'agisse d'infractions pénales ou d'autres cas ... [E]n particulier l'importante garantie énoncée au paragraphe 4, c'est-à-dire le droit de demander à un tribunal de

statuer sur la légalité de la détention, s'appliqu[e] à toutes les personnes qui se trouvent privées de leur liberté par arrestation ou détention. En outre, les Etats parties doivent également, conformément au paragraphe 3 de l'article 2, veiller à ce que des voies de recours utiles soient prévues dans les autres cas où un individu se plaint d'être privé de sa liberté en violation du Pacte.

.....

Même si l'on a recours à l'internement dit de sûreté, pour des raisons tenant à la sécurité publique, cet internement ... ne doit pas être arbitraire, [et] doit être fondé sur des motifs et conforme à des procédures prévues par la loi (par. 1), ... l'intéressé doit être informé des raisons de l'arrestation (par. 2) et ... un tribunal doit pouvoir statuer sur la légalité de la détention (par. 4) et ... il doit être possible d'obtenir réparation en cas de manquement (par. 5). Et si, en outre, il s'agit d'une inculpation pénale, il faut également accorder une protection totale en vertu des paragraphes 2 et 3 de l'article 9 ainsi que de l'article 14.» (Par. 1 et 4.)

## 2. *Le droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique*

148. Quatre ans plus tard, le Comité des droits de l'homme a publié son observation générale n° 15 de 1986 sur *La situation des étrangers* (qui comprennent non seulement les ressortissants étrangers, mais également les réfugiés et les apatrides) au regard du Pacte (art. 13). Le Comité des droits de l'homme a fait les observations suivantes :

«les droits énoncés dans le Pacte s'appliquent à toute personne, sans considération de réciprocité, quelle que soit sa nationalité ou même si elle est apatride.

Ainsi, la règle générale est que chacun des droits énoncés dans le Pacte doit être garanti, sans discrimination entre les citoyens et les étrangers.

.....

L'article 13 ... est applicable à toutes les procédures tendant à contraindre un étranger à quitter un pays, que la législation nationale qualifie ce départ d'expulsion ou qu'elle emploie un autre terme. Si la procédure comporte l'arrestation, les garanties prévues par le Pacte en cas de privation de liberté (art. 9 et 10) peuvent aussi être applicables ... [S]i la légalité de l'entrée ou du séjour d'un étranger fait l'objet d'un litige, toute décision pouvant entraîner l'expulsion de l'étranger doit être prise dans le respect de l'article 13. Il appartient aux autorités compétentes de l'Etat partie d'appliquer et d'interpréter le droit national de bonne foi, dans l'exercice de leurs pouvoirs, tout en respectant les obligations prévues par le Pacte, et notamment le principe de l'égalité devant la loi (art. 26).

.....

Son objectif évident [de l'article 13] est d'éviter les expulsions arbitraires ... L'étranger doit recevoir tous les moyens d'exercer son recours contre l'expulsion, de manière à être en toutes circonstances à même d'exercer effectivement son droit ... Aucune discrimination ne peut être opérée entre différentes catégories d'étrangers dans l'application de l'article 13.» (Par. 1-2 et 9-10.)

149. Toujours à propos de l'article 13 du Pacte, on peut citer trois autres affaires dont a connu le Comité des droits de l'homme, à savoir les affaires *Hammel c. Madagascar* (1987), *Cañon García c. Equateur* (1991) et *Mansour Ahani c. Canada* (2004). Dans la première de ces affaires, *Hammel c. Madagascar*, le Comité a jugé qu'il y avait eu violation du paragraphe 4 de l'article 9 et de l'article 13 du Pacte pour les raisons suivantes: a) le requérant n'avait pu se pourvoir devant un tribunal pour que celui-ci détermine la légalité de son arrestation; et b) «pour des raisons qui n'étaient pas des raisons impérieuses de sécurité nationale, il n'a pas été en mesure de faire valoir des motifs contre son expulsion et de faire examiner son cas par une autorité compétente dans un délai raisonnable» (par. 20).

150. La pertinence de l'affaire *Hammel c. Madagascar* pour celle dont connaît maintenant la Cour est évidente: le Comité des droits de l'homme a non seulement précisé que, pour refuser à un individu le droit de contester son expulsion, l'État partie devait démontrer qu'il existait des «raisons impérieuses de sécurité nationale», mais il a également conclu que, en l'espèce, les raisons invoquées par Madagascar n'étaient pas des raisons de «sécurité nationale». Cette affirmation paraît contredire le point de vue avancé devant la Cour en l'espèce par la RDC, qui a soutenu que l'État concerné était le seul et dernier juge des actes qui menacent sa sécurité nationale.

151. Dans la deuxième affaire susmentionnée — l'affaire *Cañon García c. Equateur* —, le Comité des droits de l'homme, notant que l'État défendeur n'avait pas tenté de réfuter les allégations du requérant concernant les articles 7, 9 et 13 du Pacte, a jugé que l'État défendeur avait effectivement violé ces dispositions (par. 5, al. 2), et 6, al. 1)). Dans la troisième affaire, *Mansour Ahani c. Canada*, le Comité des droits de l'homme a conclu à une violation de l'article 13 du Pacte, violation qui concernait non seulement le certificat énonçant les motifs d'expulsion, mais également «la décision prise par le ministre sur le risque de préjudice» avant l'expulsion du requérant vers le pays d'où il cherchait à trouver refuge. Le Comité n'a pas accepté qu'«il existait des raisons impérieuses de sécurité nationale qui exemptaient l'État partie de l'obligation que lui faisait cet article d'accorder les protections procédurales en question» et a jugé que le requérant devait bénéficier de ces protections (par. 10.8, et voir par. 10.9 et 12).

152. Dans son observation générale n° 31 (2004) sur *La nature de l'obligation juridique générale incombant aux États parties au Pacte*, le Comité des droits de l'homme a précisé encore sa position sur le contenu matériel

du droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique. Le Comité a ajouté que les Etats parties avaient :

«l'obligation de ne pas extraditer, déplacer, expulser quelqu'un ou le transférer par d'autres moyens de leur territoire s'il existe des motifs sérieux de croire qu'il y a un risque réel de préjudice irréparable dans le pays vers lequel doit être effectué le renvoi ou dans tout pays vers lequel la personne concernée peut être renvoyée par la suite, tel le préjudice envisagé aux articles 6 et 7 du Pacte» (par. 12).

Ce point de vue a une incidence sur la relation qui existe entre les droits protégés par le Pacte, question que j'examinerai maintenant.

### 3. *La relation entre les droits protégés*

153. J'ai déjà mentionné la défense, dans le cadre de la présente affaire, du droit de ne pas être soumis à de mauvais traitements, *stricto sensu*, consacré aux articles 7 et 10, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (*supra*). Le Comité des droits de l'homme a une vaste pratique de ces dispositions; au plan régional, ce droit a fait l'objet d'une importante jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme ainsi que de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. L'examen approfondi de cette question dépasse les limites de la présente opinion individuelle. J'ajouterai seulement que la notion de mauvais traitements *lato sensu* peut être déduite également d'une combinaison des articles du Pacte dont les dispositions portent sur d'autres droits protégés.

154. Par exemple, dans l'affaire *Hammel c. Madagascar* déjà mentionnée, le Comité des droits de l'homme a établi un lien entre le paragraphe 4 de l'article 9 et l'article 13 du Pacte, et il a jugé que les deux dispositions avaient été violées: le paragraphe 4 de l'article 9 parce que, la victime n'ayant pu contester son arrestation (pendant la détention qui a précédé son expulsion), elle n'a pas pu engager de procédure devant un tribunal pour lui demander de statuer sur la légalité de son arrestation; et l'article 13 parce que, pour des raisons «qui n'étaient pas des raisons impérieuses de sécurité nationale», le requérant n'avait pu «faire valoir des motifs contre son expulsion» et «faire examiner son cas par une autorité compétente dans un délai raisonnable» (par. 19, al. 4), et 20).

155. De même, l'article 13 du Pacte semble être lié, notamment, à l'article 12 (sur le droit à la liberté de circulation). Ces deux articles, lus conjointement, garantissent un ensemble de droits individuels liés essentiellement à la liberté de circulation. Le paragraphe 1 de l'article 12 dit que «[q]uiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence». Quant au paragraphe 4 de cet article, il précise que «[n]ul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays».

156. On ne saurait passer sous silence le fait que, dans les circonstances de la présente affaire, le paragraphe 4 de l'article 12 du Pacte garantit

une protection illimitée contre l'expulsion aux étrangers qui, comme M. A. S. Diallo, ont établi avec le temps une relation tellement étroite avec l'Etat de résidence que ce dernier est pratiquement devenu leur «patrie»: dans le cas d'espèce, M. A. S. Diallo est arrivé dans l'Etat de résidence à l'âge de 17 ans et y a résidé pendant trente ans<sup>107</sup>. De même, dans l'affaire *Hammel c. Madagascar* (1987), M. E. Hammel avait pratiqué le droit à Madagascar pendant dix-neuf ans avant d'en être expulsé le 11 février 1982 sans être inculpé ni traduit devant un magistrat pour répondre de quelque chef d'accusation que ce soit (par. 18.2).

157. L'adoption d'une vue holistique des droits protégés par le Pacte semble avoir aidé le Comité des droits de l'homme à préciser certains aspects des affaires qui lui ont été soumises. Par exemple, s'agissant d'une violation éventuelle d'autres droits de l'homme garantis par le Pacte, le Comité a jugé qu'il *pouvait y avoir violation du droit à la vie de famille* d'une personne (art. 17) lorsque son expulsion entraînait sa séparation de sa famille. Bien que le simple fait que l'un des membres d'une famille ait le droit de rester sur le territoire d'un Etat partie ne fasse pas forcément de l'éviction d'autres membres de la même famille une immixtion du même ordre<sup>108</sup>, le Comité a cru bon de préciser:

«Les critères pertinents pour déterminer si une immixtion dans la vie de famille peut être objectivement justifiée doivent être examinés à la lumière, d'une part, de l'importance des raisons qui poussent un Etat à expulser l'intéressé et, d'autre part, de la gravité des difficultés que connaîtraient la famille et ses membres par suite de cette expulsion.»<sup>109</sup>

#### VIII. DÉVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE RELATIVE AU DROIT À L'INFORMATION SUR L'ASSISTANCE CONSULAIRE DANS L'UNIVERS CONCEPTUEL DES DROITS DE L'HOMME

##### 1. *Le droit individuel par-delà la dimension interétatique*

158. Dans son solide et novateur avis consultatif n° 16 du 1<sup>er</sup> octobre 1999 relatif au droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre d'une procédure régulière, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), après avoir passé en revue l'histoire législative et l'évolution de l'application de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963, a exprimé l'avis que le titulaire des droits mentionné dans cette disposition:

«[était] l'individu. En fait, le libellé de cet article ne laisse aucun doute sur le fait que les droits à l'information consulaire et à la noti-

<sup>107</sup> République de la Guinée, par. 1.122.

<sup>108</sup> *Winata c. Australie*, 21 juillet 2001, CCPR/C/72/D/930/2000, par. 7.1.

<sup>109</sup> *Madafferi c. Australie*, 26 juillet 2004, CCPR/C/81/D/1011/2001, par. 9.8; voir aussi *Byahuranga c. Danemark*, 1<sup>er</sup> novembre 2004, communication n° 1222/2003, par. 11.9.

fication sont « accordés » à la personne. A cet égard, l'article 36 est une exception notable par rapport aux droits et obligations essentiellement étatiques prévus dans les autres dispositions de la convention de Vienne sur les relations consulaires. Interprété dans le sens que lui donne la Cour dans le présent avis consultatif, l'article 36 constitue un progrès notable par rapport aux conceptions traditionnelles du droit international en la matière.

Les droits accordés à l'individu à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36, cité plus haut, concordent avec les termes de l'alinéa *[c)*] qui le suit ... L'exercice du droit mentionné n'est limité que par le choix de l'individu.

La Cour conclut donc que l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires confère à l'étranger détenu des droits individuels qui sont la contrepartie des droits correspondants de l'Etat hôte. Cette interprétation est étayée par l'histoire législative de cet article. Bien que certains Etats aient estimé peu approprié en principe d'inclure dans le traité des clauses concernant les droits des nationaux de l'Etat d'envoi, il a été jugé en définitive que rien n'empêchait que cet instrument confère des droits aux individus.» (Par. 82-84.)

159. La CIDH a ajouté que la communication consulaire mentionnée à l'article 36 de la convention de Vienne de 1963

« concerne effectivement la protection des droits du national de l'Etat d'envoi et peut lui être utile. C'est ainsi qu'il convient d'interpréter la fonction de « protection des intérêts » du national et la possibilité de lui fournir « aide et assistance », particulièrement en prenant des dispositions pour qu'il soit adéquatement « représenté devant les tribunaux. » (Par. 87.)

Pour résumer, dans son avis consultatif n° 16 de 1999, la CIDH a jugé que l'article 36 de la convention de Vienne de 1963 reconnaissait à l'étranger détenu des droits individuels — notamment le droit à l'information sur l'assistance consulaire — auxquels correspondent des obligations pour l'Etat de résidence (par. 84 et 140).

160. La CIDH a fait observer que l'interprétation évolutive et l'application du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme<sup>110</sup> avaient eu « un impact positif sur le droit international en affirmant et en développant la capacité de ce dernier de régir les relations entre les

<sup>110</sup> La Cour a déclaré que « les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments vivants, dont l'interprétation doit suivre l'évolution des temps et les conditions de vie actuelles » (par. 114). La Cour a bien dit que, dans son interprétation des normes de la convention américaine des droits de l'homme, elle devait viser à élargir la protection à de nouvelles situations sur la base des droits préexistants.

Etats et les personnes relevant de leur juridiction respective» (par. 115). La CIDH a donc adopté «l'approche appropriée» lorsqu'elle a examiné la question qui lui avait été soumise dans le cadre de «l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine dans le droit international contemporain» (par. 114-115).

161. La CIDH a été d'avis que, pour préserver la procédure régulière, «un défendeur doit être en mesure d'exercer ses droits et de défendre ses intérêts de façon effective et en pleine égalité procédurale avec les autres défendeurs» (par. 117). Pour atteindre ses objectifs, «le processus judiciaire doit reconnaître et corriger les facteurs d'inégalité réelle» entre les justiciables (par. 119); ainsi, informer les personnes privées de leur liberté à l'étranger de leur droit de communiquer avec leur consul contribue à garantir leur défense et le respect de leurs droits procéduraux (par. 121-122). Le droit de l'individu à l'information au titre de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires rend donc effectif le droit à une procédure régulière (par. 124)<sup>111</sup>.

162. La CIDH a ainsi lié le droit en question à l'évolution des garanties d'une procédure régulière. Cet avis consultatif n° 16 de la CIDH, qui est vraiment novateur, a servi d'inspiration à la jurisprudence internationale *in statu nascendi* sur la question<sup>112</sup> et a une incidence sensible sur la pratique des Etats de la région dans ce domaine. En outre, cet avis consultatif historique révèle l'impact du droit international des droits de l'homme sur l'évolution du droit international public lui-même, parce que la CIDH a été le premier tribunal international à préciser que le non-respect de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 entraîne des conséquences néfastes non seulement pour l'Etat partie mais également pour les personnes concernées<sup>113</sup>.

## 2. *L'humanisation du droit consulaire*

163. Cet avis consultatif a été suivi quatre ans plus tard, dans le même esprit, de l'avis consultatif n° 18 de la CIDH, en date du 17 septembre 2003, sur *La situation juridique et les droits des migrants sans papiers*. Ce dernier avis consultatif a ouvert de nouvelles perspectives à la protec-

<sup>111</sup> La non-observation ou le fait de faire obstacle à l'exercice de ce droit a une incidence sur les garanties judiciaires (par. 129).

<sup>112</sup> Comme l'a vite reconnu la doctrine; voir, par exemple, G. Cohen-Jonathan, «Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (2000)», *Annuaire français de droit international*, vol. 46 (2000), p. 642; M. Mennecke, «Towards the Humanization of the Vienna Convention of Consular Rights — The *LaGrand* Case before the International Court of Justice», *German Yearbook of International Law/Jarbuch für internationales Recht*, vol. 44 (2001), p. 430-432, 453-455, 459-460 et 467-468; Ph. Weckel, M. S. E. Helali et M. Sastre, «Chronique de jurisprudence internationale», *Revue générale de droit international public*, vol. 104 (2000), p. 794 et 791; Ph. Weckel, «Chronique de jurisprudence internationale», *Revue générale de droit international public*, vol. 105 (2001), p. 764-765 et 770.

<sup>113</sup> Ainsi que la CIJ l'a également reconnu, dans l'affaire *LaGrand*.



tion des migrants, en reconnaissant la prééminence de leurs droits inhérents en tant que personnes humaines, en dépit de leur statut de migrants<sup>114</sup>. La Cour a dit clairement que les Etats doivent respecter les droits de l'homme et veiller à leur respect à la lumière du principe général et fondamental d'égalité et de non-discrimination, et que tout traitement discriminatoire en ce qui concerne la protection et l'exercice des droits de l'homme engage la responsabilité internationale des Etats. De l'avis de la CIDH, le principe fondamental d'égalité et de non-discrimination est entré dans le domaine du *jus cogens*.

164. La CIDH a ajouté que les Etats ne peuvent exercer de discrimination ou tolérer de situations discriminatoires au détriment des migrants et doivent garantir une procédure régulière à toute personne, indépendamment de son statut en tant que migrant. Ce statut ne saurait justifier que l'on prive une personne de la jouissance et de l'exercice de ses droits de l'homme, y compris les droits du travail. Les travailleurs migrants sans papiers ont les mêmes droits du travail que les autres travailleurs de l'Etat d'emploi, et ce dernier doit veiller au respect de ces droits dans la pratique. Les Etats ne peuvent subordonner l'observation du principe d'égalité devant la loi et de non-discrimination aux objectifs de leurs politiques de migration ou autres<sup>115</sup>.

165. Dans son avis consultatif n° 18, la CIDH a adopté la même interprétation dynamique ou évolutive du droit international des droits de l'homme qu'elle l'avait fait en 1999, quatre ans plus tôt, dans son avis consultatif n° 16<sup>116</sup>. En 2003, la CIDH a réitéré et développé sa vision

<sup>114</sup> Ce récent avis consultatif n° 18 a également un impact sur la théorie et la pratique du droit international dans le domaine de la protection des droits de l'homme des migrants qui nous intéresse ici — ainsi que cela a été rapidement reconnu dans la doctrine; voir, par exemple, L. Hennebel, «L'humanisation du droit international des droits de l'homme — Commentaire sur l'avis consultatif n° 18 de la Cour interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 15 (2004), n° 59, p. 747-756; S. H. Cleveland, «Legal Status and Rights of Undocumented Migrants — Advisory Opinion OC-18/03 [of the] Inter-American Court of Human Rights», *American Journal of International Law*, vol. 99 (2005), p. 460-465; C. Laly-Chevalier, F. da Poïan et H. Tigroudja, «Chronique de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme» (2002-2004), *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 16 (2005), n° 62, p. 459-498.

<sup>115</sup> De plus, les quatre opinions individuelles présentées allaient toutes dans le même sens, ce qui est significatif. Dans ma propre opinion concordante, assez exhaustive, en tant que président de la Cour à l'époque, j'ai traité neuf points, à savoir : a) la *civitas maxima gentium* et l'universalité de la famille humaine; b) les disparités du monde contemporain et la vulnérabilité des migrants; c) la réaction de la conscience juridique universelle; d) la construction du droit d'asile individuel subjectif; e) la position et le rôle des principes généraux du droit; f) les principes fondamentaux comme substrat de l'ordre juridique lui-même; g) le principe d'égalité et de non-discrimination dans le droit international des droits de l'homme; h) l'émergence, le contenu et la portée du *jus cogens*; i) l'émergence et la portée des obligations *erga omnes* de protection (leurs dimensions horizontale et verticale).

<sup>116</sup> Dans ce seizième avis consultatif très important et novateur, la Cour interaméricaine a précisé que, dans son interprétation des normes de la convention américaine, elle se devait d'élargir la protection à de nouvelles situations (comme celle concernant l'observa-

dans son avis consultatif n° 18 sur *La situation juridique et les droits des migrants sans papiers*, fondée sur les concepts émergents du *jus cogens* et des obligations de protection *erga omnes* (dans leurs dimensions horizontale et verticale). L'orientation de cet édifice jurisprudentiel est claire : l'assistance et la protection consulaires se sont rapprochées considérablement de la protection des droits de l'homme.

166. L'assistance et la protection consulaires se sont en effet sensiblement *juridictionnalisées* en intégrant, dans la perspective avancée par la Cour interaméricaine, une conception élargie de la *procédure régulière*, propre à notre temps. Cette évolution imprègne peu à peu la doctrine contemporaine, qui reconnaît maintenant à juste titre que, si la protection diplomatique demeure inévitablement discrétionnaire et conserve une dimension interétatique, si peu satisfaisante soit-elle, l'assistance et la protection consulaires sont maintenant liées aux garanties obligatoires de la procédure régulière dans le cadre du droit international des droits de l'homme<sup>117</sup>. Les bénéficiaires de cette évolution sont, en définitive, les individus en difficulté, en particulier ceux qui sont privés de leur liberté personnelle à l'étranger.

### 3. Le caractère irréversible du progrès de l'humanisation

167. L'avis consultatif n° 16 (du 1<sup>er</sup> octobre 1999) de la CIDH sur *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière* a été souvent évoqué par les parties (dans la procédure tant écrite qu'orale) qui se sont opposées devant la CIJ dans les affaires *LaGrand* et *Avena*. Dans l'affaire *LaGrand*, cet avis consultatif a été invoqué par l'Allemagne dans son mémoire (du 16 septembre 1999, par. 4.13) et par les Etats-Unis dans leur contre-mémoire (du 27 mars 2000, par. 102, note 110); l'Allemagne<sup>118</sup> et les Etats-Unis<sup>119</sup> y sont tous deux revenus dans leurs plaidoiries.

168. De même, dans l'affaire *Avena*, cet avis consultatif de la CIDH a été invoqué au cours de la procédure écrite, d'abord par le Mexique dans sa requête (par. 65, 77 et 271) puis dans son mémoire (du 20 juin 2003, par. 157-158, 194, 332, 336 et 344), et ensuite par les Etats-Unis dans leur contre-mémoire (par. 6.84). Le Mexique l'a cité de nouveau dans ses plaidoiries devant la Cour<sup>120</sup>. Celle-ci était évidemment tout à fait consciente du contenu inspirant de l'avis consultatif n° 16 de la CIDH sur *Le droit*

---

tion du droit à l'information sur l'assistance consulaire) sur la base des droits préexistants (*supra*).

<sup>117</sup> Voir E. Decaux, « La protection consulaire et les droits de l'homme », dans Société française pour le droit international (SFDI), *La protection consulaire* (Journée d'études de Lyon de 2005), Paris, Pedone, 2006, p. 56-57, 64 et 69-72.

<sup>118</sup> CR 2000/26 du 13 novembre 2000, par. 10-14; CR 2000/27 du 13 novembre 2000, par. 21, 23 et 29; CR 2000/30 du 16 novembre 2000, par. 4-5 et 10-11.

<sup>119</sup> CR 2000/29 du 14 novembre 2000, par. 6.23; CR 2000/31 du 17 novembre 2000, par. 4.7.

<sup>120</sup> CR 2003/24 du 15 décembre 2003, par. 34-36 et 39; CR 2003/25 du 15 décembre 2003, par. 451.

à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière (1999) lorsqu'elle a rendu ses arrêts dans les affaires *LaGrand* (2001) et *Avena* (2004), bien qu'elle n'ait pas jugé bon de mentionner ce précédent judiciaire pertinent, comme elle aurait dû le faire les deux fois.

169. Dans le même esprit que l'avis consultatif novateur n° 16 de la CIDH, la CIJ a aussi identifié, en l'affaire *LaGrand* (arrêt du 27 juin 2001), les «droits individuels» garantis par le paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963 (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 494, par. 77). Mais la Cour s'est arrêtée à mi-chemin dans son raisonnement, sans aller jusqu'à intégrer ces droits individuels dans l'univers conceptuel des droits de l'homme. Plus tard, en l'affaire *Avena* (arrêt du 31 mars 2004), la Cour a lié les droits individuels garantis dans cette disposition aux obligations correspondantes de l'Etat concerné (*C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 46, par. 76).

170. Dans cette même affaire *Avena*, la Cour a dû répondre à la thèse défendue par le Mexique — et tout à fait conforme à l'avis consultatif n° 16 de 1999 de la CIDH (*supra*) — selon laquelle :

«le droit de notification et de communication consulaires prévu par la convention de Vienne est un droit de l'homme fondamental faisant partie des droits de la défense (*due process*) en procédure pénale et devant être garanti sur le territoire de chacune des parties contractantes de la convention de Vienne; selon le Mexique, ce droit, en tant que tel, est si fondamental que sa violation a *ipso facto* pour effet de vicier l'ensemble de la procédure pénale conduite en contravention dudit droit.» (*Ibid.*, p. 60-61, par. 124.)

171. Après avoir résumé l'argument du Mexique fondé sur l'avis consultatif n° 16 de la CIDH, la Cour a reculé d'un pas lorsqu'elle a soudainement ajouté, sur un ton assez dogmatique et autoritaire :

«Sans qu'il lui soit nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si le droit en cause est ou non un droit de l'homme, la Cour fera observer que ni le texte ni l'objet et le but de la convention, ni aucune indication qui figurerait dans les travaux préparatoires, ne permettent d'arriver à la conclusion que le Mexique tire de cet argument.» (*Ibid.*, p. 61, par. 124.)

La Cour a rapidement conclu, *ex cathedra*, que la conclusion du Mexique ne pouvait en conséquence être accueillie (*ibid.*, p. 61, par. 125).

172. Pourtant, si la Cour n'était pas prête à accueillir la thèse du Mexique et estimait — pour des raisons qui m'échappent — qu'elle n'avait pas besoin de se prononcer sur cette question, elle n'aurait pas dû s'exprimer ainsi sans indiquer sur quelle base elle se fondait. L'autorité d'un argument est toujours plus persuasive que l'argument d'autorité. Le fait est que l'affirmation de la Cour est, *data venia*, sans fondement. Elle ne

résiste pas à un examen attentif, ni au regard du *texte* de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne de 1963, ni au regard de son objet et de son but, ou de ses travaux préparatoires.

a) *Le texte de la convention de Vienne de 1963*

173. Selon le *texte*, il a déjà été indiqué que c'est l'*individu* qui est titulaire du droit à l'information sur l'assistance consulaire, comme il est précisé dans la dernière partie de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne de 1963 (*supra*). Le dernier membre de phrase de cet alinéa ne laisse en effet aucun doute sur le fait que *c'est l'individu, et non l'Etat*, qui est le titulaire du droit d'être informé sur l'assistance consulaire. Quels que soient les liens qui existent entre cette disposition et les obligations des Etats parties, il s'agit de toute évidence d'un *droit individuel*. Toute violation de ce droit individuel met inévitablement en danger la garantie d'une procédure régulière.

174. Comme l'a dit fort à propos la Cour interaméricaine dans son avis consultatif n° 16 de 1999,

«[L]e Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaît le droit à une procédure régulière (article 14), droit qui «découle de la dignité inhérente à la personne humaine». Cet article énumère un certain nombre de garanties qui s'appliquent à «toute personne qui est accusée d'une infraction pénale» et, à cet égard, il est conforme aux principaux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

De l'avis de la Cour, pour qu'il y ait «procédure régulière», le défendeur doit être en mesure d'exercer ses droits et de défendre ses intérêts de façon effective et en pleine égalité procédurale avec les autres défendeurs. Il est important de rappeler que le processus judiciaire vise à assurer, autant que possible, le règlement équitable d'un différend. L'ensemble des procédures de nature diverse que l'on regroupe généralement sous l'appellation de procédure régulière a pour unique but d'atteindre cet objectif. Pour protéger l'individu et garantir la justice, de nouveaux droits procéduraux se sont graduellement ajoutés au cours du développement historique du processus judiciaire. Parmi ces nouveaux droits, on compte celui de ne pas s'incriminer soi-même et de ne parler qu'en présence d'un avocat. Ces deux droits sont déjà intégrés à la législation et à la jurisprudence des systèmes juridiques les plus avancés. Aussi l'ensemble de garanties judiciaires prévues à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques a-t-il évolué peu à peu. C'est un ensemble de garanties judiciaires auxquelles d'autres droits ou garanties de même nature, inscrits dans différents instruments de droit international, peuvent et doivent s'ajouter.

A cet égard, la Cour a jugé que les exigences procédurales qui doivent être respectées pour que les garanties judiciaires soient effectives et appropriées «visent à protéger, à garantir ou à affirmer un droit ou son exercice» et sont «les conditions préalables nécessaires pour

garantir la protection adéquate des personnes dont les droits ou les obligations sont en instance devant les tribunaux».

Si l'on veut qu'il atteigne ses objectifs, le processus judiciaire doit reconnaître et corriger les facteurs d'inégalité réelle entre les justiciables, et reconnaître ainsi le principe d'égalité devant la loi et la justice et le principe de non-discrimination qui en découle. L'existence de désavantages réels appelle des mesures de compensation, qui aident à réduire ou à éliminer les obstacles et les lacunes qui entravent ou réduisent la possibilité de défendre effectivement ses intérêts. Sans de telles mesures, largement reconnues aux différentes étapes de la procédure, l'on pourrait difficilement dire que les personnes désavantagées ont vraiment la possibilité d'obtenir justice et de bénéficier de la procédure régulière sur un pied d'égalité avec les personnes qui ne le sont pas.

C'est la raison pour laquelle un interprète est présent lorsque l'accusé ne parle pas la langue de la Cour, et c'est pourquoi l'on accorde au détenu étranger le droit d'être informé qu'il peut faire appel à l'assistance de son consulat. Ces mesures permettent à l'accusé d'exercer pleinement d'autres droits qui sont offerts à tous en vertu de la loi. Tous ces droits sont inextricablement liés et forment l'ensemble des garanties d'une procédure régulière.

Dans le cas sur lequel porte le présent avis consultatif, la situation réelle des ressortissants étrangers qui font face à une procédure pénale doit être prise en considération. Leurs droits les plus précieux au regard de la loi, peut-être même leur vie, sont en jeu. En pareilles circonstances, il est évident qu'être informé de son droit de contacter un agent consulaire de son pays améliore considérablement les chances de l'accusé de se défendre, et la procédure, y compris l'enquête policière, a plus de chances de se dérouler conformément à la loi et dans le respect de la dignité de la personne humaine.

La Cour estime donc que le droit individuel analysé dans le présent avis consultatif doit être reconnu et doit compter parmi les garanties minimales essentielles pour offrir aux ressortissants étrangers la possibilité de préparer adéquatement leur défense et de bénéficier d'un procès équitable.

L'insertion de ce droit dans la convention de Vienne sur les relations consulaires — et les discussions qui ont entouré la rédaction de cette convention — témoignent du fait que, selon les rédacteurs de la convention, le droit à l'information sur l'assistance consulaire est un moyen de défense de l'accusé qui a des répercussions — parfois décisives — sur l'exercice des autres droits procéduraux de l'accusé.

En d'autres termes, grâce au droit à l'information que l'individu tient de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires, le droit à une procédure régulière garanti par l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques peut avoir des effets pratiques dans des affaires concrètes; les garanties minimales énoncées à l'article 14 du Pacte peuvent être amplifiées à la lumière d'autres instruments internationaux

comme la convention de Vienne sur les relations consulaires, qui élargit la portée de la protection garantie aux accusés.» (Par. 116-124.)

b) *L'objet et le but de la convention de Vienne de 1963*

175. Quant à *l'objet et au but* de la convention de Vienne sur les relations consulaires, ils sont touchés, voire compromis, en cas de violation du droit individuel à l'information sur l'assistance consulaire (alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention). En effet, l'objet et le but de la convention de Vienne de 1963 résident dans les intérêts *communs* de tous les Etats parties, au sens où cette convention vise à garantir le respect par les Etats parties de toutes les obligations qui y sont énoncées, y compris celle de respecter le droit individuel en cause. En conséquence, s'agissant de l'assistance consulaire, la préservation et le respect du droit individuel à l'information sur cette assistance (alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36) sont essentiels si l'on doit réaliser l'objet et le but de la convention de Vienne sur les relations consulaires.

c) *Les travaux préparatoires de la convention de Vienne de 1963*

176. Les travaux préparatoires de cette disposition de la convention de Vienne de 1963 fournissent des indications précieuses à ce sujet. S'ils ont été quelque peu négligés par la doctrine, ces travaux préparatoires ont été étudiés de près dans le cadre de l'avis consultatif n° 16 de 1999 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) sur *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière*. Les conclusions formulées par la CIDH sur cette question sont fondées sur une analyse approfondie des travaux préparatoires de la convention de Vienne de 1963.

177. Outre les éléments de ces travaux dont fait mention la CIDH dans son avis consultatif n° 16 de 1999<sup>121</sup> (et également évoqués devant elle au cours de la procédure<sup>122</sup>), je crois bon d'ajouter, dans mon opinion individuelle en cette récente affaire *Ahmadou Sadio Diallo* dont la Cour vient de connaître, les éléments ci-après, qui me paraissent pertinents pour la compréhension de la question. Au cours des débats de la Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires tenue à Vienne en 1963, le délégué de la Grèce (M. Spyridakis), par exemple, a déclaré que l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de [ce qui était alors] le projet de convention avait pour but «d'établir une garantie supplémentaire des droits de l'individu et de renforcer l'idéal de l'humanisme»<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> Par. 90, notes 71-73.

<sup>122</sup> Voir, par exemple, CIDH, avis consultatif n° 16, sur *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière* (1999), série B (Mémoires, plaidoiries et documents), 2000, p. 39, 66-67, 74, 88, 90-91, 93-94, 117, 129, 131, 146, 167 et 206-207.

<sup>123</sup> *Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires* (Vienne, 4 mars-22 avril 1963), vol. I — Nations Unies, *Documents officiels*, New York, 1963, p. 39.

Soulignant la pertinence de cette disposition, il a ajouté que ce travail de codification du droit international sur les relations consulaires avait pris en compte la promotion et la protection des droits de l'homme et que «les générations futures seraient reconnaissantes» à cet égard<sup>124</sup>.

178. Le délégué australien (M. Woodberry), abondant dans ce sens, a souligné pour sa part qu'il importait, dans le contexte de l'assistance consulaire, d'assurer le respect des droits fondamentaux de l'individu, qui découlaient d'un «principe sur lequel les Nations Unies étaient fondées»<sup>125</sup>. Le délégué de la Corée (M. Chin) a jugé pertinent de signaler que le devoir de l'Etat de résidence au titre de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), était «extrêmement important, puisqu'il était lié à l'un des droits fondamentaux et indispensables de l'individu»<sup>126</sup>.

179. Dans la même ligne de pensée, le délégué de la Tunisie (M. Bouziri) a aussi relevé l'importance considérable de l'assistance consulaire, la détention étant «une grave atteinte à la liberté et à la dignité de l'individu»; les mesures prévues à l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), du projet de convention étaient donc «nécessaires pour protéger les droits des étrangers»<sup>127</sup>. Le même argument a été avancé par les délégués du Royaume-Uni (M. Evans)<sup>128</sup> et du Koweït (M. S. M. Hosni)<sup>129</sup>. Le délégué de la France (M. de Menthon) a souligné la nécessité de faire respecter l'un des droits fondamentaux de l'individu et donc de renforcer l'information sur l'assistance consulaire<sup>130</sup>.

180. Le délégué de l'Espagne (M. Pérez Hernandez) considérait le droit de recevoir de l'information sur l'assistance consulaire et de bénéficier, s'ils le souhaitaient, d'une telle assistance comme «l'un des droits les plus sacrés des résidents étrangers d'un pays»<sup>131</sup>. Le délégué du Vietnam (M. Vu-Van-Mau) a signalé que, en tant que titulaire du droit à l'information sur l'assistance consulaire, c'était l'individu lui-même qui devait décider s'il souhaitait ou non avoir recours à l'assistance de son consul: il s'agissait ici des «droits de la personne détenue»<sup>132</sup>. De même, le délégué de l'Inde (M. Krishna Rao) a déclaré qu'il appartenait à l'individu concerné de décider s'il souhaitait ou non se prévaloir de l'assistance consulaire<sup>133</sup>.

181. Sur ce dernier point, les délégués de l'Equateur (M. Alvarado Garaicoa)<sup>134</sup> et de l'Ukraine (M. Zabigailo)<sup>135</sup> ont évoqué la Décla-

<sup>124</sup> *Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, op. cit. supra* note 123, p. 339.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 331-332.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 338.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 339.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 339.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 332.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 38, 332 et 344.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 332, et voir aussi p. 335 et 344.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 339, et voir p. 333.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 333.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 46.

ration universelle des droits de l'homme de 1948. Le délégué de la Suisse (M. Serra) s'est référé pour sa part, à propos de l'assistance consulaire, à «la liberté de la personne humaine» et à «l'expression de la volonté de l'individu», qu'il considérait comme les «principes fondamentaux» pris en compte dans les «instruments conclus sous les auspices des Nations Unies»<sup>136</sup>. Il a insisté sur le fait que :

«[L]a délégation suisse était prête à accepter toute proposition qui ferait mention du souhait librement exprimé de la personne intéressée. Tel était l'objet de son amendement visant à ajouter un nouveau paragraphe ... L'important était que le principe essentiel ... énoncé dans un certain nombre de conventions bilatérales soit exprimé dans le texte que la conférence était en train de rédiger. [La Suisse] ne pourrait accepter une formulation qui ne mentionne pas la volonté des personnes intéressées.»<sup>137</sup>

#### d) *Appréciation générale*

182. Toutes les interventions évoquées plus haut, qui ont été faites à une étape avancée des travaux préparatoires de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 — qui, historiquement, ont précédé de trois ans l'adoption des deux pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme (le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) —, indiquent que, dès cette époque, les délégations participantes étaient conscientes de la nécessité d'inclure le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans l'univers conceptuel des droits de l'homme. Pas moins de dix-neuf interventions ont été faites en ce sens au cours de la conférence de Vienne de 1963.

183. En plus de ces interventions, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a présenté à la conférence un mémorandum dans lequel il précisait que le projet d'article 36 du projet de convention était l'une des deux dispositions du texte qui avaient une incidence directe sur son activité, sous l'angle de la protection des droits des nationaux de l'Etat d'envoi dans l'Etat de résidence<sup>138</sup>. L'impératif de protection des droits de l'homme était donc bien présent dans les esprits, *même avant l'adoption de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale en 1965 et des deux pactes des Nations Unies relatifs*

<sup>136</sup> *Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, op. cit. supra* note 123, p. 335.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 335. Sur l'amendement suisse, voir *Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires* (Vienne, 4 mars-22 avril 1963), vol. II — Nations Unies, *Documents officiels*, New York, 1963, p. 83. Dans le commentaire sur le projet d'article 36 du projet de convention, on lit que, «[s]i les droits prévus au présent article doivent s'exercer conformément aux lois et règlements de l'Etat de résidence, cela ne veut pas dire que ces lois et règlements pourraient mettre à néant les droits dont il s'agit»; *ibid.*, p. 25.

<sup>138</sup> Voir Nations Unies, doc. A/CONF.25/L.6, reproduit dans *Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, op. cit. supra* note 137, p. 53.



*aux droits de l'homme en 1966*, dès le début de la phase législative qui a vu la rédaction des traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme.

184. Cet impératif, de même que les conséquences juridiques de l'examen de cette question dans le cadre de l'univers conceptuel des droits de l'homme, étaient aussi présents, plus de trois décennies plus tard, dans l'esprit de la CIDH, laquelle leur a donné la forme voulue dans son avis consultatif n° 16 sur *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière* (1999) — renforcé ensuite par son avis consultatif n° 18 sur *La situation juridique et les droits des migrants sans papiers* (2003) — qui a contribué de façon décisive au processus d'*humanisation* du droit consulaire<sup>139</sup>, bien au-delà de sa dimension interétatique.

185. L'avis consultatif n° 16 de 1999 a été porté à l'attention de la CIJ à l'occasion d'affaires dont elle a connu et a ouvert la voie au raisonnement de la Cour dans les trois affaires *Breard*, *LaGrand* et *Avena*. Ce progrès dans l'humanisation du droit consulaire est sans nul doute irréversible. La conscience humaine, la conscience juridique universelle (en tant que source matérielle ultime du droit international) ont vite été éveillées à la nécessité de répondre à ce besoin pressant. La conscience humaine est vite devenue attentive au besoin de protéger la personne humaine dans toutes les circonstances, y compris lorsqu'elle est privée de sa liberté personnelle à l'étranger. Ce caractère irréversible de l'humanisation du domaine de droit international qui nous intéresse, entre autres, est rassurant.

186. Ce mouvement ne laisse place ni au recul ni à l'hésitation. L'examen qui précède montre clairement que, contrairement à ce que la Cour internationale de Justice a dit au paragraphe 124 (*cit. supra*, par. 171) de son arrêt de 2004 en l'affaire *Avena* (dans lequel elle rejetait une conclusion du Mexique), la question en cause — qui touche une disposition d'une convention des Nations Unies de portée universelle comme la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 — est une question que la Cour, en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies, doit effectivement juger ou trancher.

187. La Cour aurait pu le faire dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo* — car la question a été soulevée devant elle au cours de la phase orale de la procédure — mais elle a préféré traiter de façon assez sommaire l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne de 1963. D'autant plus — et encore une fois contrairement à ce que la Cour a affirmé en 2004 dans l'affaire *Avena* — que le texte, aussi bien que l'objet et le but de la convention de 1963, ainsi que plusieurs indications des travaux préparatoires (*supra*), étayaient à l'évidence le point de vue

<sup>139</sup> Voir A. A. Cançado Trindade, «The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case Law and Practice», *Chinese Journal of International Law*, vol. 6 (2007), p. 1-16.

(alors avancé par le Mexique sur la base de l'avis consultatif n° 16 de 1999 de la CIDH) selon lequel le droit à l'information sur l'assistance consulaire appartient à l'univers conceptuel des droits de l'homme et le méconnaître revient inéluctablement à saper les garanties judiciaires et à compromettre la régularité de la procédure.

188. Il ne convient pas que la Cour internationale de Justice continue à cultiver, dans ses *obiter dicta*, l'attribution ou l'ambiguïté, comme elle l'a fait au paragraphe 124 de son arrêt *Avena* de 2004. Bien plus, à l'ère de la transparence et de l'*Internet*, tenter capricieusement de passer sous silence ou de négliger la contribution d'autres tribunaux internationaux contemporains au développement progressif du droit international — au sens du progrès irréversible de son humanisation — revient à se couvrir les yeux d'un fragile bandeau pour occulter la lumière pénétrante du soleil.

#### IX. LA NOTION DE «SITUATION CONTINUE»:

##### LA PROJECTION DES VIOLATIONS DES DROITS DE L'HOMME DANS LE TEMPS

189. Après avoir examiné le contenu matériel des droits de l'homme protégés dans le cas d'espèce, ainsi que la jurisprudence relative au droit à l'information sur l'assistance consulaire dans l'univers conceptuel des droits de l'homme, je peux maintenant examiner le point suivant, avant de passer à la question du droit à réparation en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*. Je me permets maintenant d'aborder la notion de «situation continue» dans le cadre de la projection des violations des droits de l'homme dans le temps. Cette question n'a jusqu'à présent pas été résolue de façon satisfaisante dans la doctrine et le droit international contemporains et exige en conséquence un examen attentif.

190. Nous avons déjà vu que la CADHP, en l'affaire *Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers Committee for Human Rights et Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa c. Soudan* (1999), a établi qu'il y avait eu «de sérieuses et constantes violations de l'article 6»<sup>140</sup> de la Charte africaine (par. 122, *supra*). Ce n'est pas la seule apparition de la notion de «situation continue» dans la pratique de la Commission.

191. Pour ne citer qu'un autre exemple, dans sa décision en l'affaire *L. Zegveld et M. Ephrem c. Érythrée* (2003), la CADHP, après avoir jugé que onze personnes avaient, depuis septembre 2001, été gardées en détention «au secret, sans aucun accès aux tribunaux, à des avocats ou à leurs familles», a ajouté:

«Malheureusement, les droits de ces personnes *continuent d'être violés* jusqu'à présent, comme elles sont encore gardées au secret, en

<sup>140</sup> Les italiques sont de moi.

violation flagrante de leurs droits à la liberté et au recours à un procès équitable.»<sup>141</sup>

192. De même, dans sa pratique, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a reconnu l'existence de violations «continues» ou «persistantes» des droits de l'homme au regard du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le Comité a également parlé d'«effets continus» ou «persistants» de certaines violations des droits de l'homme commises au regard du Pacte, à propos des difficultés qu'il avait parfois rencontrées pour examiner *ratione temporis* certaines communications à lui soumises<sup>142</sup>. En fait, dans sa pratique, le Comité s'est montré très conscient du *facteur temps* dans le règlement des affaires soulevant des questions de compétence *ratione temporis*.

193. A cet égard, il peut également être fait mention de l'observation générale n° 26 (de 1997) du Comité, portant sur *La continuité des obligations* et l'incidence de cet aspect dans le droit des traités (par. 3). On peut également mentionner l'observation générale n° 31 (de 2004), dans laquelle le Comité s'est dit d'avis que le droit de l'individu à un recours utile

«p[ouvai]t dans certaines circonstances obliger l'Etat partie à prévoir et à appliquer des mesures provisoires ou conservatoires pour éviter la *poursuite des violations* et tenter de réparer au plus vite tout préjudice susceptible d'avoir été causé par de telles violations»<sup>143</sup>.

194. Bref, lorsqu'il a, dans l'exercice de ses fonctions, interprété le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité a selon moi bien identifié les dimensions *temporelle* et *spatiale* de la question et toutes leurs conséquences. S'agissant du temps, le Comité a, par exemple, fait siennes les notions de *situation continue* et d'*effets persistants* dans son traitement des communications, et, dans certaines circonstances, la notion de *victime potentielle*. S'agissant de l'espace, le Comité a approuvé l'application *extraterritoriale* des droits protégés. L'examen de ce dernier aspect dépasse cependant la portée de la présente opinion individuelle.

195. J'ai consacré une attention considérable à la notion de «situation continue» dans ma récente opinion dissidente en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie) (demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 329)*, question à laquelle j'ai consacré quatre sections (VII-X) de mon opinion, notamment sur les aspects suivants: *a)* les origines de ce concept dans la doctrine internationale (par. 60-64); *b)* sa configuration dans les affaires litigieuses et la jurisprudence internationales, dans le droit international

<sup>141</sup> Par. 57; les italiques sont de moi.

<sup>142</sup> Pour une évaluation récente, voir L. Hennebel, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies — Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2007, p. 374-381.

<sup>143</sup> Par. 19; les italiques sont de moi.

public ainsi que dans le droit international des droits de l'homme (par. 65-83); *c*) sa configuration dans les concepts juridiques internationaux adoptés au plan normatif; et *d*) sa présence en l'instance. Je ne reprendrai pas ici l'analyse déjà développée.

196. Je rappellerai seulement les considérations que j'ai présentées sur la construction jurisprudentielle de la notion de «situation continue» par les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme (par. 73-83). Les trois arrêts de la Cour interaméricaine dans l'importante affaire *Blake c. Guatemala* (exceptions préliminaires, 2 juillet 1996; fond, 24 janvier 1998; et réparations, 22 janvier 1999) et le récent arrêt de la Grande chambre de la Cour européenne en l'affaire *Varnava et autres c. Turquie* (18 septembre 2009) sont particulièrement instructifs à cet égard. Il n'est pas du tout étonnant que la notion de «situation continue» se soit développée particulièrement dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme. Cette évolution importante de la jurisprudence ne saurait aujourd'hui passer inaperçue à la CIJ.

197. Dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, la question qui nous intéresse est abordée dans la déclaration commune de cinq membres de la Cour<sup>144</sup> annexée à l'arrêt. Je me sens obligé d'ajouter encore à ce sujet une autre remarque, qui va dans le sens des observations déjà présentées dans cette section (IX) de mon opinion individuelle. Les préjudices subis par M. A. S. Diallo dans la présente affaire révèlent un *næud factuel*, des éléments de fait indissociables, dans les arrestations et placements en détention de 1988-1989 et de 1995-1996, avant l'expulsion de M. Diallo de son pays de résidence en 1996. Ces préjudices, qui se sont *prolongés dans le temps*, étaient contraires au droit applicable en l'espèce (articles 9 et 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 6 et paragraphe 4 de l'article 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires), interprété conformément à l'herméneutique des traités des droits de l'homme.

198. Lorsqu'il a été arrêté et placé en détention, M. A. S. Diallo n'a pas été informé des accusations portées contre lui et n'a pu se prévaloir sans délai de son droit à l'information sur l'assistance consulaire. Les préjudices qu'il a subis ont été accompagnés d'arbitraire de la part des autorités étatiques. De plus, il existait une chaîne de causalité, un *næud causal*, dans cette *séquence continue* d'événements, dont il doit être tenu compte (ce qui aura une incidence directe sur la réparation due à M. Diallo), élément que la majorité de la Cour n'a, malheureusement, pas pris en considération. La projection des droits de l'homme dans le temps soulève également la question du déni prolongé d'accès à la justice.

199. Ce *næud causal* aurait pu au moins être considéré comme un élément de preuve présenté devant la Cour, mais la majorité de la Cour l'a

<sup>144</sup> Voir déclaration commune de MM. les juges Al-Khasawneh, Simma, Bennouna, Cançado Trindade et Yusuf.

tout simplement écarté<sup>145</sup>. La Cour aurait pu — aurait dû à mon avis — au moins prendre en considération les circonstances de l'arrestation et de la détention de M. Diallo en 1988-1989 lorsqu'elle a examiné son arrestation et sa détention en 1995-1996, avant qu'il ne soit expulsé de la RDC en 1996. Si l'on garde à l'esprit les *nœuds factuel et causal* susmentionnés, il est difficile de nier qu'il y a eu une *situation continue* de violation des droits individuels de M. A. S. Diallo (spécifiés *supra*) pendant la période allant de 1988 à 1996.

#### X. L'INDIVIDU EN TANT QUE VICTIME : RÉFLEXIONS SUR LE DROIT À RÉPARATION

200. J'en viens maintenant à la question du droit à réparation dans la présente affaire. En ce qui concerne les points 7 et 8 (obligation de fournir une réparation appropriée) du dispositif de l'arrêt de la Cour dans cette affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, sur lesquels j'ai donné mon accord, je me sens obligé d'exprimer en outre ma préoccupation face au fait que la réparation adéquate doit encore attendre la décision ultérieure de la Cour à ce sujet (aux termes du point 7 du dispositif), au cas où les Parties ne pourraient se mettre d'accord sur cette question dans les six mois suivant l'arrêt. A mon avis, cette décision a les apparences d'une procédure arbitrale, plutôt que vraiment judiciaire, ce qui me semble un peu préoccupant.

201. Cette décision est particulièrement préoccupante si l'on tient compte du temps qu'il a fallu à la Cour pour examiner cette affaire. Depuis la requête introduite par la Guinée en 1998 jusqu'à la décision de la Cour en 2007 sur les exceptions préliminaires, près d'une décennie s'est écoulée<sup>146</sup>. Par la suite, entre le dépôt du contre-mémoire de la RDC en 2008 jusqu'à la fin de la procédure orale en 2010, trois autres années ont passé<sup>147</sup>. Enfin, la Cour vient de rendre aujourd'hui, le 30 novembre 2010, son arrêt au fond.

202. La Cour a donc été saisie de la demande principale en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* pendant près de douze ans, de la fin de décembre 1998 à la fin de novembre 2010. On ne saurait guère nier que la procédure a été lourde et prolongée, qu'elle a été spécialement exigeante du point de vue du temps, pour des raisons que l'on ne peut attribuer à la Cour elle-même, si l'on exclut le fait que la Cour semble avoir envisagé cette pro-

<sup>145</sup> Malgré ce qu'elle a partiellement reconnu au paragraphe 82 du présent arrêt.

<sup>146</sup> La requête introductive d'instance de la Guinée a été déposée auprès de la Cour le 28 décembre 1998 et son mémoire, le 23 mars 2001. La RDC a élevé, le 3 octobre 2002, des exceptions préliminaires auxquelles la Guinée a opposé sa déclaration écrite du 7 juillet 2003. Quatre ans plus tard, le 24 mai 2007, la Cour a rendu son arrêt sur les exceptions préliminaires.

<sup>147</sup> Le contre-mémoire de la RDC est daté du 27 mars 2008, la réplique de la Guinée a été déposée le 19 novembre 2008, et la duplique de la RDC le 5 juin 2009; les Parties ont présenté leurs plaidoiries devant la Cour entre le 19 et le 29 avril 2010.

cédure plutôt à la manière d'un tribunal arbitral — ce qu'il convient à mon avis d'éviter, *particulièrement lorsqu'il s'agit de réparation à raison de violations des droits de l'homme*. La Cour est maîtresse de sa compétence et de sa procédure, et une prolongation déraisonnable des délais doit être évitée.

203. En raison de la décision prise par la Cour au titre du point 8 du dispositif de l'arrêt, la détermination de la réparation est reportée initialement d'une période maximale de six mois. Cela ne me paraît pas raisonnable, étant donné que le titulaire des droits violés en l'espèce n'est pas l'Etat requérant, mais l'individu concerné, M. A. S. Diallo, qui est également, en définitive, le bénéficiaire de la réparation. Il n'est donc que normal de garder à l'esprit le droit à réparation de l'*individu* à la lumière du droit applicable en l'espèce — à savoir le droit international des droits de l'homme, plus particulièrement le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (en plus de la convention de Vienne sur les relations consulaires).

204. Cette question dépasse le domaine du droit procédural international, et nous fait entrer dans le domaine de l'épistémologie juridique, qui comprend notre propre conception du droit international à notre époque. Ici, l'Etat requérant est le demandeur, mais la victime est l'individu. L'Etat requérant demande réparation, mais le titulaire du droit à réparation est l'individu dont les droits ont été violés. L'Etat requérant n'a souffert aucun préjudice, mais plutôt des coûts et des dépens, lorsqu'il a fait sien la cause de son ressortissant à l'étranger. Le préjudice a été subi par l'individu lui-même (qui a subi des arrestations et une détention arbitraires ainsi que l'expulsion de l'Etat de résidence), et non par son Etat de nationalité.

205. L'individu concerné est le *début* et la *fin* de la présente procédure et sa saga n'a pas encore pris fin, en raison notamment de la prolongation déraisonnable de la procédure devant la Cour. Ainsi qu'en témoigne mon vote sur les différents points du dispositif, ces derniers m'ont inspiré des sentiments mitigés, en raison du manque de cohérence du raisonnement de la Cour sur les points successifs de sa décision. Il est temps que la Cour surmonte les *acrobaties intellectuelles* découlant d'une confiance induite dans la vieille fiction vattélienne, ranimée par la Cour permanente de Justice internationale dans la fiction *Mavrommatis*<sup>148</sup> (qui n'est en effet pas un principe, mais simplement une fiction largement dépassée).

<sup>148</sup> En l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, la Cour permanente de Justice internationale s'est exprimée comme suit :

« C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur,

206. La Cour ne peut continuer à raisonner dans les paramètres hermétiques de la dimension exclusivement interétatique. La reconnaissance du préjudice subi par l'individu (paragraphe 98 de l'arrêt) rend indéfendable la vieille théorie de l'affirmation par l'Etat de ses « droits propres », avec l'approche volontariste qui la sous-tend. Le titulaire du droit à réparation est l'individu qui a subi le préjudice et l'action de l'Etat dans le cadre de la protection diplomatique vise à obtenir la réparation due à l'individu concerné<sup>149</sup>. L'action entreprise dans le cadre de la protection diplomatique a pour but d'obtenir la réparation d'un préjudice, habituellement déjà consommé, au détriment de l'individu ; l'assistance et la protection consulaires, qui se rapprochent de nos jours beaucoup plus de la protection des droits de l'homme, s'exercent d'une manière plutôt *préventive* afin d'empêcher un préjudice probable ou nouveau pour l'individu concerné. Cette affinité entre l'assistance et la protection consulaires contemporaines et la protection des droits de l'homme est en grande partie attribuable au sauvetage historique de l'individu, de la personne humaine, en tant que sujet du droit international.

207. Si la Cour avait adhéré tout au long de son arrêt à l'herméneutique des traités des droits de l'homme invoqués par les Etats en présence *tout au long* de la procédure (*supra*), son arrêt aurait été beaucoup plus cohérent et satisfaisant. En particulier, l'allongement déraisonnable de la présentation de cette affaire devant la Cour et de son examen, s'ajoutant maintenant à la prolongation du règlement de la réparation due à l'individu concerné, met en lumière une préoccupation que j'ai soulevée plus d'une fois devant la Cour : comme j'ai essayé de le démontrer, sous forme de mise en garde, dans mon opinion dissidente (par. 46-64) en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) (mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 139)*, ainsi que dans mon opinion dissidente (par. 118) en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie) (demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010 (1), p. 329)*, le temps de la justice humaine n'est pas du tout celui des êtres humains.

---

l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international.

Il n'y a donc pas lieu, à ce point de vue, de se demander si, à l'origine du litige, on trouve une atteinte à un intérêt privé, ce qui d'ailleurs arrive dans un grand nombre de différends entre Etats. Du moment que l'Etat prend fait et cause pour un de ses nationaux devant une juridiction internationale, cette juridiction ne connaît comme plaideur que le seul Etat.» (P. 12.)

<sup>149</sup> Voir S. Touzé, *La protection des droits humains des nationaux à l'étranger — Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, p. 23, 228-229, 255-257, 319, 322-324 et 453-456 ; et C. Santuli, « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation — Eléments épars du statut international des sujets internes », dans Société française pour le droit international (SFDI), *Le sujet en droit international* (colloque du Mans, 2004), Paris, Pedone, 2005, p. 93-95.

208. Dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, les critères adoptés par le Comité des droits de l'homme sur la question à l'examen peuvent fournir une indication à la Cour pour déterminer une réparation appropriée pour les violations des droits garantis par le Pacte (*supra*) subies par la victime. Cela peut prendre en définitive la forme d'un dédommagement approprié (la *restitutio in integrum* étant peu probable) — parmi d'autres formes de réparation (satisfaction, excuses publiques, réhabilitation de la victime, garanties de non-répétition des actes préjudiciels, entre autres) — pour les violations des droits visés, c'est-à-dire dommages matériels et moraux, fixés dans une certaine mesure sur la base de considérations d'équité.

209. Dans les affaires de cette nature, cette réparation doit être accordée *du point de vue de la victime*, la personne humaine (ses demandes originales, ses besoins et ses aspirations). Les réparations appropriées lorsque les droits de l'homme sont en cause sont à examiner dans une perspective plus large. La jurisprudence internationale la plus avancée en ce qui concerne ces formes de réparation dans les affaires concernant les violations des droits de l'homme (individuels et collectifs) est à l'heure actuelle celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (*infra*). Puisqu'il s'agit ici du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies, il suffira de rappeler pour l'instant que, adoptant un raisonnement analogue, le Comité des droits de l'homme, dans son observation générale n° 31 (2004) sur *La nature de l'obligation juridique générale* (au titre de l'article 2) *incombant aux Etats parties au Pacte*, a rappelé que le paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte prévoyait le versement de réparations aux individus dont les droits aux termes du Pacte ont été violés, et il a noté à cet égard que les réparations pouvaient prendre la forme de :

«restitution, réhabilitation, mesures pouvant donner satisfaction (excuses publiques, témoignages officiels), garanties de non-répétition et modification des lois et pratiques en cause aussi bien que la traduction en justice des auteurs de violations de droits de l'homme» (par. 16).

210. Le paragraphe 5 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, déjà cité, stipule que «[t]out individu victime d'arrestation ou de détention illégale a droit à réparation». J'ai déjà insisté sur la nécessité de considérer l'article 9 du Pacte comme un tout (par. 35-49, *supra*), notamment son paragraphe 5. Dans sa pratique, lorsqu'il a constaté des violations de l'article 9 (et d'autres dispositions du Pacte, comme par exemple l'article 13), le Comité des droits de l'homme a accordé des dédommagements (une forme de réparation) selon la formule générale suivante :

«En vertu de l'article 2 du Pacte, l'Etat partie est tenu de prendre des mesures pour octroyer [au requérant] une réparation pour les violations qu'il a subies.»



211. L'article 2 du Pacte énonce une obligation *générale* des Etats parties<sup>150</sup>, qui s'ajoute aux obligations spécifiques concernant chacun des droits garantis par le Pacte. La formule générale citée plus haut permet une certaine latitude dans la définition des mesures de dédommagement ou d'autres formes de réparation accordées aux victimes. Le but final est naturellement, lorsque cela est possible, la *restitutio in integrum*, mais, lorsque cette dernière n'est pas possible, on doit avoir recours à d'autres formes adéquates de réparation, comme je l'ai déjà indiqué.

212. En tout état de cause, et quelles que soient les circonstances, il convient de rappeler que le devoir de réparation reflète un principe fondamental du droit international général, que la Cour permanente de Justice internationale a rapidement saisi dès sa toute première jurisprudence, et que la CIJ a repris à son compte dans la sienne<sup>151</sup>. Cette obligation de réparation est régie par le droit international sous tous ses aspects (par exemple la portée, les formes et les caractéristiques de la réparation, et ses bénéficiaires). En conséquence, le respect de cette obligation ne peut faire l'objet de modification ou de suspension, en quelque circonstance que ce soit, par les Etats défendeurs, sous prétexte que leur droit interne l'interdit ou y fait obstacle<sup>152</sup>.

<sup>150</sup> L'article 2 du Pacte relatif aux droits civils et politiques est ainsi libellé :

- « 1. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.
2. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur.
3. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à :
- a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles;
  - b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel;
  - c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié. »

<sup>151</sup> Voir *Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 21; Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 29; Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 228, entre autres.*

<sup>152</sup> Voir *Compétence des tribunaux de Dantzig, avis consultatif, 1928, C.P.J.I. série B n° 15, p. 26-27; « Communautés » gréco-bulgares, avis consultatif, 1930, C.P.J.I. série B n° 17, p. 32 et 35; Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, ordonnance du 6 décembre 1930, C.P.J.I. série A n° 24, p. 12, et arrêt, 1932, C.P.J.I. série AIB n° 46,*

XI. PAR-DELÀ LA DIMENSION INTERÉTATIQUE :  
LE DROIT INTERNATIONAL POUR LA PERSONNE HUMAINE

213. Dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, la protection diplomatique a été invoquée à l'origine, compte tenu des droits de propriété ou des investissements, mais la dynamique de l'affaire, au stade du fond, a connu une transformation et l'affaire est finalement devenue — ce qui est rassurant — une affaire de protection des droits de l'homme, des droits inhérents à la personne humaine, concernant sa liberté et sa sécurité juridique. Il est rassurant de constater que même un outil conçu dans l'optique interétatique comme la protection diplomatique peut finalement servir à garantir les droits de l'homme.

214. Il est difficile de dire si l'issue de la présente affaire correspond aux motivations originales qui ont été à sa source. Le traitement de chaque affaire par la justice internationale a sa propre dynamique. Pourtant, l'issue de la présente instance est effectivement de nature à rassurer, du point de vue des droits protégés, et elle contient quelques enseignements qui ne doivent pas être passés sous silence. Qu'il me soit permis de les examiner brièvement dans ma propre perspective.

215. Pour commencer, l'on ne devrait pas tenter de raviver la protection diplomatique traditionnelle, qui est par nature inévitablement discrétionnaire, en sous-estimant la protection des droits de l'homme — ainsi qu'il a été suggéré à la Commission du droit international (CDI) en 2000<sup>153</sup>. A mon sens, le legs le plus précieux de la pensée juridique internationale du XX<sup>e</sup> siècle à celle du nouveau siècle est le sauvetage historique de la personne humaine comme sujet de droits émanant directement du droit des gens, en tant que véritable sujet (et non seulement «acteur») du droit international contemporain. L'émergence du droit international des droits de l'homme a considérablement enrichi le droit international contemporain, tant du point de vue du fond que du point de vue de la procédure.

216. En deuxième lieu, une fois entrés dans l'univers conceptuel beaucoup plus large (et plus satisfaisant et gratifiant) du droit international des droits de l'homme, nous devons nous garder de toute perspective par-

p. 167; *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 44, p. 24.*

<sup>153</sup> Cette suggestion visait à implanter l'idée que les recours offerts par les traités et les instruments des droits de l'homme sont «faibles», alors que la protection diplomatique offre un «recours plus effectif», étant donné que «la plupart des Etats» la traiteront «plus sérieusement» qu'une plainte contre leur conduite introduite devant «un organe de surveillance des droits de l'homme»; CDI, «Premier rapport sur la protection diplomatique» (rapporteur J. R. Dugard), Nations Unies, doc. A/CN.4/506 du 7 mars 2000, par. 31. Cette suggestion élude simplement la question et fait fi des réalisations considérables accomplies au cours des dernières décennies dans le cadre du droit international des droits de l'homme (notamment les changements remarquables apportés aux législations nationales et aux pratiques administratives de nombreux pays), réalisations qui n'auraient jamais été possibles en vertu de la protection diplomatique discrétionnaire.

tielle ou fragmentaire<sup>154</sup>, comme celle qui a été proposée à la CDI il y a une décennie, et selon laquelle,

«bien que la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales puisse offrir de véritables recours à des millions d'Européens, il est difficile de soutenir que la convention américaine des droits de l'homme ou la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples aient atteint le même degré de succès»<sup>155</sup>.

217. Cette affirmation n'est tout simplement pas exacte. Si l'on peut être facilement amené, sur la foi de données statistiques, à cette «conclusion» hâtive, il convient selon moi de regarder les statistiques avec beaucoup de prudence, voire d'esprit critique, car elles cachent au moins autant qu'elles ne révèlent. Tous les progrès dans le domaine de la protection des droits de l'homme ne peuvent être quantifiés. Pour moi, la qualité l'emporte sur la quantité. Personne ne souhaite contester les réalisations considérables du système européen de protection des droits de l'homme, dont témoigne sa vaste et remarquable jurisprudence, par exemple sur le droit à la liberté et à la sécurité de la personne et le droit à un procès équitable<sup>156</sup>.

218. Rien ne justifie pourtant que l'on sous-estime ou minimise les remarquables réalisations des systèmes interaméricain et africain de protection des droits de l'homme. Il est généralement reconnu aujourd'hui que la jurisprudence la plus avancée en matière de réparations (sous différentes formes, y compris dans les affaires collectives) et en matière de mesures conservatoires de protection (embrassant les membres de plusieurs collectivités humaines) est celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>157</sup>. De même, la Commission africaine des droits de

<sup>154</sup> Si l'on se laisse emprisonner dans le monde vattélien onirique des relations étatiques exclusives, on est facilement amené à penser que, «tant que l'Etat demeure l'acteur dominant des relations internationales», la protection diplomatique «reste le recours le plus efficace pour promouvoir les droits de l'homme» (Nations Unies, doc. A/CN.4/506, par. 32) — vision qui ne tient simplement pas la route. En effet, elle ne tient pas compte des réalisations considérables auxquelles on a assisté dans le monde, ces dernières décennies, au titre du droit international des droits de l'homme, réévalué par l'Organisation des Nations Unies lors de sa deuxième Conférence mondiale sur les droits de l'homme (Vienne, 1993).

<sup>155</sup> Voir *ibid.*, par. 25.

<sup>156</sup> Articles 5 et 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

<sup>157</sup> Soigneusement constituée, en particulier, pendant la période 1998-2006. Sur les formes de réparation dans les affaires concernant des individus ou des victimes considérées en tant qu'individus (par opposition aux affaires concernant des membres de communautés entières), voir les arrêts de la CIDH dans les affaires *Loayza Tamayo c. Pérou* (27 novembre 1998), *Suárez Rosero c. Equateur* (20 janvier 1999), «*Street Children*» (*Villagrán Morales et autres c. Guatemala*) (26 mai 2001), *Cantoral Benavides c. Pérou* (3 décembre 2001), *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (22 février 2002), *Hilaire, Benjamin et Constantine et autres c. Trinité-et-Tobago* (21 juin 2002), *Myrna Mack Chang c. Guatemala* (25 novembre 2003), *Maritza Urrutia c. Guatemala* (27 novembre 2003). Sur les

l'homme et des peuples a connu d'affaires particulièrement graves (concernant le droit fondamental à la vie lui-même et d'autres droits protégés)<sup>158</sup> dont on trouve peu de parallèles au sein des Nations Unies ou dans d'autres régions.

219. Il faut donc éviter d'adopter la perspective euro-centrique traditionnelle si répandue dans l'étude du droit des gens du passé et si typique de la vision statique des pseudo-«réalistes», et adopter plutôt une perspective universaliste respectueuse non seulement de la procédure des Nations Unies, mais également des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, car ces derniers fonctionnent également dans le cadre de l'universalité des droits de l'homme. La présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo* étaye cette position, car elle a été résolue par la Cour mondiale sur la base des dispositions pertinentes d'un instrument universel (le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies) et d'un instrument régional (la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples) et d'une convention de codification des Nations Unies (la convention de Vienne sur les relations consulaires).

220. En troisième lieu, pour accorder une réparation adéquate aux victimes de violations des droits, nous devons entrer dans le domaine du droit international des droits de l'homme, car nous ne pouvons demeurer dans les confins stricts et à courte vue de la protection diplomatique, par suite non seulement de sa nature inévitablement discrétionnaire, mais également de sa dimension interétatique statique. Les réparations, en l'espèce, exigent une interprétation de la conception du droit des gens axée sur la *personne humaine* (*pro persona humana*). Ce sont en effet les personnes humaines, et non les Etats, qui sont en définitive les bénéficiaires des réparations pour les violations des droits de l'homme commises à leurs dépens.

221. La fiction vattélienne de 1758 (exprimée dans la formule «Quiconque maltraite un citoyen offense indirectement l'Etat, qui doit proté-

---

formes de réparation dans les affaires concernant plusieurs victimes ou membres de communautés entières, voir *Aloeboetoe et autres c. Suriname* (10 mars 1993), *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua* (1<sup>er</sup> février 2000), *Massacre de Plan de Sánchez c. Guatemala* (19 novembre 2004), *Communauté indigène Yakye Axa c. Paraguay* (17 juin 2005), *Massacre de Mpiripán c. Colombie* (15 septembre 2005), *Massacre de Pueblo Bello c. Colombie* (31 janvier 2006), *Communauté Moiwana c. Suriname* (8 février 2006), *Communauté indigène Sawhoyamaya c. Paraguay* (20 mars 2006), *Massacres d'Ituango c. Colombie* (1<sup>er</sup> juillet 2006).

<sup>158</sup> Voir *République démocratique du Congo c. Burundi, Rwanda et Ouganda* (communication n° 227/99). La Commission africaine fut à cette occasion saisie d'une communication interétatique dans une affaire concernant l'utilisation de la force armée par les Etats défendeurs. Dans sa décision de mai 2003, elle a jugé les Etats défendeurs coupables de violations des articles 2, 4, 5, 12 1) et 2), 14, 16, 17, 18 1) et 3), 19, 20, 21, 22 et 23 de la Charte africaine. La Commission africaine a dit que «les meurtres, massacres, viols, mutilations et autres graves abus des droits de l'homme commis alors que les forces armées des Etats défendeurs occupaient toujours effectivement les provinces orientales de l'Etat requérant» étaient également incompatibles avec le droit international humanitaire (par. 79).

ger ce citoyen»<sup>159</sup>) a déjà joué son rôle dans l'histoire et l'évolution du droit international. Le défi que doit aujourd'hui relever la Cour mondiale est d'une nature différente et dépasse de loin cette dimension interétatique. Pour le relever, la Cour doit être prête à explorer les moyens d'incorporer dans son *modus operandi* — à commencer par son propre raisonnement — la reconnaissance de la consolidation de la personnalité juridique internationale de l'individu et l'affirmation graduelle de sa capacité juridique internationale — de défendre les droits qui sont les siens et non ceux de l'Etat — en tant que sujet de droit et porteur d'obligations émanant directement du droit international, bref, en tant que véritable sujet du droit international.

## XII. OBSERVATIONS FINALES

222. Dans cette perspective et pour commencer à avancer en ce sens, la Cour a eu raison, dans son arrêt en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*, de concentrer son attention plus particulièrement sur les violations des articles 9 et 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies et des articles 6 et 12, paragraphe 4), de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, aussi bien que de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires. Ces violations concernent les droits de M. A. S. Diallo en tant qu'individu et que personne humaine. Ses droits individuels en tant qu'associé des deux entreprises ont été examinés par voie de conséquence, parce qu'ils ont été également violés.

223. Le sujet des droits que la Cour a estimé violés par l'Etat défendeur en l'espèce n'est pas l'Etat requérant: le sujet de ces droits est M. A. S. Diallo, un individu. Le moyen de défense initialement utilisé (par l'Etat requérant) est la protection diplomatique, mais le droit substantiel applicable en l'espèce — tel qu'il a été précisé après l'adoption de l'arrêt de 2007 de la Cour sur les exceptions préliminaires, au cours de la procédure (écrite et orale) sur le fond — est le droit international des droits de l'homme.

224. Chaque fois que la Cour s'est écartée, dans certains passages de son arrêt, de l'herméneutique appropriée des traités des droits de l'homme, elle s'est engagée dans des contradictions (par exemple dans les points 1, 5 et 6 du dispositif). Ces écarts ont révélé un raisonnement quelque peu tortueux, qui aurait pu et aurait dû être évité. Une fois que le droit applicable est identifié et correspond, comme en l'espèce, aux traités des droits de l'homme, la Cour doit interpréter et appliquer ces derniers conformément à la règle générale d'interprétation des traités (article 31 des deux conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et 1986) compte tenu de leur nature particulière.

<sup>159</sup> E. Vattel, *Le droit des gens* (1758), livre II, par. 71.

225. Après tout, les traités des droits de l'homme s'appliquent effectivement dans le cadre des relations *intra-étatiques* (par exemple, en l'espèce, les relations entre la RDC et M. A. S. Diallo). En interprétant et en appliquant ces traités de façon appropriée, la Cour apporte sa pierre à la capacité du droit international de régler les relations au niveau tant *intra-* qu'*interétatique*. En l'instance, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les Parties ont appuyé leur argumentation sur les dispositions pertinentes de deux traités des droits de l'homme — le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples — de même que sur la disposition de la convention de Vienne sur les relations consulaires (alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36) concernant un droit individuel interprété dans le cadre conceptuel des droits de l'homme.

226. La présente affaire concerne donc les droits de l'homme (droit à la liberté et à la sécurité de sa personne; droit de ne pas être expulsé d'un Etat sans base juridique; droit de ne pas être soumis à de mauvais traitements; droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière), dont le titulaire est M. A. S. Diallo. Si la Cour avait adopté l'herméneutique appropriée des traités des droits de l'homme dans *l'ensemble* de son arrêt, elle serait fort probablement parvenue à une conclusion distincte de celle qui figure aux points 1, 5 et 6 du dispositif et je n'aurais pas eu besoin de voter contre ces points.

227. Le fait que la procédure contentieuse devant la Cour continue d'opposer exclusivement des Etats — non par nécessité intrinsèque, ni du fait d'une impossibilité juridique d'adopter une autre forme — ne signifie pas que le *raisonnement* de la Cour doive se développer dans une optique essentiellement et exclusivement interétatique, surtout lorsque la Cour est appelée à se prononcer, pour régler pacifiquement les différends, sur des questions qui dépassent les intérêts des Etats en cause et qui concernent les droits fondamentaux de la personne humaine, et même la communauté internationale dans son ensemble.

228. Les relations régies par le droit international contemporain, dans différents domaines, transcendent dans une grande mesure la dimension purement interétatique (par exemple la protection internationale des droits de l'homme, l'environnement, le droit international humanitaire, le droit international des réfugiés, le droit des institutions internationales, entre autres) et la CIJ, qui est appelée à se prononcer sur ces relations, n'est pas tenue de se limiter à une perspective interétatique anachronique. Le caractère anachronique de son mode de fonctionnement ne doit pas, et ne peut pas, conditionner son *raisonnement* si elle veut exercer fidèlement et pleinement ses fonctions d'organe judiciaire principal des Nations Unies.

229. Quoi qu'il en soit, le présent arrêt, en ce qui concerne du moins les points 2, 3, 4 et 7 de son dispositif, avec lesquels je suis d'accord, constitue une contribution valable de la jurisprudence de la Cour au règlement de différends trouvant leur source au niveau *intra-étatique*, lorsque les droits de l'homme sont en cause. C'est bien sur une affaire relative aux

droits de l'homme que la CIJ a rendu son arrêt aujourd'hui, 30 novembre 2010, en dépit de la procédure interétatique stricte et anachronique qui a été suivie. Le fait que la CIJ ait enfin jugé une affaire relative aux droits de l'homme est en soi particulièrement significatif à mes yeux.

230. La réalité dépasse en effet parfois les attentes. L'esprit humain ne se laisse pas enfermer dans un carcan. Il ne faut pas perdre foi dans le développement progressif du droit international malgré la tendance majoritaire du monde juridique. Le fait que la CIJ ait connu d'une affaire relative aux droits de l'homme montre en outre que le droit international contemporain s'est sensiblement développé, à telle enseigne que les Etats eux-mêmes jugent bon d'utiliser une procédure contentieuse de cette nature, initialement conçue en 1920 et confirmée en 1945 pour leur usage propre et exclusif, afin d'obtenir de la Cour une décision sur les droits de l'homme, sur des droits inhérents à la personne humaine, ontologiquement antérieure et supérieure à l'Etat.

231. Il s'agit en outre d'une reconnaissance claire et rassurante de l'existence de valeurs communes et supérieures, que les Etats eux-mêmes n'hésitent plus à reconnaître. Dans la présente affaire en tout cas, il est tout à fait à l'honneur de la Guinée et de la RDC, deux Etats africains, d'avoir montré l'exemple à suivre sous d'autres latitudes et sur d'autres continents. Leur attitude est conforme à l'évolution du droit international pour la personne humaine (*pro persona humana*) du nouveau *ius gentium* de ce début du XXI<sup>e</sup> siècle.

### XIII. VERS UNE NOUVELLE ÈRE DE JUSTICE INTERNATIONALE EN MATIÈRE DE DROITS DE L'HOMME À LA CIJ

232. M'étant efforcé d'identifier les enseignements à tirer de la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo (supra)*, je ne peux conclure cette opinion individuelle sans m'arrêter, dans un bref épilogue, sur sa transcendance historique. L'affaire réglée aujourd'hui par la CIJ avait comme demandeur un Etat et comme victime — et bénéficiaire de la réparation — un individu. Ainsi que je l'ai dit au début de cette opinion individuelle, c'est la première fois dans son histoire que la Cour mondiale a connu d'une affaire dans laquelle le droit applicable était constitué par deux traités des droits de l'homme, l'un universel (le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies) et l'autre régional (la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples), en plus de la disposition pertinente (alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36) de la convention de Vienne sur les relations consulaires, qui appartient également au domaine de la protection internationale des droits de l'homme.

233. Il est rassurant de constater que la cause de M. A. S. Diallo ait été portée devant la Cour, à l'origine, au titre de l'exercice de la protection diplomatique. La protection diplomatique, instrument traditionnel, n'a servi qu'à cela, ce qui était tout à fait normal. La protection diplomatique ne peut donner que ce qu'elle a. Elle est, après tout, aussi traditionnelle

que la raison d'être de la procédure introduite devant la Cour. L'individu continue de souffrir une *capitis diminutio*, puisqu'il doit continuer de s'appuyer sur cet instrument traditionnel pour arriver jusqu'à la Cour, alors qu'il a déjà *locus standi in judicio* et même *jus standi* devant d'autres tribunaux internationaux contemporains. Il n'existe donc, du point de vue épistémologique, aucun obstacle à la qualité d'agir ou au droit d'agir des individus devant la Cour mondiale également; le seul élément manquant est le désir de faire en sorte que cela soit possible, étant donné l'inertie qui continue de prévaloir dans les mentalités.

234. Néanmoins, l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* dont la Cour vient de connaître apporte des éléments nouveaux qui sont de nature à rassurer: à partir de la phase du fond (procédures écrite et orale), l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* a été dans une grande mesure défendue et jugée dans le cadre conceptuel du droit international des droits de l'homme. C'est ce dernier, et non la protection diplomatique, qui est de nature à garantir les droits des personnes en difficulté, socialement marginalisées ou exclues ou extrêmement vulnérables.

235. La protection diplomatique a été exercée à l'origine, en l'espèce, par la Guinée pour protéger un homme d'affaires prospère, qui avait pendant de nombreuses années travaillé à s'enrichir et qui est tombé en disgrâce à l'étranger, dans le pays de résidence qu'il avait choisi, la RDC. La protection diplomatique demeure essentiellement discrétionnaire et donc limitée dans sa portée et ses possibilités. Qu'a fait la protection diplomatique pour protéger les droits de l'homme de millions de migrants avec et sans papiers, qui s'efforcent de survivre par leur propre travail et qui sont quotidiennement humiliés dans le monde entier? Pratiquement rien.

236. La seule protection que les «damnés de la Terre»<sup>160</sup> ont trouvée est celle que leur fournissent certains instruments et traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Il faut donc cesser d'axer notre attention sur les moyens inégaux dont disposent les Etats pour protéger leurs ressortissants à l'étranger, et essayer plutôt de satisfaire les besoins fondamentaux de protection des oubliés de ce monde, les pauvres et les opprimés, qui ont déjà perdu toute foi dans la justice humaine. C'est là un grand défi pour la justice internationale aujourd'hui, un défi qui ne peut être efficacement relevé que dans le domaine du droit international des droits de l'homme, par-delà la dimension purement interétatique.

237. De plus, c'est la première fois dans son histoire que la Cour mondiale a expressément pris en compte la contribution de la jurisprudence de deux tribunaux internationaux des droits de l'homme, les Cours européenne et interaméricaine, à la lutte perpétuelle de l'être humain contre l'*arbitraire*. La CIJ — et c'est tout à son honneur — l'a fait au paragraphe 68 du présent arrêt, concernant l'interprétation donnée par les Cours européenne et interaméricaine respectivement de l'article 1 du protocole

<sup>160</sup> Pour paraphraser un humaniste du XX<sup>e</sup> siècle, Frantz O. Fanon, *Les damnés de la terre*, 1961.



n° 7 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 22, paragraphe 6, de la convention américaine des droits de l'homme, qu'elle a jugée compatible avec la teneur du paragraphe 65 de son arrêt<sup>161</sup>. Le paragraphe 65 concerne la protection de la personne humaine contre l'arbitraire, y compris l'interdiction de l'expulsion arbitraire<sup>162</sup>.

238. La Cour a ainsi fait preuve d'un esprit nouveau à l'égard d'une autre question pertinente. La coexistence de nombreux tribunaux internationaux, qui ouvre l'accès à la justice internationale à un nombre croissant de *justiciables* dans le monde entier dans différents domaines d'activité humaine, témoigne de la manière dont le droit international contemporain s'est développé dans la recherche, déjà ancienne, de la réalisation de la justice internationale. Les tribunaux internationaux contemporains ont beaucoup à apprendre les uns des autres.

239. L'article 92 de la Charte des Nations Unies affirme que la CIJ constitue «l'organe judiciaire principal des Nations Unies». De plus, l'article 95 de la Charte permet aux Etats membres de confier la solution de leurs différends «à d'autres tribunaux en vertu d'accords déjà existants ou qui pourront être conclus à l'avenir». Nous vivons à l'ère des tribunaux internationaux, phénomène extrêmement positif, car ce qui compte en définitive est d'élargir ou de faciliter l'accès à la justice au sens large, c'est-à-dire notamment à la réalisation de la justice.

240. Des expressions trompeuses et délétères comme «prolifération des tribunaux internationaux», «recherche du tribunal le plus favorable» et «fragmentation du droit international» doivent être définitivement rejetées, non seulement parce qu'elles sont superficielles (malgré la fascination regrettable qu'elles semblent exercer sur une partie nombreuse et agitée de la profession juridique), mais également parce qu'elles n'appartiennent pas du tout au vocabulaire du droit international. De plus, ces expressions occultent l'enjeu véritable — à savoir les impératifs prééminents de la justice. Les tribunaux internationaux contemporains doivent accomplir leur mission commune — la réalisation de la justice internationale — en travaillant de concert, sans antagonisme, autosuffisance ni recherche de la gloire.

241. C'est un autre enseignement que l'on peut tirer du jugement rendu dans la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*. Il est de fait rassurant que la CIJ ait manifesté une nouvelle vision de cette question, pour ce qui a trait aux tribunaux internationaux des droits de l'homme.

<sup>161</sup> Par référence aux dispositions correspondantes du Pacte relatif aux droits civils et politiques et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

<sup>162</sup> D'une pertinence particulière pour une étude du droit à la liberté de circulation et de résidence consacré à l'article 22 de la convention américaine des droits de l'homme sont l'arrêt de la Cour interaméricaine du 15 juin 2005 en l'affaire *Communauté Moiwana c. Suriname* (par. 107-121) et son ordonnance (sur des mesures conservatoires de protection) du 18 août 2000 en l'affaire *Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne en République dominicaine* (par. 9-11) et l'opinion concordante du juge A. A. Cançado Trindade (par. 2-25).

Cela est particulièrement important à une époque où les Etats s'appuient, dans les conclusions qu'ils soumettent à la Cour, sur des dispositions pertinentes de conventions relatives aux droits de l'homme, comme l'ont fait en l'espèce la Guinée et la RDC lorsqu'elles ont invoqué dans leur argumentation le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (en plus de la disposition pertinente de la convention de Vienne sur les relations consulaires dans le cadre de la protection internationale des droits de l'homme).

242. Cet exemple n'est pas le seul. Le 29 mai 2009, la CIJ a rendu son ordonnance (sur des mesures conservatoires) en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, dans laquelle la Belgique et le Sénégal ont présenté des conclusions fondées sur l'interprétation et l'application des dispositions pertinentes de la convention des Nations Unies contre la torture de 1984. Il y a quelques jours à peine, au cours des audiences tenues devant la Cour du 13 au 17 septembre 2010, la Géorgie et la Fédération de Russie ont présenté leurs plaidoiries en l'affaire concernant *l'Application de la convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale*, un autre traité des Nations Unies relatif aux droits de l'homme. Il est bon que les Etats commencent à invoquer devant la Cour des traités relatifs aux droits de l'homme, ce qui annonce une nouvelle ère où la CIJ elle-même pourrait connaître d'affaires relatives aux droits de l'homme. La conscience juridique internationale s'est enfin éveillée à ce besoin.

243. Dans l'exercice de ses fonctions en matière contentieuse aussi bien que consultative ces dernières années, la CIJ s'est reportée à des dispositions pertinentes d'un traité relatif aux droits de l'homme comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou aux travaux de son organe de surveillance, le Comité des droits de l'homme<sup>163</sup>. Ce fait ne

<sup>163</sup> Ainsi, en matière contentieuse, dans son arrêt en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (C.I.J. Recueil 2005, p. 168), la Cour a dit que les dispositions du Pacte étaient applicables en l'instance. Peu après, dans son arrêt en l'affaire relative à *l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* (C.I.J. Recueil 2007 (I), p. 43), la Cour a rappelé le libellé des articles 2 et 3 du Pacte pour étayer son interprétation du sens du mot «s'engagent» figurant dans la convention contre le génocide (article premier). En matière consultative, la CIJ a jugé, dans son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* (C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 136), que le Pacte n'était pas suspendu de façon inconditionnelle en période de conflit (par. 106) et s'appliquait en dehors du territoire des Etats parties lorsque ceux-ci y exerçaient leur compétence, comme en témoignent l'histoire législative du Pacte ainsi que la pratique constante du Comité des droits de l'homme (par. 107-111 et 134). Antérieurement, dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 226), la CIJ avait renvoyé à l'article 6 (relatif au droit à la vie) du Pacte. Très récemment, dans mon opinion individuelle relative à l'avis consultatif de la Cour sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 403), j'ai jugé bon de rappeler l'article premier des deux pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme ainsi que la position du Comité des droits de l'homme sur la

saurait être oublié, au moment de saluer le point tournant que constitue la présente affaire *Ahmadou Sadio Diallo*: la Cour, dans l'arrêt qu'elle rend aujourd'hui, 30 novembre 2010, est allée bien plus loin, au-delà du système des Nations Unies, lorsqu'elle a reconnu la contribution de la jurisprudence de deux autres tribunaux internationaux, les Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme. La Cour a également tenu compte de la contribution d'un organe international de supervision des droits de l'homme, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Ces trois systèmes régionaux fonctionnent dans le cadre de l'universalité des droits de l'homme.

244. Les tribunaux internationaux contemporains doivent remplir leur mission commune — qui est de réaliser la justice internationale — dans un esprit de dialogue respectueux, en apprenant les uns des autres et en gardant à l'esprit l'enseignement durable de Socrate, que Karl Popper a compris de façon si perspicace au XX<sup>e</sup> siècle :

« Toute solution d'un problème donne naissance à de nouveaux problèmes qui exigent à leur tour solution ... Plus nous apprenons sur le monde, et plus ce savoir s'approfondit, plus la connaissance de *ce que nous ne savons pas*, la connaissance de notre ignorance prend forme et gagne en spécificité comme en précision. Là réside en effet la source majeure de notre ignorance: le fait que notre connaissance ne peut être que finie, tandis que notre ignorance est nécessairement infinie. »<sup>164</sup>

245. En cultivant ce dialogue, attentifs les uns aux autres dans la réalisation d'une mission commune, les tribunaux internationaux contemporains donneront non seulement aux Etats, mais également aux êtres humains du monde entier, dans différents domaines du droit international, des raisons de reprendre confiance dans la justice humaine. Ce faisant, ces tribunaux élargiront et renforceront la capacité du droit international contemporain de résoudre les différends survenant non seulement au niveau *inter*étatique, mais également au niveau *intra*-étatique. Ils aideront ainsi les Etats et les êtres humains à atteindre l'objectif recherché par tous: la réalisation de la justice.

(*Signé*) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

---

succession automatique des Etats à l'égard des traités des droits de l'homme et sur l'application extraterritoriale des droits de l'homme (p. 583, par. 154, et p. 599, par. 191).

<sup>164</sup> Karl Popper, *Des sources de la connaissance et de l'ignorance*, Paris, Payot et Rivages, 1998, p. 150-151.