

Le droit de la responsabilité internationale complété ? Examen des *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*

Pierre D'Argent

Citer ce document / Cite this document :

D'Argent Pierre. Le droit de la responsabilité internationale complété ? Examen des *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*. In: Annuaire français de droit international, volume 51, 2005. pp. 27-55;

doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.2005.3871>

https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2005_num_51_1_3871

Fichier pdf généré le 05/04/2018

**LE DROIT DE LA RESPONSABILITÉ
INTERNATIONALE COMPLÉTÉ ?
EXAMEN DES *PRINCIPES FONDAMENTAUX*
ET DIRECTIVES CONCERNANT LE DROIT
À UN RECOURS ET À RÉPARATION DES VICTIMES
DE VIOLATIONS FLAGRANTES DU DROIT
INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME
ET DE VIOLATIONS GRAVES DU DROIT
*INTERNATIONAL HUMANITAIRE***

PIERRE D'ARGENT

Le 16 décembre 2005, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté une résolution intitulée « *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire* »¹. Cette résolution, attendue par de nombreuses organisations de défense des droits de l'homme² et paraissant constituer un complément au droit de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite récemment codifié³, est l'aboutissement d'un long travail mené au sein de la Commission des droits de l'homme. Après une présentation générale de l'origine de cette résolution, de son contenu et de sa portée normative (I), un examen critique du droit à un recours et à réparation qui y est affirmé permettra d'en appréhender le fondement juridique, le régime et la conception élargie, ainsi que de s'intéresser brièvement aux difficultés qui ne sont pas abordées par cette résolution (II).

(*) Pierre D'ARGENT, professeur à l'Université catholique de Louvain.

1. A/RES/60/147.

2. Voy. la déclaration écrite conjointe du 11 février 2005 adressée à la Commission des droits de l'homme par une coalition d'ONG : Amnesty International (AI) ; Argentine Forensic Anthropology Team (EAAF) ; Human Rights Advocates ; ICAR Foundation ; Asian Human Rights Commission ; Association for the Prevention of Torture (APT) ; International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy ; Commission internationale des juristes (CIJ) ; Fédération internationale des Ligues des droits de l'homme (FIDH) ; International Rehabilitation Council for Torture Victims (IRCT) ; International Service for Human Rights ; International Society for Traumatic Stress Studies (ISTSS) ; Medical Foundation for the Care of Victims of Torture ; Redress Trust (REDRESS) ; Organisation mondiale contre la torture (OMCT).

3. A/RES/56/83, *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, art. 33, § 2 : « La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État ». On y reviendra (*infra*, II, A).

I. – PRÉSENTATION GÉNÉRALE

A. Origine et travaux préparatoires

La résolution du 16 décembre 2005 est l'aboutissement d'un processus s'étant étalé sur un peu plus de quinze années. On tâchera de le retracer brièvement.

Ce processus ne peut se comprendre isolément de la vague de fond que constitue, depuis le tournant des années 1990, l'attention portée aux victimes dans le discours des droits de l'homme. Après un moment d'affirmation de ces droits et de leur contenu, le souci de leur protection effective appelle à se pencher sur le sort des personnes qui ont été illicitement privées de la jouissance de ces droits fondamentaux. Perçu comme un droit froid et cynique, fait de rapports entre chancelleries se tenant bien à distance des malheurs des individus, le droit international classique paraît avoir oublié de se soucier des victimes concrètes de ses violations. Le mécanisme de la protection diplomatique et la fiction qui le fonde sont symptomatiques de cette volonté de déconsidérer la subjectivité juridique de la victime, personne physique, pour ce qu'elle est réellement. La négation radicale de la qualité de sujet de droit international de l'individu n'est assurément plus de mise aujourd'hui, puisque la création de droits à son profit ou d'obligations à sa charge suppose qu'il soit titulaire d'une certaine forme de personnalité juridique dans l'ordre juridique consacrant ces droits ou obligations. La question n'est donc plus de savoir si les individus sont sujets de l'ordre juridique international ; elle est plutôt de déterminer quels sont leurs droits, en droit international, lorsqu'ils sont victimes de la violation de règles qui les protègent. Cette question met en jeu la légitimité du droit international sous l'angle de sa « justice », de son caractère équitable, mais aussi sa crédibilité, en ce qu'elle pose ultimement le problème de son effectivité. Est-il un droit purement incantatoire, ou peut-on au contraire réellement fonder sur lui l'espoir si naturel d'un monde plus juste ? Est-il purement langagier ou ses violations ont-elles des conséquences concrètes ? C'est cet espoir d'un droit international réel, effectif, et cette élémentaire exigence de justice, qui ont soutenu l'empathie générale envers les victimes. Il faut reconnaître que, en Bosnie, au Rwanda ou ailleurs, les tribulations de l'histoire récente en ont produit un grand nombre, de manière très visible et sans que l'on puisse continuer à se réfugier derrière la confortable barrière idéologique de la guerre froide, laquelle permettait de s'approprier certaines souffrances et d'en ignorer d'autres. Les mêmes changements historiques ont en outre permis à de vieilles blessures de la seconde guerre mondiale, jamais refermées depuis, de s'exprimer enfin, alors qu'elles avaient été occultées par l'affrontement est-ouest. Tout au long de ces quinze années, cette vague de fond a été portée par certaines innovations institutionnelles spectaculaires⁴, des prononcés jurisprudentiels remarquables⁵,

4. Il suffit de songer par exemple à la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, du Tribunal pénal international pour le Rwanda, de la Cour pénale internationale, de la Commission d'indemnisation des Nations Unies, de la Fondation « *Erinnerung, Verantwortung und Zukunft* » afin d'indemniser les travailleurs forcés emprisonnés par l'Allemagne nazie (*NS-Zwangsarbeiter*).

5. Voy. p. ex. la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, notamment dans les affaires *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*, *Compensatory damages*, Judgment of 21 July 1989, Series C, N° 7 ; *Myrna Mack-Chang vs. Guatemala*, Judgment of 25 November 2003, Series C, n° 101 ; *Plan de Sánchez Massacre vs. Guatemala*, Reparations, Judgment of 19 November 2004, n° 116. Pour une analyse des quelque 47 arrêts ayant une dimension réparatrice prononcés par la Cour interaméricaine jusqu'en 2004, voy. D. CASSEL, « The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights », in K. DE FEYTER, S. PARMENTIER, M. BOSSUYT & P. LEMMENS (Éds.), *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005, pp. 191-223 ; voy. aussi H. TIGROUDJA

d'abondantes études doctrinales⁶, d'autres travaux de la Commission des droits de l'homme⁷ et un activisme foisonnant de la part d'organisations non gouvernementales⁸. Il est impossible de rapporter ici l'enchevêtrement de ces nombreux développements. La résolution commentée en constitue en quelque sorte le point d'aboutissement officiel le plus visible. C'est la raison pour laquelle on se limitera à en retracer la genèse, sans oublier pour autant la toile de fond qui sert de contexte général à son élaboration.

En 1989, la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (devenue en 1999 la sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme) a chargé⁹ M. Theo van Boven « d'entreprendre une étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, compte tenu des normes internationales existantes en matière d'indemnisation dans le domaine des droits de l'homme et des décisions et opinions pertinentes d'organismes internationaux qui s'occupent de droits de l'homme, afin d'examiner la possibilité de mettre au point certains principes et directives fondamentaux à cet égard »¹⁰. Cette décision fut prise un an après que des membres de la sous-commission aient été sensibilisés à cette problématique suite à une conférence s'étant réunie au Canada et portant sur les

Suite de la note 5.

& I. K. PANOUSIS, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme, Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruylant, 2003, chapitre VI, pp. 280-302 ; V. MADRIGAL-BORLOZ, « Damage and Redress in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (1979-2001) », in G. ULRICH & L. KRABBE BOSERUP (ed.), *Reparations : Redressing Past Wrongs*, Human Rights in Development Yearbook 2001, Kluwer, 2003, pp. 211-274.

Voy. aussi, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *CIJ Recueil 2004*, p. 136 (*infra*, II, A).

6. Voy. not. : A. RANDELZHOFFER & Chr. TOMUSCHAT (Éds.), *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Martinus Nijhoff, 1999 ; H. FUJITA, I. SUZUKI & K. NAGANO (Éds.), *War and the Rights of Individuals, Renaissance of individual compensation*, Nippon Hyoron-sha Co., 1999 ; D. SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, OUP, 2000 (nouvelle édition 2006) ; I. BOTTIGLIERO, *Redress for Victims of Crimes Under International Law*, Martinus Nijhoff, 2004 ; K. DE FEYTER, S. PARMENTIER, M. BOSSUYT & P. LEMMENS (Éds.), *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005 ; M. NOWAK, « The Right to Reparation of Victims of Gross Human Rights Violations », in G. ULRICH & L. KRABBE BOSERUP (ed.), *op. cit.*, pp. 275-308 ; P. D'ARGENT, « Des règlements collectifs aux règlements individuels (collectivisés) ? La question des réparations en cas de violation massive des droits de l'homme », *International Law FORUM du droit international*, 2003, pp. 10-26 ; A. A. AN-NA'IM, « Toward a Universal Doctrine of Reparation for Violations of International Human Rights and Humanitarian Law », *ibid.*, pp. 27-35 ; E.-C. GILLARD, « Reparation for violations of international humanitarian law », *RICR*, 2003, pp. 529-553 ; R. PISILLO MAZZESCHI, « Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights : An Overview », *JICJ*, 2003, pp. 339-347 ; Chr. TOMUSCHAT, *Current Issues of Responsibility under International Law*, CEBDI, vol. IV (2000), (Chapter IV : Individual Reparation Claims under International Law ?), pp. 515-599.

7. Voy. not. les propositions de directives soumises par M. Louis JOINET, rapporteur spécial de la sous-commission sur la question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme (droits civils et politiques), E/CN.4/Sub.2/1997/20 du 26 juin 1997 et E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 du 2 octobre 1997. D'autres travaux menés sous les auspices de la Commission des droits de l'homme ont touché à cette question du droit des victimes à la réparation, p. ex. R. COOMARASWAMY, *Report on the mission to the Democratic People's Republic of Korea, the Republic of Korea and Japan on the issue of military sexual slavery in wartime*, E/CN.4/1996/53/Add.1.

8. Toutes les grandes ONG actives dans le secteur des droits de l'homme (Amnesty International, FIDH, Human Rights Watch, Commission internationale des juristes...) ont été particulièrement attentives à cette question et leurs positions convergent largement. Il est tout à fait remarquable qu'une ONG, dénommée *Redress* (www.redress.org), a pour objet principal l'assistance aux victimes d'actes de torture (et autres violations graves) afin de réclamer des réparations.

9. Résolution 1989/13.

10. *Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport final présenté par M. Theo van Boven, Rapporteur spécial*, E/CN.4/Sub.2/1993/8, § 1.

réclamations dirigées par d'anciens prisonniers aux mains du gouvernement impérial japonais durant la seconde guerre mondiale¹¹. À la suite de sa désignation, M. van Boven présenta un rapport préliminaire¹² et deux rapports intermédiaires¹³ avant de soumettre un rapport final¹⁴ tenant compte des débats suscités par ses premières études. Ce rapport final contenait une étude détaillée de la pratique proche et lointaine relative au sujet traité, sa neuvième et dernière partie proposant une « série de principes et de directives concernant le droit à réparation des victimes de violations graves des droits de l'homme »¹⁵. Ceux-ci étaient divisés en « Principes généraux », « Formes de réparation » et « Procédures et mécanismes ». De l'aveu même du rapporteur spécial, ces principes et directives étaient largement inspirés par les travaux d'une conférence réunie à l'université de Maastricht en mars 1992¹⁶.

Les discussions qui suivirent la présentation de ce rapport permirent au rapporteur spécial d'élaborer un ensemble de principes révisés concernant « le droit à réparation des victimes de violations *flagrantes* des droits de l'homme *et du droit humanitaire* »¹⁷, lesquels étaient à nouveau le résultat de travaux académiques réalisés dans le cadre d'un séminaire conjoint du centre des droits de l'homme de l'université de Maastricht et de la Commission internationale des juristes. Le rapporteur spécial amenda encore marginalement ces principes suite aux commentaires et aux observations qui lui avaient été adressés. Les principes n'étaient plus seulement applicables aux violations flagrantes des droits de l'homme, mais apparemment à toutes les violations de ces normes ; par contre, ils étaient applicables aux violations du droit *international* humanitaire¹⁸.

En 1998, la Commission des droits de l'homme désigna M. Chérif Bassiouni en qualité d'expert indépendant¹⁹, les fonctions de rapporteur spécial de M. van Boven ayant pris fin. Compte tenu des commentaires et observations soumis par les États, organisations internationales et non gouvernementales, et de différentes réunions de consultation tenues à Genève, M. Bassiouni transmet à la commission un premier rapport en 1999²⁰. Y étaient notamment étudiés les différences entre les projets successifs de M. van Boven et les liens avec les propositions de directives soumises parallèlement par M. Louis Joinet, rapporteur spécial de la sous-commission sur la question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme (droits civils et politiques)²¹. L'expert indépendant

11. D. SHELTON, « The United Nations Principles and Guidelines on Reparations : Context and Contents », in K. DE FEYTER, S. PARMENTIER, M. BOSSUYT & P. LEMMENS (Éds.), *op. cit.*, p. 14, n. 10. Aux Pays-Bas, dont M. van Boven est ressortissant, voy. les actions entreprises par la « *Stichting Japanse Ereschulden* » (Fondation pour les dettes d'honneur japonaises : www.jesinfo.org) qui représente d'anciens prisonniers et internés de guerre néerlandais.

12. E/CN.4/Sub.2/1990/10.

13. E/CN.4/Sub.2/1991/7 et E/CN.4/Sub.2/1992/8.

14. E/CN.4/Sub.2/1993/8, *supra* note 10.

15. *Ibid.*, § 137.

16. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, SIM spécial, n° 12, 1992.

17. *Ensemble révisé de principes fondamentaux et de directives concernant le droit à réparation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et du droit humanitaire*, établi par M. Theo Van Boven en application de la décision 1995/117 de la Sous-commission, E/CN.4/Sub.2/1996/17.

18. Note établie par l'ancien Rapporteur spécial de la Sous-commission, M. Theo van Boven, en application du paragraphe 2 de la résolution 1996/28 de la Sous-commission, E/CN.4/1997/104 Annexe. Selon l'expert indépendant Bassiouni, cette dernière précision s'explique par le fait que « l'expression "droit humanitaire" ne peut être employée que dans un contexte international » : *Rapport de l'expert indépendant, M. Chérif Bassiouni, sur le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de graves violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales présenté en application de la résolution 1998/43 de la Commission des droits de l'homme*, E/CN.4/1999/65, p. 11, § 28.

19. Résolution 1998/43.

20. E/CN.4/1999/65, *supra* note 18.

21. *Supra* note 7.

Bassiouni, devenu rapporteur spécial, conclut ses travaux en 2000 par une nouvelle version révisée de « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire »²².

À la demande de la Commission des droits de l'homme²³, le haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme distribua ce dernier projet pour commentaires à tous les États membres de l'ONU, ainsi qu'aux organisations intergouvernementales et aux ONG intéressées. Les mêmes parties furent invitées²⁴ à participer à trois réunions consultatives menées en 2002²⁵, 2003²⁶ et 2004²⁷ sous les auspices du haut-commissariat en coopération avec le gouvernement du Chili. Ces réunions furent présidées par l'ambassadeur chilien, M. Alejandro Salinas, lequel était assisté par MM. van Boven et Bassiouni. Au cours de ces réunions, l'intitulé des principes à adopter fit l'objet d'hésitations, les notions de « violations flagrantes des droits de l'homme » et de « violations graves du droit international humanitaire » suscitant quelques réserves vu leur imprécision. Par ailleurs, vu l'opposition de l'Allemagne à mentionner le droit international humanitaire, le président-rapporteur proposa de définir la notion de « violation flagrante » et de retenir une formule plus inclusive, visant seulement les « violations flagrantes du droit international »²⁸. Ceci ne fut pas retenu puisque la dernière version des principes fondamentaux et directives, arrêtée le 1^{er} octobre 2004 suite à la troisième réunion de consultation, était intitulée « *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire* »²⁹. Ce projet de résolution³⁰ fut adopté le 19 avril 2005³¹ par quarante voix contre zéro, avec treize abstentions, par la Commission des droits de l'homme³². Le 25 juillet 2005, le Comité économique et social recommanda³³ son adoption par l'Assemblée générale par quarante-trois voix contre zéro et cinq abstentions³⁴. Le 10 novembre 2005, le troisième comité de l'Assemblée générale

22. *Le droit à restitution, indemnisation et réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rapport final du Rapporteur spécial, M. Chérif Bassiouni, présenté en application de la résolution 1999/33 de la Commission, E/CN.4/2000/62 Annexe.*

23. E/CN.4/RES/2000/41.

24. E/CN.4/RES/2002/44, E/CN.4/RES/2003/34 et E/CN.4/2004/34.

25. *Rapport de la réunion de consultation sur les projets de principes fondamentaux et de directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire, Président-Rapporteur : M. Alejandro Salinas (Chili), Ambassadeur, E/CN.4/2003/63.*

26. *Rapport de la deuxième réunion de consultation sur les principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire (Genève, 20, 21 et 23 octobre 2003), Président-Rapporteur : M. Alejandro Salinas (Chili), E/CN.4/2004/57.*

27. *Rapport de la troisième réunion de consultation sur les principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire (Genève, 29 septembre-1^{er} octobre 2004), Président-Rapporteur : M. Alejandro Salinas (Chili), E/CN.4/2005/59.*

28. E/CN.4/2004/57, Appendice II, p. 30, *supra* note 26. Voy. encore *infra*, I, C.

29. E/CN.4/2005/59, Annexe I, p. 14, *supra* note 27.

30. E/CN.4/2005/L.48.

31. E/CN.4/RES/2005/35.

32. E/CN.4/2005/SR.56. Les pays s'étant abstenus sont : Allemagne, Arabie saoudite, Australie, Égypte, Érythrée, États-Unis d'Amérique, Éthiopie, Inde, Mauritanie, Népal, Qatar, Soudan, Togo.

33. E/2005/30.

34. E/2005/SR.38. Les pays s'étant abstenus sont : Allemagne, Australie, États-Unis d'Amérique, Inde, Nigeria. On notera que parmi les pays s'étant abstenus à la Commission des droits de l'homme et faisant partie de l'ECOSOC, l'Arabie saoudite vota pour les principes lors de leur examen par l'ECOSOC.

adopta le même texte³⁵ sans vote, par consensus³⁶. Cinq semaines plus tard, le 16 décembre 2005, l'Assemblée générale fit de même³⁷.

Le mode d'élaboration de cette résolution fut donc bien différent de celui qui présida, par exemple, à la résolution 56/83 du 28 janvier 2002 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. On est loin des débats conceptuels de la Commission du droit international, organe collégial de codification et de développement progressif du droit international nourri par une abondante doctrine regardant une pratique parfois fort ancienne. Ici, le travail de fond a été entrepris par un seul homme, M. van Boven, mandaté par la sous-commission de la Commission des droits de l'homme, puis perfectionné par un autre expert, M. Bassiouni. La finalisation du texte fut le fait de l'ambassadeur Salinas, au terme d'un processus de consultation associant très largement les organisations représentant la société civile. Le poids de ces dernières dans l'élaboration de ces principes fondamentaux et directives fut déterminant. Depuis le début, leur ambition était d'aboutir à un texte permettant de faire changer concrètement les choses pour les victimes. Sans les ONG de défense des droits de l'homme, ce projet n'aurait sans doute pas abouti, tel qu'il a abouti et aussi rapidement. Véritables aiguillons, les ONG suivirent ce projet plus attentivement que la plupart des gouvernements impliqués ; elles développèrent une expertise et adoptèrent des positions juridiques que peu d'entre eux osèrent se risquer à contester.

Sous réserve de l'analyse de la portée normative de ce texte (*infra*, I, C), cet exemple devrait inciter la doctrine à tempérer, ou du moins à mettre en perspective, certaines théories des sources du droit international encore mythiquement accrochées au volontarisme étatique. Il n'y a pas lieu de contester que les États demeurent, formellement, les maîtres et créateurs de l'ordre juridique international. Ainsi qu'il ressort des déclarations gouvernementales analysées plus loin, tout le processus d'adoption formelle de cette résolution témoigne de la pérennité de cette emprise étatique. Là n'est toutefois pas la question. Il s'agit plutôt de constater que les États ne sont plus que très modestement les inspirateurs du développement du droit international des droits de l'homme, l'appareil conceptuel ainsi que le discours rendant celui-ci acceptable leur échappant en grande partie. L'opposition classique entre source formelle et source matérielle du droit est en l'occurrence déplacée, ou plutôt insuffisante, car l'activisme des ONG n'est pas réductible à une source matérielle, condition idéologique ou sociale de l'émergence du « droit » formulé. C'est bien plus fondamentalement l'idée même qu'il faut du droit, qu'il faut tel droit, qui n'est plus entre les mains des États, ceux-ci accusant un déficit d'imaginaire les reléguant au rôle peu enviable de « notaires » ou d'accompagnateurs des évolutions de ce secteur du droit des gens. En d'autres termes, la puissance d'inspiration de la norme, puissance qui en détermine le contenu et la légitimité, est en l'occurrence devenu le fait de ceux qui ne seront pas responsables de son application, mais qui seront les observateurs critiques de son respect.

B. Contenu

Les principes fondamentaux et directives sont annexés à la résolution 60/147. Le contenu de cette résolution, en tant que telle, est assez sommaire : après un

35. L'intitulé du texte fut légèrement modifié entre son examen par l'ECOSOC et par le troisième comité : les mots « violations flagrantes du droit international *relatif aux* droits de l'homme » furent simplifiés par « violations flagrantes du droit international *des* droits de l'homme ».

36. A/C.3/60/L.24 et A/C.3/60/SR.39.

37. A/RES/60/147 et A/60/PV.64, p. 11.

préambule dans lequel l'Assemblée générale affirme « qu'il importe de traiter de manière systématique et approfondie sur les plans national et international la question du droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire » et considère « qu'en honorant le droit des victimes à un recours et à réparation, la communauté internationale tient ses engagements en ce qui concerne la détresse des victimes, des survivants et des générations futures, et réaffirme le droit international dans ce domaine », le dispositif de la résolution adopte les principes fondamentaux et directives (§ 1), recommande aux États d'en tenir compte et d'en promouvoir le respect (§ 2) et prie le Secrétaire général d'en assurer la plus large diffusion possible et de l'inclure dans la publication des Nations Unies intitulée « Droits de l'homme : recueil d'instruments internationaux » (§ 3).

L'annexe à la résolution, rédigée « du point de vue de la victime et sous l'angle de ses besoins et droits »³⁸, comporte un long préambule sur lequel il faudra revenir lors de l'examen de la portée normative des principes (*infra*, I, C) et du fondement juridique du droit à un recours et à réparation (*infra*, II, A). Le préambule est suivi par vingt-sept paragraphes regroupés en treize points essentiels qui constituent autant de « chapitres » selon le président-rapporteur Salinas. Le tout n'est pas exempt de répétitions, mais sera néanmoins rapidement présenté dans l'ordre des « chapitres ».

Le premier chapitre porte sur l'« obligation de respecter, de faire respecter et d'appliquer le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire ». Le second chapitre est relatif à la « portée de [cette] obligation ». En substance, il est rappelé que les États ont l'obligation de mettre leur droit interne en conformité avec leurs obligations internationales en la matière, afin que les victimes des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire puissent bénéficier d'« un accès effectif à la justice, dans des conditions d'égalité » (§ 3, c) et de « recours suffisants, utiles, rapides et appropriés, y compris la réparation » (§ 2, c ; voy. aussi § 3, d). Le niveau de protection des victimes ne peut pas être inférieur à celui qui est exigé par les obligations internationales des États concernés (§ 2, d). Au titre de l'obligation de respecter, faire respecter et appliquer le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, ces derniers doivent encore « enquêter de manière efficace, rapide, exhaustive et impartiale sur les violations et [...] prendre, le cas échéant, des mesures contre les personnes qui en seraient responsables, conformément au droit interne et au droit international » (§ 3, b).

Cette obligation d'enquêter, de « traduire en justice la personne présumée responsable »³⁹, de « punir la personne déclarée coupable » (§ 4) et de coopérer internationalement à cette fin est encore soulignée par les paragraphes 4 et 5, regroupés dans le chapitre III consacré aux « violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et violations graves du droit international humanitaire qui constituent des crimes de droit international ». Toutes les violations flagrantes des droits de l'homme ou toutes les violations graves du droit interna-

38. *Rapport de la troisième réunion de consultation*, E/CN.4/2005/59, p. 5, § 9, *supra* note 27.

39. On ne manquera pas d'être saisi par cette formule, tant la présomption d'innocence, et non de responsabilité (culpabilité), est un principe fondamental du droit pénal... Dans le paragraphe 3, b), la résolution mentionne avec plus de prudence, au sujet de toutes les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire, « les personnes qui en seraient responsables ». Passer du conditionnel à une présomption de responsabilité lorsque l'on passe de la simple violation à la violation constitutive d'un crime de droit international est assurément singulier, mais néanmoins symptomatique de cette approche tout axée sur la victime et la répression des crimes graves.

tional humanitaire ne constituent donc pas « systématiquement »⁴⁰ des crimes de droit international. Pour autant, la résolution n'indique pas quelles violations flagrantes ou graves n'en seraient pas, même si son préambule affirme que, « en raison de leur gravité », ces violations « constituent un affront à la dignité humaine »⁴¹. Selon le paragraphe 5, « lorsqu'un traité applicable ou une autre obligation internationale le prévoit », un des moyens d'assurer la répression pénale des crimes de droit international est d'instaurer en droit interne la compétence universelle, non autrement définie mais erronément traduite en français par « juridiction universelle » (*universal jurisdiction* dans la version originale rédigée en anglais).

Les paragraphes 6 et 7 sont consacrés à la « prescription ». L'imprescriptibilité des violations du droit international visées par la résolution et constituant des crimes de droit international est prudemment affirmée : « Lorsqu'un traité applicable ou une autre obligation internationale le prévoit, la prescription ne s'applique pas aux violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et aux violations graves du droit international humanitaire qui constituent des crimes de droit international ». La prescription de droit interne applicable aux autres violations de ces normes ne constituant pas des crimes de droit international, en ce compris la prescription des actions civiles qui y sont liées, « ne devrait pas être indûment restrictive ». L'usage du conditionnel dans la résolution dénote le caractère *de lege ferenda* de la disposition, « un libellé contraignant n'a[nt] été utilisé que lorsque l'obligation internationale existait déjà »⁴².

Le chapitre V définit la notion de « victimes » pour les besoins de la résolution. Cette définition est large puisque sont considérées comme « “victimes” les personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions constituant des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire » (§ 8). Les membres de la famille proche ou les personnes à charge directe de la victime, ainsi que les personnes étant venues à leur aide et secours, et ayant subi de ce fait un préjudice, peuvent en outre « le cas échéant, et conformément au droit interne », être considérés comme « victimes ». Ce statut de « victime » est indépendant de l'identification, de la poursuite ou de la condamnation de l'auteur des violations. Le lien de parenté de ce dernier avec la victime est tout autant indifférent (§ 9).

Les principes généraux applicables au « traitement des victimes » sont précisés dans le paragraphe 10, lequel constitue le chapitre VI. Il mérite d'être intégralement reproduit, tant il manifeste l'approche centrée sur la victime retenue par les auteurs de la résolution :

« Les victimes devraient être traitées avec humanité ainsi que dans le respect de leur dignité et de leurs droits humains, et des mesures appropriées devraient être prises pour assurer leur sécurité, leur bien-être physique et psychologique et la protection de leur vie privée, de même que ceux de leur famille. L'État devrait veiller à ce que sa législation interne, dans la mesure du possible, permette aux victimes de violences ou de traumatismes de bénéficier d'une sollicitude et de soins particuliers, afin de leur éviter de nouveaux traumatismes au cours des procédures judiciaires et administratives destinées à assurer justice et réparation. »

40. Rapport de la troisième réunion de consultation, E/CN.4/2005/59, p. 7, § 25, *supra* note 27.

41. A/RES/60/147, Annexe, Préambule, § 6.

42. Rapport de la troisième réunion de consultation, E/CN.4/2005/59, p. 5, § 11, *supra* note 27.

À nouveau, le recours au conditionnel s'explique par l'absence d'obligation internationale à cet égard. Ce que le droit n'impose pas peut toutefois être commandé par quelques principes moraux élémentaires, aussi le traitement digne des victimes devrait-il être, en ce sens et malgré les conjugaisons employées, « inconditionnel ». Cela étant, ce n'est pas le partage qu'il faut faire dans cette disposition entre le droit et la morale qui est intéressant ; c'est bien plutôt le statut social de la victime qui s'en dégage : recevant une considération nouvelle et toute particulière, les victimes de violations flagrantes ou graves sont appelées, par le traitement qu'on leur réserve, à transformer la société où elles vivent (*infra*, II, B, 2).

Le « droit des victimes aux recours » (*victim's right to remedies* dans la version originale en anglais, ce qui est plus parlant ⁴³) est énoncé par le chapitre VII (§ 11). Selon la résolution, ce droit « compren[d] (...) [les] garanties suivantes, prévues par le droit international » :

- « a) Accès effectif à la justice, dans des conditions d'égalité ;
- b) Réparation adéquate, effective et rapide du préjudice subi ;
- c) Accès aux informations utiles concernant les violations et les mécanismes de réparation ».

La suite de la résolution précise le contenu de ces différents « recours » (*remedies*) considérés comme faisant partie du droit des victimes. L'« accès à la justice » forme le chapitre VIII (§§ 12-14) et la « réparation du préjudice subi » le chapitre IX (§§ 15-23), tandis que le chapitre X est relatif à l'« accès aux informations utiles concernant les violations et les mécanismes de réparation » (§ 24). On y reviendra (*infra*, II, B).

La résolution se termine par trois paragraphes, constituant chacun un chapitre. Ils sont tous relatifs aux liens entre les principes fondamentaux et directives et les autres règles du droit international. Selon le paragraphe 25 (chapitre XI : « non-discrimination »), il faut « sans exception » appliquer et interpréter les principes et directives de manière compatible avec le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, « sans discrimination aucune pour quelque motif que ce soit ». Le chapitre XII pose un principe de « non-dérogação » : les principes et directives « ne peuvent en aucune façon être interprétés comme restreignant les droits ou obligations découlant *du droit interne et du droit international*, ou comme dérogeant à ces droits ou obligations » ⁴⁴, singulièrement s'agissant du droit au recours et à réparation. En outre, les principes et directives « sont sans préjudice des règles particulières de droit international », ce qui signifie qu'ils s'insèrent dans le corpus juridique international sans aucunement le modifier. Il ne saurait dès lors être affirmé que le droit au recours emporterait une mise à l'écart des règles relatives aux immunités, ou que le droit à la réparation permettrait de remettre en cause la validité d'accords indemnitaires (*infra*, II, C). Enfin, le chapitre XIII (« droit des tiers », § 27) stipule que les « droits reconnus à des tiers aux niveaux international ou national, en particulier le droit de l'accusé de bénéficier des garanties d'une procédure régulière » ne sont pas affectés par les principes énoncés.

43. De même que d'autres parties de la résolution, toute la traduction de cette disposition, laisse quelque peu à désirer. Les mots « *Remedies for gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law include the victim's right to the following as provided for under international law* : [...] » ont en effet été traduits par « Le recours contre les violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et les violations graves du droit international humanitaire comprennent le droit de la victime aux *garanties* suivantes, prévues par le droit international : [...] » (nous soulignons).

44. Nous soulignons.

C. Portée normative et champ d'application

L'unanimité qui présida à l'adoption de la résolution ne doit pas tromper. L'absence d'opposition formelle et la disparition progressive des abstentions qui s'étaient exprimées à la Commission des droits de l'homme et à l'ECOSOC constituent assurément un gage d'acceptabilité politique de son contenu. Elles ne suffisent bien entendu pas pour asseoir sa portée obligatoire. Il en va de cette résolution de l'Assemblée générale comme de toutes les autres, de telle manière qu'à l'heure actuelle sa portée normative ne peut résider que dans l'éventuel caractère déclaratif de droit coutumier de certaines de ses dispositions. À cet égard, et ainsi qu'on l'a déjà mentionné, les auteurs de la résolution ont entendu faire le partage entre le droit existant, exprimé en recourant à un « libellé contraignant »⁴⁵ utilisant l'indicatif présent (*shall* dans la version anglaise), et des affirmations *de lege ferenda* formulées au conditionnel (*should*)⁴⁶. Bien qu'il faille encore le vérifier au sujet du contenu précis du « droit des victimes aux recours » (*infra*, II, B), ce partage entre ce qui est déjà du droit et ce qui ne l'est pas (encore) permet d'affirmer dans le préambule que :

« les Principes fondamentaux et directives n'entraînent pas de nouvelles obligations en droit international ou interne, mais définissent des mécanismes, modalités, procédures et méthodes pour l'exécution d'obligations juridiques qui existent déjà en vertu du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, qui sont complémentaires bien que différents dans leurs normes »⁴⁷.

En d'autres termes, la résolution n'établit pas de nouvelle règle de droit international, mais a pour objet « de compiler et de préciser les obligations existantes » ; elle refléterait « les normes minimales du droit international » et ne saurait « en aucun cas constituer un recul par rapport aux normes internationales existantes »⁴⁸ – ce que confirme le principe de « non-dérogation » (chapitre XII, § 26) exposé ci-dessus. L'intérêt des principes et directives serait dès lors de constituer un « outil extrêmement précieux pour [les États] dans le cadre de l'élaboration de leur politique en matière de recours et de réparation »⁴⁹ – le mot « *guidelines* » (directives) prenant ainsi tout son sens⁵⁰. S'exprimant à la troisième commission de l'Assemblée générale, les États intervenants ont, sans aucune ambiguïté, souligné de concert le caractère non contraignant des principes et directives, en ce sens qu'ils ne contiennent ni ne créent aucune nouvelle

45. *Rapport de la troisième réunion de consultation*, E/CN.4/2005/59, p. 5, § 11, *supra* note 27.

46. Voy. aussi *Rapport final Bassiouni*, E/CN.4/2000/62, p. 3, § 8, *supra* note 22.

47. A/RES/60/147, Annexe, Préambule, § 7.

Voy. encore *Rapport de la deuxième réunion de consultation*, E/CN.4/2004/57, p. 26, *supra* note 26, sous le titre « Nature des Principes et directives » : « Les Principes et directives ne créent pas de nouvelles obligations juridiques internationales ou internes ayant un caractère de fond. Ils prévoient des mécanismes, modalités, procédures et méthodes pour l'exécution d'obligations juridiques qui existent déjà en droit des droits de l'homme et en droit international humanitaire. En même temps, ils visent à rationaliser, par une approche cohérente, les moyens et les méthodes qui peuvent être adoptés à l'égard des droits des victimes, de manière à maximiser les résultats positifs et à réduire au minimum la diversité des approches, qui risque d'entraîner des disparités dans la mise en œuvre de ces droits. Il convient donc de noter que, bien que le texte énumère de manière précise et détaillée les droits des victimes et les recours qui leur sont ouverts, ils ne créent pas de nouvelles obligations juridiques de fond. »

48. *Rapport de la troisième réunion de consultation*, E/CN.4/2005/59, p. 5, § 10, *supra* note 27.

49. Commission des droits de l'homme, Compte-rendu analytique de la 56^e séance, 19 avril 2005, E/CN.4/2005/SR.56, *per* M. Thorne (Royaume-Uni).

50. Il y a lieu de noter que « de manière générale, il n'y [a] pas de véritable distinction entre le mot "principes" et le mot "directives" [...] cette distinction n'entraîne [...] aucun effet juridique » : *Rapport de la deuxième réunion de consultation*, E/CN.4/2004/57, p. 5, § 14, *supra* note 26.

obligation internationale, et qu'ils sont « suffisamment souples pour laisser une grande latitude aux États au niveau de leur application »⁵¹.

Si ce texte est à ce point anodin en droit, les abstentions exprimées lors de son adoption par la Commission des droits de l'homme et par l'ECOSOC peuvent paraître étranges. En réalité, seuls les États-Unis et l'Allemagne s'en sont clairement expliqués. La position américaine tient au fait que le cinquième paragraphe du préambule fait référence au statut de la Cour pénale internationale, alors que le gouvernement des États-Unis aurait préféré un « texte plus neutre » faisant apparaître que les États « qui ne sont pas parties au traité créant la Cour n'ont aucune obligation à ce sujet, à moins que le Conseil de sécurité n'en décide autrement »⁵². L'abstention de l'Allemagne est quant à elle justifiée par une position de fond beaucoup plus substantielle selon laquelle le texte en projet n'aurait pas suffisamment distingué entre les réclamations fondées sur le droit international des droits de l'homme et celles fondées sur le droit international humanitaire. Tout en reconnaissant que certains instruments protecteurs des droits de l'homme permettent la présentation de réclamations individuelles, le gouvernement allemand a soutenu avec force que rien de semblable n'existe en cas de violation du droit international humanitaire et que les affirmations selon lesquelles un droit individuel à obtenir réparation serait consacré par la quatrième convention de La Haye de 1907, ou par la premier protocole de 1977 additionnel aux conventions de Genève de 1949, sont dépourvues de tout fondement⁵³. Cette position

51. Assemblée générale, troisième commission, compte rendu analytique de la 39^e séance, 10 novembre 2005, A/C.3/60/SR.39, *per* M. Muñoz (Chili), intervenant au nom des auteurs initiaux. Voy. encore : M. Bertoux (France), soulignant que les principes et directives « ne vont pas au-delà des obligations de chaque État qui découlent des traités librement ratifiés et laissent aux États une grande latitude pour réaliser les objectifs fixés » ; M. Artucio (Uruguay), selon lequel les principes et directives « ne créent pas de nouvelles obligations » mais « permettent aux États membres de préciser l'étendue du droit des victimes à réparation et d'identifier les mécanismes pouvant faciliter la mise en œuvre de leurs obligations internationales actuelles » ; Mme Hart (Canada) : « Sans créer de nouvelles obligations juridiques internationales ou nationales, ils offrent aux États un guide fort utile des modalités actuelles relatives à la mise en œuvre des obligations juridiques contractées [...] » ; Mme Zack (États-Unis d'Amérique) : Les principes et directives « ne créent aucune obligation juridique et [...] sont formulés de manière à offrir aux États une grande souplesse quant aux modalités et aux mécanismes de mise en œuvre des obligations juridiques internationales applicables à chaque État » ; Mme Dempster (Nouvelle-Zélande) : Les principes et directives « ne créent aucune nouvelle obligation juridique internationale ou nationale, sont non contraignants et n'établiront aucune nouvelle norme de droit international », constituant toutefois « une référence précieuse pour les États » ; Mme Mortenson (Royaume-Uni) souligne que l'interprétation du président-rapporteur selon laquelle les principes et directives n'établissent pas de nouvelles normes de droit international « est manifestement juste ; [ils] ne sont pas juridiquement contraignants et ne créent aucune nouvelle obligation pour les États en matière de droit international » mais « seront un outil extrêmement utile aux États lorsqu'ils élaboreront des politiques relatives au recours et à la réparation ». On notera encore que la représentante de la Suisse, Mme Kohli, a dit que les principes et directives « marquent une avancée dans le domaine des droits de l'homme et qu'ils représentent l'aboutissement de travaux longs et difficiles ». La franchise de la déléguée helvétique quant aux conditions d'élaboration de ce texte permet de relativiser l'éventuelle portée juridique de l'« avancée » qu'elle souligne de manière sibylline.

52. ECOSOC, session de fond de 2005, compte-rendu analytique provisoire de la 38^e session, 25 juillet 2005, E/2005/SR.38, p. 2, *per* Mme Zack (États-Unis d'Amérique), reprenant en substance la position déjà exprimée devant la Commission des droits de l'homme (compte-rendu analytique de la 56^e séance, 19 avril 2005, E/CN.4/2005/SR.56, p. 19, *per* Mme Bartoni (États-Unis d'Amérique)) et réitérée, sans pour autant aboutir à exprimer une abstention, lors du débat à la troisième commission (Compte rendu analytique de la 39^e séance, 10 novembre 2005, A/C.3/60/SR.39, *per* Mme Zack, p. 3).

53. Commission on Human Rights, 61st session, Summary records of the 57th meeting, 19 April 2005, E/CN.4/2005/SR.57, p. 9, *per* Mr. Koenigs (Germany) : « *While certain instruments provided for the presentation of individual claims for the violation of human rights, such provisions did not exist for violations of international humanitarian law. The claim that such a right existed under the Hague Convention N° IV of 1907 or Protocol I Additional to the 1949 Geneva Conventions was entirely unsubstantiated* » (pas de traduction officielle disponible).

tranchée touche au fondement juridique du droit à un recours et à réparation, et sera abordée comme telle plus loin (*infra*, II, A). Bien que l'Allemagne ait constamment réitéré cette position juridique, elle n'a plus exprimé d'abstention formelle à partir de l'examen du texte par la troisième commission de l'Assemblée générale, affirmant ne pas vouloir briser le consensus qui se faisait jour⁵⁴. La raison de cet assouplissement tient peut-être aussi au fait que, comme l'a fait remarquer la représentante des États-Unis lors des débats devant la troisième commission, la résolution reconnaît « que le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire sont des ensembles de droits distincts »⁵⁵. Bien que la diplomate n'ait pas identifié la disposition du texte contenant cette reconnaissance, celle-ci paraît exprimée par le 7^e paragraphe du préambule, reproduit ci-dessus, selon lequel le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire « sont complémentaires bien que différents dans leurs normes »⁵⁶.

Après avoir éclairci la portée normative de la résolution, il faut encore en déterminer ce que le président-rapporteur Salinas nomme son « champ d'application »⁵⁷. Comme on l'a déjà souligné, les principes et directives visent les « violations *flagrantes* du droit international des droits de l'homme » et les « violations *graves* du droit international humanitaire ». Cette terminologie a été retenue après moult débats parce que, selon l'ambassadeur Salinas, elle serait « consacrée »⁵⁸. Ce n'est toutefois pas celle qui avait été proposée par M. van Boven au départ de ses travaux. Se fondant sur le mandat qui lui avait été donné, son rapport final énonçait en effet des « principes et directives concernant le droit à réparation des victimes de violations graves des droits de l'homme »⁵⁹. Les principes révisés en 1996 étaient intitulés : « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à réparation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et du droit humanitaire »⁶⁰. Le projet amendé en 1997 par l'ancien rapporteur spécial entendait supprimer l'adjectif « flagrantes » et remplacer « droit humanitaire » par « droit international humanitaire »⁶¹. Considérant que les principes et directives étaient élaborés du point de vue de la victime, l'expert indépendant Bassiouni estima qu'il n'y avait pas de raison d'exclure les violations commises dans le cadre de conflits armés. En outre, il s'interrogea sur la pertinence de l'expression « violations flagrantes », dans la mesure où elle était utilisée non pas pour désigner une « catégorie particulière de violations des droits de l'homme en tant que telles [– qu'il aurait fallu alors définir avec précision –] mais des situations [...] caractérisées par la manière dont les violations ont été commises ou par leur gravité »⁶². Il proposa dès lors, sans autre qualification, des « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des

54. Voy. la position des représentants allemands à l'ECOSOC (Compte-rendu analytique provisoire de la 38^e session, 25 juillet 2005, E/2005/SR.38, p. 2, *per* M. Theummel) et à la troisième commission (Compte rendu analytique de la 39^e séance, 10 novembre 2005, A/C.3/60/SR.39, *per* Mme Beinhoff).

55. Assemblée générale, troisième commission, compte rendu analytique de la 39^e séance, 10 novembre 2005, A/C.3/60/SR.39, p. 3, *per* Mme Zack (États-Unis d'Amérique).

56. Texte anglais : « Emphasizing that the Basic Principles and Guidelines contained herein do not entail new international or domestic legal obligations but identify mechanisms, modalities, procedures and methods for the implementation of existing legal obligations under international human rights law and international humanitarian law which are complementary though different as to their norms » (nous soulignons).

57. Rapport de la troisième réunion de consultation, E/CN.4/2005/59, p. 5, § 15, *supra* note 27.

58. *Ibid.*, p. 5, § 12.

59. Rapport final van Boven, E/CN.4/Sub.2/1993/8, p. 61, § 137, *supra* note 10.

60. E/CN.4/Sub.2/1996/17, p. 3, Annexe, *supra* note 17.

61. E/CN.4/1997/104, Annexe, *supra* note 18.

62. E/CN.4/1999/65, pp. 23-24, §§ 84-85, *supra* note 18.

victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire »⁶³. Suite aux consultations menées par l'ambassadeur Salinas sous les auspices du haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, les prédicats « flagrantes » et « graves » furent réintroduits dans le texte final, ainsi que cela a déjà été rapporté (*supra*, I, A), alors même que le président-rapporteur et les experts indépendants avaient ultimement proposé une formule plus ramassée visant les « violations flagrantes du droit international »⁶⁴.

Cela signifie-t-il que les principes et directives sont applicables aux seules violations « flagrantes » et « graves » ? Non. Selon le 6^e paragraphe du préambule, les principes et directives « visent les violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et les violations graves du droit international humanitaire, qui, en raison de leur gravité, constituent un affront à la dignité humaine »⁶⁵. En d'autres termes, la résolution vise particulièrement les violations flagrantes et les violations graves parce qu'elles soulèvent le plus d'indignation, non parce qu'elles seraient les seules à faire naître un droit à un recours et à réparation. Ainsi que le principe de « non-dérogation » l'indique, « il est [...] entendu que les présents Principes fondamentaux et directives sont sans préjudice du droit à un recours et à réparation des victimes de toutes les violations du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire » (chapitre XII, § 26)⁶⁶. Dans cette mesure, aussi insatisfaisant que cela puisse paraître conceptuellement, on comprend que la résolution ne contienne pas de définition précise des notions de violations flagrantes de droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, alors même que les auteurs successifs du texte s'y étaient essayés⁶⁷.

Il ne faut donc pas que la violation soit flagrante ou grave pour que le droit à un recours et à réparation existe, même si c'est en ce cas là qu'il s'impose plus particulièrement, dans toute l'ampleur que lui donnent les principes fondamentaux et directives. Il faut toutefois que la violation existe en tant que telle, c'est-à-dire qu'elle soit un manquement illicite à une norme existant au moment où le fait s'est produit, sans quoi celui-ci ne pourrait être source de responsabilité. En d'autres termes, et ainsi que l'a souligné la représentante du Canada, « il n'existe

63. *Rapport final Bassiouni*, E/CN.4/2000/62 Annexe, *supra* note 22.

64. *Rapport de la deuxième réunion de consultation*, E/CN.4/2004/57, Appendice II, *Proposition du président-rapporteur et des experts indépendants à la suite des consultations tenues le 22 octobre 2003*, p. 30, *supra* note 26.

65. Texte original en anglais : « Affirming that the Basic Principles and Guidelines contained herein are directed at gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law which, by their very grave nature, constitute an affront to human dignity ».

66. Nous soulignons. Voy. encore *Rapport de la deuxième réunion de consultation*, E/CN.4/2004/57, p. 13, § 66, *supra* note 26 : « Étant donné que le nouveau projet de texte ne porterait que sur les violations flagrantes, il a été proposé d'inclure une disposition séparée soulignant que l'instrument ne porterait pas atteinte au droit de toutes les victimes de demander réparation. »

67. *Rapport final van Boven*, E/CN.4/Sub.2/1993/8, p. 61, *supra* note 10 :

« On accordera une attention particulière aux violations graves des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui couvrent, sans s'y limiter, les pratiques suivantes : génocide, esclavage et pratiques analogues, exécutions sommaires ou arbitraires, torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, disparitions forcées, détentions arbitraires et prolongées, déportation ou transfert forcé de populations et discrimination systématique, notamment fondée sur la race ou le sexe. » ; *Rapport de la deuxième réunion de consultation*, E/CN.4/2004/57, Appendice II, p. 30, *supra* note 64 : « Aux fins du présent document, on entend par violations flagrantes du droit international la privation illégale du droit à la vie, les actes de torture ou autres peines ou traitements cruels et inhumains, les disparitions forcées, l'esclavage, la traite des esclaves et les pratiques apparentées, la privation des droits des personnes prévues par la loi et violations analogues graves des libertés et droits fondamentaux et des normes garanties par le droit international applicable. »

aucun droit à un recours pour des actes qui n'étaient pas des violations du droit international au moment où ils se sont produits »⁶⁸.

II. – LE DROIT À UN RECOURS ET À RÉPARATION : EXAMEN CRITIQUE

Après cet aperçu général de la résolution 60/147, il importe d'analyser de plus près le droit à un recours et à réparation (*right to a remedy and reparation*) qu'elle consacre au bénéfice des victimes des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et des violations graves du droit international humanitaire, sachant, comme on vient de le souligner, que ces violations ne doivent pas nécessairement atteindre un tel seuil de manifestation ou de gravité pour que, selon la résolution, ce droit existe. Il faut ainsi revenir sur le régime juridique et la conception élargie de ce droit véhiculée par la résolution (B), ce qui permet de mettre en lumière ce dont elle ne parle pas (C). Avant toute chose, il y a lieu de s'interroger sur son fondement (A).

A. *Fondement*

Le droit à un recours et à réparation est envisagé par les principes et directives comme un droit revenant aux *victimes* des violations flagrantes des droits de l'homme et des violations graves du droit international humanitaire. Aucun doute à cet égard n'est permis, ce que confirme la définition de la notion de « victimes » par les paragraphes 8 et 9 de la résolution (*supra*, I, B) : ce sont bien des « personnes, individuellement ou collectivement » qui sont titulaires de ce droit à un recours et à réparation, et non l'État dont ils sont les ressortissants. Se pose dès lors la question du fondement juridique de ce droit individuel, né d'une violation du droit international mais apparemment situé en marge du droit classique de la responsabilité internationale, lequel s'applique entre États.

Dans son rapport final de 1993, M. van Boven affirme qu'« en droit international, toute atteinte à l'un des droits de l'homme fait naître un droit à réparation chez la victime »⁶⁹. Le propos est fondé sur une analyse de la nature particulière des obligations internationales en matière de protection des droits de l'homme, lesquelles ne sont pas seulement convenues au bénéfice des États contractants, mais aussi des individus relevant de leur juridiction⁷⁰ : « Il est donc possible de déclarer que les obligations nées de la responsabilité des États pour violation du régime international des droits de l'homme entraînent des droits correspondants en faveur des individus et des groupes d'individus qui relèvent de la juridiction de l'État auteur et qui sont victimes de ces violations. Le droit premier que le droit international reconnaît à ces victimes est le droit à un recours utile et à une juste

68. Assemblée générale, troisième commission, compte rendu analytique de la 39^e séance, 10 novembre 2005, A/C.3/60/SR.39, *per* Mme Hart (Canada). Voy. encore Commission des droits de l'homme, Compte-rendu analytique de la 56^e séance, 19 avril 2005, E/CN.4/2005/SR.56, *per* M. Normandin (Canada).

69. E/CN.4/Sub.2/1993/8, p. 61, *supra* note 10.

70. *Ibid.*, pp. 18-21 : le rapporteur spécial constate d'abord l'élargissement de la notion d'États lésés au sens du droit de la responsabilité internationale, notamment suite au développement des obligations *erga omnes*, puis cite l'avis consultatif OC-2/82 du 24 septembre 1982 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme au sujet de l'effet des réserves à l'entrée en vigueur de la Convention américaine, série A, *Judgments and opinions*, n° 2, § 29 : « [...] les États peuvent être réputés s'être soumis à un ordre juridique à l'intérieur duquel, pour le bien général, ils assument diverses obligations non seulement à l'égard d'autres États, mais encore à l'égard de tous les individus relevant de leur juridiction [...] ».

réparation »⁷¹. Puisque, depuis l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'usine de Chorzów⁷², il n'est pas contesté que toute violation du droit international emporte, au titre de la responsabilité internationale, l'obligation de réparer le dommage qui en découle, il serait logique de considérer que cette obligation constitue un droit dans le chef des personnes ayant subi ce dommage dès l'instant où la norme violée fut convenue à leur bénéfice.

Cette affirmation ne se retrouve pas comme telle dans la résolution commentée. En réalité, celle-ci paraît fonder le droit à un recours et à réparation au bénéfice des victimes, d'une part, dans une forme d'extrapolation de certaines dispositions conventionnelles et, d'autre part, dans l'obligation de respecter, faire respecter et appliquer le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire.

Le premier paragraphe du préambule de la résolution portant les principes et directives « rappell[e] les dispositions de nombreux instruments internationaux prévoyant le droit à un recours [*« right to a remedy »*] pour les victimes des violations du droit international des droits de l'homme [...] »⁷³ ainsi que de violations du droit international humanitaire [...] »⁷⁴. Le deuxième paragraphe du préambule « rappell[e] les dispositions des conventions régionales prévoyant le droit à un recours pour les victimes de violations du droit international des droits de l'homme [...] »⁷⁵. Ces « rappels » paraissent n'avoir d'autre fonction que d'indiquer que le dispositif de la résolution serait somme toute parfaitement classique, puisqu'il ne ferait que généraliser ce que de nombreux traités internationaux consacraient déjà. En extrapolant les dispositions conventionnelles, on pourrait donc affirmer l'existence d'un principe général consacrant le droit au recours au bénéfice des individus – à moins, inversement, que les règles écrites soient les incarnations particulières d'un tel principe général, déjà bien établi. Il faut toutefois reconnaître que les textes cités ont des statuts normatifs ou des contenus si différents qu'il est difficile d'en déduire un principe général relatif au droit au recours ou d'y voir l'application d'un tel principe. Certes, les textes régionaux cités (article 7 de la charte africaine, article 25 de la convention américaine, article 13 de la convention européenne de sauvegarde) sont incontestablement directement applicables et consacrent, dans les ordres juridiques régionaux concernés, un tel droit à un recours, sous la forme d'un droit d'accès à la justice, au bénéfice direct des individus. On ne peut toutefois pas en dire autant des textes universels auxquels le préambule renvoie, soit du fait de leur formulation (article 2 du pacte de 1966 sur les droits civils et politiques, article 6 de la convention sur l'élimination de la discrimination raciale, article 14 de la convention sur la torture, article 39 de la convention sur

71. *Ibid.*, p. 21, § 45.

72. CPJI, arrêt n° 13, *Usine de Chorzów* (Fond), Série A, n° 17, p. 29.

73. « [...] en particulier les dispositions de l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de l'article 6 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, de l'article 14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et de l'article 39 de la Convention relative aux droits de l'enfant [...] ».

74. « [...] en particulier les dispositions de l'article 3 de la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre du 18 octobre 1907 (Convention IV), de l'article 91 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), du 8 juin 1977, et des articles 68 et 75 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale ».

75. « [...] en particulier les dispositions de l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, de l'article 25 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et de l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

les droits de l'enfant ⁷⁶), soit du fait de leur statut normatif (article 8 de la déclaration universelle des droits de l'homme). Par ailleurs, ainsi que le soutint l'Allemagne (*supra*, I, C) et quoi que paraisse sous-entendre leur inclusion dans le préambule, ni l'article 3 de la convention IV de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de guerre sur terre, ni l'article 91 du protocole I de 1977, additionnel aux conventions de Genève de 1949, ne consacrent le droit, pour les particuliers victimes des violations du *jus in bello*, d'obtenir réparation ⁷⁷. Quant aux articles 68 (« Protection et participation au procès des victimes et des témoins ») et 75 (« Réparation en faveur des victimes ») du statut de la Cour pénale internationale, il s'agit de dispositions liant la Cour dans son fonctionnement. Les « rappels » du préambule sont donc trompeurs si on les comprend autrement que comme un simple relevé de normes éparses : disparates, celles-ci ne constituent pas une pratique normative suffisamment convergente pour fonder un principe général de nature coutumière. Ce sont des règles conventionnelles.

De manière plus affirmative, la résolution déduit le droit à un recours et à réparation de l'« obligation de respecter, de faire respecter et d'appliquer le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire » (chapitre I & II). En effet, selon le paragraphe 3 de la résolution, cette obligation « comprend, entre autres, l'obligation [...] d'offrir aux victimes des recours utiles, y compris la réparation » (« *includes, inter alia, the duty to [...] provide effective remedies to victims, including reparation [...]* »). Le paragraphe 2 indique que les États remplissent leurs obligations internationales « en assurant des recours suffisants, utiles, rapides et appropriés, y compris la réparation ». Cet ancrage du droit à un recours et à réparation dans le devoir de respecter et faire respecter les droits de l'homme et le droit international humanitaire apparaît pour la première fois explicitement dans le projet révisé présenté en 1996 ⁷⁸ par M. van Boven ⁷⁹. Il sera développé par M. Bassiouni ⁸⁰ et ne sera plus remis en cause ensuite. Il n'y a pas lieu de mettre en cause ici cette construction, affirmée à l'indicatif présent comme étant du droit positif et non contestée par les États s'étant exprimés lors du processus d'adoption de la résolution. Encore faut-il voir que déduire le droit à un recours et à réparation du devoir élémentaire de respecter, faire respecter et appliquer le droit auquel on est tenu – c'est-à-dire, en substance, d'exécuter de

76. « Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour faciliter la réadaptation physique et psychologique et la réinsertion sociale de tout enfant victime de toute forme de négligence, d'exploitation ou de sévices, de torture ou de toute autre forme de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ou de conflit armé. Cette réadaptation et cette réinsertion se déroulent dans des conditions qui favorisent la santé, le respect de soi et la dignité de l'enfant » : à lire cette disposition, on comprend mal en quoi elle consacrerait un « droit à un recours », alors que les autres normes citées visent toutes l'obligation des États d'assurer dans leur ordre interne l'accès à des recours utiles... cette disposition est sans doute citée à l'appui de la notion de réadaptation visée par le paragraphe 21 des principes et directives.

77. Sur cette question délicate et controversée, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à l'analyse approfondie de ces dispositions réalisée dans notre ouvrage : P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public, La responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruylant-LGDJ, 2002, pp. 441-449, pp. 507-518 et pp. 784-788 (voy. origine, applications jurisprudentielles et doctrines citées). *Contra* voy. not. F. KALSHOVEN, « State responsibility for warlike acts of the armed forces. From Art. 3 of Hague Convention IV of 1907 to Art. 91 of Additional Protocol I of 1977 and beyond », *ICLQ*, 1991, pp. 827-858.

78. E/CN.4/Sub.2/1996/17, Annexe, p. 3, § 2, *supra* note 17 : « L'obligation de respecter et de faire respecter les droits de l'homme et le droit humanitaire comprend le devoir de lutter contre les violations, d'enquêter sur celles-ci, de prendre les mesures appropriées contre leurs auteurs et d'assurer recours et réparation aux victimes. »

79. Voy. les remarques de l'expert indépendant Bassiouni à ce propos, E/CN.4/1999/65, p. 7, § 15, *supra* note 18.

80. E/CN.4/2000/62, p. 7, § 3, *supra* note 22.

bonne foi ses obligations internationales – n'explique pas grand chose. Il nous semble en effet que le droit à la réparation n'est pas un appendice du droit à un recours et que ce dernier n'est pas simplement « compris » dans l'obligation de respecter, faire respecter et appliquer le droit. Plus logiquement, c'est la violation de cette obligation qui donne naissance au droit à la réparation, celui-ci étant mis en œuvre grâce au droit au recours. En d'autres termes, c'est parce que le droit à la réparation existe comme droit individuel en conséquence de la violation de l'obligation de respecter le droit – ou, plus simplement dit, en conséquence de la violation du droit –, qu'un recours effectif dans les ordres juridiques internes doit être disponible pour en assurer la jouissance. Le droit à la réparation n'est pas inclus dans le droit à un recours, lequel n'est pas « compris » dans l'obligation de respecter le droit. Le droit à la réparation naît de la violation du droit, et est en ce sens externe à l'obligation de le respecter ; le droit à un recours, entendu – ainsi que les principes le conçoivent (*infra*, II, B) – comme droit d'accès à un tribunal, est le moyen de réclamer la jouissance du droit primaire substantiel, ou à défaut la réparation du dommage qui naît de sa violation. On en revient donc à la question du droit à la réparation en tant que droit individuel consacré par l'ordre juridique international, suite à la violation du droit international – c'est-à-dire à l'affirmation contenue dans le rapport final de M. van Boven et rapportée ci-avant.

Formulée en droit international général, et non au regard d'un système régional de protection de droits fondamentaux, cette affirmation a légitimement pu susciter de nombreuses hésitations, tant le droit de la responsabilité internationale est fondamentalement un droit interétatique⁸¹. Dans l'avis qu'elle a rendu le 9 juillet 2004 au sujet des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour internationale de Justice ne paraît toutefois pas partager ces hésitations puisqu'elle affirme qu'Israël a, en application du droit de la responsabilité internationale, « l'obligation de réparer tous les dommages causés à toutes les personnes physiques ou morales concernées »⁸². La Cour affirme encore qu'« Israël est [...] tenu de restituer les terres, les vergers, les oliveraies et les autres biens immobiliers saisis à toute personne physique ou morale en vue de l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé. Au cas où une restitution s'avérerait matériellement impossible, Israël serait tenu de procéder à l'indemnisation des personnes en question pour le préjudice subi par elles. De l'avis de la Cour, Israël est également tenu d'indemniser, conformément aux règles du droit international applicables en la matière, toutes les personnes physiques ou morales qui auraient subi un préjudice matériel quelconque du fait de la construction de ce mur »⁸³. Le prononcé est assurément remarquable : la Cour affirme qu'Israël doit indemniser les personnes préjudiciées, et non pas seulement qu'Israël doit réparer les dommages subis par ces personnes. Ainsi, la Cour paraît consacrer une obligation de réparer les violations du droit international au profit des individus, c'est-à-dire leur droit, en droit international général, d'obtenir réparation pour les violations du droit

81. Tel que codifié par la Commission du droit international, le droit international de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite n'exclut pas que la responsabilité puisse être due à d'autres sujets qu'à des États (ou organisations internationales), mais il « ne s'applique pas aux obligations de réparation dans la mesure où celles-ci s'exercent envers une personne ou une entité autre qu'un État ou sont invoquées par cette personne ou cette entité » : *Rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session (2001)*, A/56/10, p. 231 (commentaire de l'art. 28). Voy. encore *infra* note 86.

82. *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *CIJ Recueil* 2004, p. 198, § 152.

83. *Ibid.*, § 153.

des gens dont ils sont victimes. Le prononcé est d'autant plus remarquable que la Cour ne s'embarrasse guère de justifier son assertion, laquelle paraît également relever de l'évidence pour ses membres puisqu'aucun juge n'y revient dans les opinions individuelles ou dans la déclaration jointes à l'avis. Certes, ce prononcé permet à la Cour d'esquiver la difficile question de la réalité étatique de la Palestine, question qui se serait posée dans le cadre de l'exercice d'une réclamation fondée sur le mécanisme de la protection diplomatique. Cela étant, la concision de l'avis sur ce point, et le silence des opinions individuelles, donnent à penser que les principes juridiques sous-tendant le prononcé ne doivent pas être relativisés et compris seulement en fonction des faits de l'espèce. L'avis de la Cour est rédigé en termes très généraux, laissant entendre que toute violation du droit international causant préjudice aux particuliers entraîne à leur profit un droit, consacré par l'ordre juridique international, à obtenir réparation⁸⁴.

Toute violation du droit international entraîne-t-elle, dans cet ordre juridique, un droit individuel à la réparation ? Même si la Cour n'en dit rien, il semble logique d'affirmer que, pour que le droit (secondaire) à la réparation existe dans l'ordre juridique international au bénéfice des individus, il faut que la norme de droit international (primaire) violée ait conféré des droits aux individus, c'est-à-dire qu'elle ait été conclue à leur bénéfice et soit directement applicable dans les ordres juridiques internes. En effet, on voit mal comment les individus pourraient, en droit international, être titulaires d'un droit à la réparation de dommages nés de la violation d'une règle qui ne leur aurait pas conféré directement des droits. Cette subordination du droit individuel à la réparation au caractère directement applicable de la norme internationale dont la violation cause le dommage est notamment affirmée en droit communautaire⁸⁵ ; elle paraît peu contestable en droit international général et semble d'ailleurs implicitement contenue dans le lien établi entre le droit à un recours, entendu comme le droit d'avoir accès à un tribunal, et le droit à réparation. En effet, conformément aux principes (*infra*, II, B), le droit à un recours consacré par l'ordre juridique international au bénéfice des individus n'est pas le droit d'accéder à des procédures internationales de règlement, mais le droit d'avoir un accès effectif à la justice dans l'ordre juridique interne de l'État concerné – ce qui se comprend puisque les particuliers n'ont, sauf exception, pas de *locus standi* devant les juridictions internationales. Or, ce droit d'accès à la justice n'a de sens que pour y obtenir la

84. Pour une analyse de l'avis de la Cour sur ces questions, voy. notre contribution P. D'ARGENT, « Compliance, cessation, restitution and reparation in the Wall advisory opinion », in *Festschrift Christian Tomuschat*, 2006 (à paraître).

85. Qu'il s'agisse de la responsabilité non contractuelle de la Communauté (voy. not. CJCE, 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil c. Commission*, C-352/98, *Rec.*, p. I-5291, point 42 – où la Cour unifie, « en l'absence de justification particulière », les régimes de responsabilité des États membres et de la Communauté, point 41) ou de ses États membres pour violation du droit communautaire (voy. not. CJCE, 19 novembre 1991, *A. Francovich c. République italienne et D. Bonifaci e.a. c. République italienne*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, p. I-5415, point 41 ; CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur S.A. c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen c. Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd e.a.*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, I-1149, point 52). On notera que la Cour de Justice subordonne l'existence de la responsabilité à la violation (le cas échéant « suffisamment caractérisée ») d'une « règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers », plutôt qu'à la violation d'une règle directement applicable. Ce n'est sans doute pas exactement la même chose ; la formule retenue permet d'inclure l'inexécution des directives (normalement dépourvues d'effet direct mais comportant néanmoins des attributions de droits) dans le délai de transposition dans le champ d'application de la responsabilité. S'agissant de la responsabilité de la Communauté dans l'ordre juridique communautaire pour violation du droit international, la Cour considère qu'une règle de droit international conférant des droits aux particuliers doit s'entendre d'une règle directement applicable (voy. not. CJCE, 30 septembre 2003, *Biret International S.A. c. Conseil*, C-93/02, *Rec.*, I-10558, point 51 ; TPI, 14 décembre 2005, *FIAMM c. Conseil et Commission*, T-69/00, point 113).

protection, le cas échéant sous forme de réparation, de droits dont on peut se prévaloir en droit interne lors de l'exercice du droit à un recours, c'est-à-dire de droits consacrés par des normes internationales directement applicables.

On peut donc regretter que les principes et directives n'aient pas simplement affirmé que la violation de toute règle de droit international directement applicable conférant un droit aux individus faisait naître dans leur chef, en droit international, un droit à obtenir la réparation des dommages qui en découlent. Il y aurait eu là un renvoi élémentaire au droit primaire, sans lequel un régime de responsabilité n'a guère de sens. En identifiant ainsi le fondement et la condition juridiques de l'existence du droit individuel à la réparation, cela aurait peut-être permis de dissiper les objections allemandes et, en même temps, cela aurait mis en lumière le lien qui existe entre le droit à la réparation et le droit à un recours, entendu comme droit d'avoir accès à un tribunal. En se dispensant de devoir donner un semblant de cohérence aux normes conventionnelles éparses citées dans le préambule et en n'étant plus obligé d'introduire le droit à la réparation sous le couvert de l'obligation de respecter et faire respecter le droit, cela aurait en outre permis d'articuler les principes et directives par rapport au droit général de la responsabilité internationale des États, tel que récemment codifié par la résolution 56/83. On sait en effet que le contenu de la responsabilité internationale de l'État qui y est défini « est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État »⁸⁶. L'affirmation du droit individuel à obtenir la réparation des violations des règles de droit international directement applicables aurait été une manière de donner du sens à cette disposition, et ainsi de compléter plus explicitement et plus rigoureusement le droit de la responsabilité internationale. La mise en avant de l'obligation de respecter, de faire respecter et d'appliquer le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, et l'inclusion du droit à un recours et à réparation dans cette obligation primaire, masque en effet les conditions d'existence de ce droit et son ancrage dans le droit secondaire de la responsabilité internationale.

B. Régime

Une chose est d'affirmer – même au titre de l'obligation de respecter et faire respecter le droit – l'existence, en droit international, du droit individuel à obtenir la réparation des violations des normes internationales conférant directement des droits aux individus, une autre chose est de déterminer quel est le régime juridique de ce droit, c'est-à-dire quel est le droit applicable à la relation de responsabilité ainsi créée. Lorsque le droit à la réparation est mis en œuvre en droit interne par le moyen de l'exercice du droit à un recours, le droit applicable à la relation de responsabilité entre créancier et débiteur de réparation devrait être le droit interne désigné par les règles de droit international privé du juge saisi et compétent. Ainsi, en droit communautaire, la CJCE affirme que la violation d'une règle de droit communautaire directement applicable fait naître dans le chef des particuliers un droit individuel à obtenir réparation consacré par l'ordre juridique communautaire, la responsabilité de l'État étant régie par son droit

86. A/RES/56/83, *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, art. 33, § 2. Selon le commentaire de la Commission du droit international, « c'est à la règle primaire particulière qu'il incombe de déterminer si et dans quelle mesure des personnes ou des entités autres que des États peuvent invoquer la responsabilité en leur nom propre » : *Rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session (2001)*, A/56/10, p. 253. Voy. encore le commentaire de l'article 28, pp. 230-231, *supra* note 81.

interne, sous réserve de certaines limites fixées par le droit communautaire⁸⁷. Dans ce schéma, le droit communautaire consacre le droit à obtenir réparation et en détermine les conditions d'existence ; le droit interne (de l'État responsable) en régit l'exercice ; le droit communautaire énonce enfin les conditions auxquelles le droit interne applicable à la relation de responsabilité ne peut déroger, ceci afin d'assurer l'effectivité du droit à obtenir réparation consacré par le droit communautaire. Les auteurs de la résolution commentée n'ont pas recouru à un tel schéma, pourtant simple et respectueux des spécificités nationales. Sans pour autant exclure que le droit interne s'applique à l'exercice du droit à un recours et à réparation, ils ont préféré dire ce que les États doivent ou devraient faire, plutôt que de préciser ce que leur droit interne ne peut pas ou ne devrait pas faire à l'occasion de la mise en œuvre du droit à un recours et à réparation. Il en résulte une conception particulièrement élargie, mais aussi relativement embrouillée, de ce droit.

Selon le paragraphe 11 de la résolution, et ainsi qu'on l'a déjà mentionné (*supra*, I, B), le « droit des victimes aux recours » (« *Victim's right to remedies* ») a une triple dimension :

- « a) Accès effectif à la justice, dans des conditions d'égalité ;
- b) Réparation adéquate, effective et rapide du préjudice subi ;
- c) Accès aux informations utiles concernant les violations et les mécanismes de réparation ».

1. Accès à la justice

Selon le paragraphe 12 de la résolution :

« Les victimes d'une violation flagrante du droit international des droits de l'homme ou d'une violation grave du droit international humanitaire auront (*"shall have"*), dans des conditions d'égalité, accès à un recours judiciaire utile, conformément au droit international. Les autres recours à la disposition des victimes incluent l'accès aux organes administratifs et autres, ainsi qu'aux mécanismes, modalités et procédures régis par la législation interne. Les obligations découlant du droit international qui visent à garantir le droit d'accès à la justice et à un procès équitable et impartial doivent être reflétées dans les législations internes ».

Tandis que le droit d'accès à un recours judiciaire utile dans des conditions d'égalité est ainsi affirmé *de lege lata*, la suite du paragraphe 12 ainsi que les paragraphes 13 et 14 sont rédigés sur le mode conditionnel, c'est-à-dire que les principes et directives qui y sont affirmés ne correspondent pas à des obligations internationales. Les États sont ainsi invités à faciliter l'exercice du droit d'accès à un recours judiciaire en diffusant des informations à cet égard, en prenant des mesures permettant de limiter les difficultés rencontrées par les victimes et leurs représentants (protection de la vie privée, protection des témoins...), en fournissant « l'assistance voulue » aux victimes cherchant à avoir accès à la justice, en mettant à leur disposition « tous les moyens juridiques, diplomatiques et consulaires appropriés »⁸⁸. En outre, « par-delà l'accès individuel à la justice, les États

87. CJCE, 19 novembre 1991, *A. Francovich c. République italienne* et *D. Bonifaci e.a. c. République italienne*, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *op. cit.*, points 42-43 ; CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur S.A. c. Bundesrepublik Deutschland* et *The Queen c. Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd e.a.*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *op. cit.*, point 63.

88. § 12 : « [...] les États devraient : a) Diffuser des informations, par des mécanismes publics et privés, sur tous les recours disponibles en cas de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire ; b) Prendre des mesures pour limiter autant que possible les difficultés rencontrées par les victimes et leurs représentants, protéger

devraient s'efforcer de mettre en place des procédures pour permettre à des groupes de victimes de présenter des demandes de réparation et de recevoir réparation, selon qu'il convient »⁸⁹. Enfin, « l'accès à un recours adéquat, utile et rapide [...] devrait englober tous les mécanismes internationaux disponibles et appropriés dont une personne peut se prévaloir, sans préjudice de l'exercice de tout autre recours interne »⁹⁰.

Ces dispositions n'appellent guère de commentaires, sauf que s'y manifeste ce qui fut souligné ci-dessus : le droit d'accès à un recours judiciaire interne est le moyen le plus habituel, pour les individus, de jouir effectivement des droits que leur confère directement l'ordre juridique international. Sans l'affirmation d'un tel droit d'accès au juge interne, le droit à la réparation serait largement illusoire puisque les particuliers n'ont, sauf exception, pas accès aux mécanismes internationaux de règlement des différends. Le droit d'accès revêt lui-même le caractère d'une norme directement applicable, même si, comme le souligne le paragraphe 12, les États doivent garantir, dans leurs droits internes, l'accès à la justice et le procès équitable.

2. Réparation du préjudice subi

Les paragraphes 15 à 23 de la résolution sont consacrés à la « réparation du préjudice subi ». La plupart de ces dispositions sont rédigées au conditionnel. Seuls les paragraphes 15 et 17 contiennent des affirmations formulées à l'indicatif présent, ce qui, selon les auteurs de la résolution, est le signe de leur caractère juridiquement contraignant. D'une part, « conformément à sa législation interne et à ses obligations juridiques internationales, l'État assure aux victimes la réparation des actes ou omissions qui peuvent lui être imputés et qui constituent des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire »⁹¹. D'autre part, « s'agissant des plaintes des victimes, l'État assure l'exécution des décisions de réparation prononcées par ses juridictions internes à l'égard des particuliers ou des entités responsables du préjudice subi et s'applique à assurer l'exécution des décisions de réparation ayant force de chose jugée prononcées par des juridictions étrangères, conformément à son droit interne et à ses obligations juridiques internationales »⁹². Il est difficile de contester ces affirmations. À nouveau, elles manifestent indirectement l'emprise du droit interne, tant procédural que matériel, sur l'exercice du droit à la réparation conféré par l'ordre juridique international aux individus. On notera aussi que la résolution considère que l'obligation

Suite de la note 88.

comme il convient leur vie privée de toute ingérence illégale et assurer leur sécurité, ainsi que celle de leur famille et de leurs témoins, en les préservant des manœuvres d'intimidation et des représailles, avant, pendant et après les procédures judiciaires, administratives ou autres mettant en jeu les intérêts des victimes ; c) Fournir l'assistance voulue aux victimes qui cherchent à avoir accès à la justice ; d) Mettre à disposition tous les moyens juridiques, diplomatiques et consulaires appropriés pour que les victimes puissent exercer leurs droits à un recours en cas de violation flagrante du droit international des droits de l'homme ou de violation grave du droit international humanitaire ».

89. § 13.

90. § 14.

91. § 13, 3^e phrase.

92. § 17, 1^{re} phrase. Nous soulignons. Le renvoi aux « obligations juridiques internationales » a été inséré afin de préciser que l'exécution des jugements étrangers devait se faire dans le respect des règles internationales relatives aux immunités d'État (*Rapport de la troisième réunion de consultation*, E/CN.4/2005/59, p. 10, § 44, *supra* note 27).

La suite du paragraphe 17 se lit ainsi : « À cette fin, les États devraient prévoir, dans leur législation interne, des mécanismes efficaces pour assurer l'exécution des décisions de réparation ».

internationale de réparer n'existe que dans le chef de l'État auquel les « actes ou omissions » illicites sont imputables, et non dans le chef des particuliers auteurs des violations : si « la réparation incombe à une personne physique, à une personne morale ou à une autre entité, la personne ou l'entité *devrait* assurer réparation à la victime ou indemniser l'État lorsque celui-ci a déjà assuré réparation à la victime »⁹³. Le droit individuel à la réparation consacré par le droit international ne semble donc pas avoir d'effet direct horizontal, même si les États restent tenus d'assurer l'exécution des jugements par lesquels des particuliers ont été condamnés à payer des réparations et que, par ailleurs, ils « *devraient* s'efforcer de créer des programmes nationaux pour fournir réparation et toute autre assistance aux victimes, lorsque la partie responsable du préjudice subi n'est pas en mesure ou n'accepte pas de s'acquitter de ses obligations »⁹⁴.

Selon la résolution, « le but d'une réparation adéquate, effective et rapide est de promouvoir la justice en remédiant aux violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou aux violations graves du droit international humanitaire. La réparation devrait être à la mesure de la gravité de la violation et du préjudice subi » (§ 15). Par ailleurs, « conformément à la législation interne et au droit international, et compte tenu des circonstances de chaque cas, il devrait être assuré aux victimes [...], selon qu'il convient et de manière proportionnée à la gravité de la violation et aux circonstances de chaque cas, une réparation pleine et effective [...] notamment sous les formes suivantes : restitution, indemnisation, réadaptation, satisfaction et garanties de non-répétition » (§ 18). Ces formes de réparation sont précisées par les paragraphes 19 à 23. Ils méritent d'être reproduits comme tels, afin de bien prendre la mesure de l'extension que la notion de réparation reçoit à cette occasion – alors même que l'usage du conditionnel empêche de considérer qu'il y aurait là, à tous égards, des obligations de droit international et que, comme l'indique la formule prudente du paragraphe 18 reproduite ci-dessus, tout est affaire de circonstances :

« 19. *La restitution* devrait, dans la mesure du possible, rétablir la victime dans la situation originale qui existait avant que les violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou les violations graves du droit international humanitaire ne se soient produites. La restitution comprend, selon qu'il convient, la restauration de la liberté, la jouissance des droits de l'homme, de l'identité, de la vie de famille et de la citoyenneté, le retour sur le lieu de résidence et la restitution de l'emploi et des biens.

20. *Une indemnisation* devrait être accordée pour tout dommage résultant de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, qui se prête à une évaluation économique, selon qu'il convient et de manière proportionnée à la gravité de la violation et aux circonstances de chaque cas, tel que :

- a) Le préjudice physique ou psychologique ;
- b) Les occasions perdues, y compris en ce qui concerne l'emploi, l'éducation et les prestations sociales ;
- c) Les dommages matériels et la perte de revenus, y compris la perte du potentiel de gains ;
- d) Le dommage moral ;
- e) Les frais encourus pour l'assistance en justice ou les expertises, pour les médicaments et les services médicaux et pour les services psychologiques et sociaux.

93. § 13, 4^e phrase. Nous soulignons.

94. § 16.

21. *La réadaptation* devrait comporter une prise en charge médicale et psychologique ainsi que l'accès à des services juridiques et sociaux.

22. *La satisfaction* devrait comporter, le cas échéant, tout ou partie des mesures suivantes :

- a) Mesures efficaces visant à faire cesser des violations persistantes ;
- b) Vérification des faits et divulgation complète et publique de la vérité, dans la mesure où cette divulgation n'a pas pour conséquence un nouveau préjudice ou ne menace pas la sécurité et les intérêts de la victime, des proches de la victime, des témoins ou de personnes qui sont intervenues pour aider la victime ou empêcher que d'autres violations ne se produisent ;
- c) Recherche des personnes disparues, de l'identité des enfants qui ont été enlevés et des corps des personnes tuées, et assistance pour la récupération, l'identification et la réinhumation des corps conformément aux vœux exprimés ou présumés de la victime ou aux pratiques culturelles des familles et des communautés ;
- d) Déclaration officielle ou décision de justice rétablissant la victime et les personnes qui ont un lien étroit avec elle dans leur dignité, leur réputation et leurs droits ;
- e) Excuses publiques, notamment reconnaissance des faits et acceptation de responsabilité ;
- f) Sanctions judiciaires et administratives à l'encontre des personnes responsables des violations ;
- g) Commémorations et hommages aux victimes ;
- h) Inclusion, dans la formation au droit international des droits de l'homme et au droit international humanitaire et dans le matériel d'enseignement à tous les niveaux, d'informations précises sur les violations qui se sont produites.

23. *Les garanties de non-répétition* devraient inclure, le cas échéant, tout ou partie des mesures suivantes qui contribueront aussi à la prévention et qui consistent à :

- a) Veiller au contrôle efficace des forces armées et des forces de sécurité par l'autorité civile ;
- b) Veiller à ce que toutes les procédures civiles et militaires soient conformes aux normes internationales en matière de régularité de la procédure, d'équité et d'impartialité ;
- c) Renforcer l'indépendance du pouvoir judiciaire ;
- d) Protéger les membres des professions juridiques, médicales et sanitaires et le personnel des médias et d'autres professions analogues, ainsi que les défenseurs des droits de l'homme ;
- e) Dispenser, à titre prioritaire et de façon suivie, un enseignement sur les droits de l'homme et le droit international humanitaire dans tous les secteurs de la société, et une formation en la matière aux responsables de l'application des lois et au personnel des forces armées et de sécurité ;
- f) Encourager l'observation de codes de conduite et de normes déontologiques, en particulier de normes internationales, par les fonctionnaires, y compris les responsables de l'application des lois, les personnels de l'administration pénitentiaire, des médias, des services médicaux, psychologiques et sociaux et le personnel militaire, ainsi que par les entreprises ;
- g) Promouvoir des mécanismes pour prévenir, surveiller et résoudre les conflits sociaux ;
- h) Réexaminer et réformer les lois favorisant ou permettant des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et des violations graves du droit international humanitaire ».

Même si leur régime, leur contenu et leur mise en œuvre ne relèvent pas exclusivement du droit international, les formes de réparation visées par la résolution sont, comme on peut le constater, très directement inspirées par le droit de la responsabilité internationale des États (restitution, indemnisation, satisfaction, garanties de non-répétition). Cette manière d'isomorphisme est frappant. En soi et de prime abord, ceci n'a rien de particulièrement critiquable, le droit international de la réparation entretenant d'ailleurs avec les droits internes une parenté manifeste, du moins en ce qui concerne la restitution et l'indemnisation. Cela étant, au-delà des formules retenues qui peuvent ici et là susciter l'hésitation, l'isomorphisme des principes et directives avec le droit coutumier de la responsabilité internationale est à maints égards trompeur.

D'abord, il est étonnant de considérer la cessation du fait illicite comme une mesure de satisfaction, alors que les articles sur la responsabilité des États en font une conséquence juridique propre de l'illicéité et non une manière de donner satisfaction⁹⁵. Cet étrange déplacement n'est pas expliqué, même s'il résulte peut-être à la fois de la place primordiale réservée par les principes et directives à l'obligation de respecter, faire respecter et appliquer le droit – la cessation n'étant que l'« envers » du devoir d'obéir au droit –, et de l'ampleur qu'ils donnent à la restitution. En effet, si la « restauration de la liberté » est justifiée au titre de la restitution, il est clair qu'il n'est plus besoin de recourir à la cessation du fait illicite pour l'obtenir. Plus fondamentalement, on peut se demander si ce déplacement n'est pas caractéristique de la dimension collective et transformatrice des sociétés de la « réparation » telle qu'envisagée par les principes et directives – dimension sur laquelle il faudra revenir. À cet égard, il est symptomatique que la cessation soit considérée comme une mesure « visant à faire cesser des violations persistantes », et non comme un moyen de redresser un fait illicite particulier.

Ensuite, aucun lien n'est établi entre la restitution et l'indemnisation. On sait pourtant que l'indemnisation ne doit avoir lieu que « dans la mesure où [le] dommage n'est pas réparé par la restitution »⁹⁶, puisque la réparation intégrale du préjudice suppose de « rétablir l'état qui *aurait vraisemblablement existé* si [l'acte illicite] n'avait pas été commis »⁹⁷, alors que la restitution ne permet que « le rétablissement de la situation qui *existait* avant que le fait illicite ne soit commis »⁹⁸. En mentionnant la restitution et l'indemnisation sans rappeler la subordination, sous forme de complémentarité, de celle-ci à celle-là, les principes et directives donnent erronément à penser que les deux devraient toujours avoir lieu.

Ce « cumul » paraît d'autant plus s'imposer que l'indemnisation devrait être « proportionnée à la gravité de la violation et aux circonstances de chaque cas »⁹⁹, alors que la réparation est en principe fonction de la seule nature et ampleur du dommage¹⁰⁰ – et non de la gravité du fait illicite –, dans la mesure où celui-ci n'a

95. A/RES/56/83, *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, art. 30. En ce sens, voy. D. SHELTON, *op. cit.*, p. 22, *supra* note 11.

96. *Ibid.*, art. 36, § 1.

97. CPJI, arrêt n° 13, *Usine de Chorzów* (Fond), Série A, n° 17, p. 47.

98. A/RES/56/83, *Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, art. 35 (nous soulignons), ce que le paragraphe 19 des principes et directives appelle le fait de « rétablir la victime dans la situation originale qui existait avant les violations ».

99. § 20. Le paragraphe 15 indique que la réparation « devrait être à la mesure de la gravité de la violation et du préjudice subi ».

100. Voy. p. ex., *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 31 mars 2004, *CIJ Recueil 2004*, p. 59, § 119 où la Cour souligne que « ce qui constitue une « réparation dans une forme adéquate » [...] dépend, manifestement, des circonstances concrètes de chaque affaire ainsi que de la nature exacte et de l'importance du préjudice ». Il n'est pas fait mention de la gravité du fait illicite.

pas pu être intégralement réparé par la restitution. Dès l'instant où les principes et directives sont essentiellement relatifs à des violations flagrantes ou graves de règles de droit international souvent considérées comme fondamentales, voire impératives, il est probable que la violation de telles règles sera toujours considérée comme « grave », et qu'en conséquence une indemnisation substantielle sera chaque fois requise. Certes, la formule retenue permet une certaine flexibilité pour apprécier l'adéquation de l'indemnité¹⁰¹ ; elle comporte cependant le risque d'ouvrir la voie à l'imposition de *punitive damages*, c'est-à-dire d'indemnités disproportionnées par rapport à la réalité du préjudice – que celui-ci soit matériel ou moral –, alors même que cela est exclu par le droit de la responsabilité internationale¹⁰² et apparemment non recherché par les auteurs de la résolution¹⁰³. La critique ainsi formulée à l'encontre de la manière dont les principes et directives suggèrent de mesurer le paiement indemnitaire n'emporte aucune remise en cause des différents types de préjudices indemnisables. Ceux-ci ont toutefois suscité certaines hésitations de la part des États, notamment en ce qui concerne la perte d'une chance (« occasions perdues ») et le préjudice moral¹⁰⁴. Ces hésitations ne paraissent guère justifiées, même si la justification de la perte d'une chance par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice laisse dubitatif¹⁰⁵.

101. D. SHELTON, *op. cit.*, p. 21, *supra* note 11.

102. « L'indemnisation correspond au dommage susceptible d'évaluation financière subi par l'État lésé ou ses ressortissants. Elle n'a pas pour but de punir l'État responsable et n'a pas non plus un caractère "expressif" ou exemplaire » : *Rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session (2001)*, A/56/10, p. 264 (commentaire de l'art. 36). Le commentaire cite notamment l'arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*, *op. cit.*, *supra* note 5. L'article 45, § 2, c) du projet d'articles arrêté en 1996 par la Commission du droit international envisageait qu'au titre de la satisfaction, et non de l'indemnisation, « des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte » puissent être demandés (*Rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 48^e session (1996)*, A/51/10, p. 67, et commentaire dans *Rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 45^e session (1993)*, A/48/10, pp. 82 et s.). Cette possibilité n'est pas reprise dans l'actuel article 37 de la résolution sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, lequel considère que « la satisfaction ne doit pas être hors de proportion avec le préjudice et ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable ». Dans son commentaire, la Commission estime que cette disposition signifie que la satisfaction « n'est pas censée avoir un caractère punitif, et n'inclut donc pas de dommages-intérêts punitifs » (*Rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session (2001)*, *op. cit.*, p. 289 ; Sur ces questions, voy. not. Cl. BARTHE-GAY, « Réflexions sur la satisfaction en droit international », *cet Annuaire*, 2003, pp. 105-128). On notera qu'au titre de la satisfaction, le paragraphe 22 des principes et directives n'envisage aucune allocation de dommages-intérêts.

103. Les travaux préparatoires sont cependant ambigus, en ce que la proportionnalité de la réparation par rapport à la gravité de la violation y a très tôt été introduite : T. van Boven a proposé dès son rapport final que la réparation soit « proportionnelle à la gravité des violations et du préjudice subi » (E/CN.4/Sub.2/1993/8, p. 61, § 4, *supra* note 10) tout en rapportant et semblant se fonder sur la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui exclut d'allouer des *punitive damages* au titre de la réparation (*ibid.*, p. 41). Selon Ch. Bassiouni (E/CN.4/1999/65, p. 25, § 88, *supra* note 18), « la proportionnalité des dommages-intérêts à la gravité du préjudice subi constitue un principe fondamental de justice » : l'expert indépendant vise bien une proportionnalité en fonction de la gravité du préjudice et non en fonction de la violation qui cause ce préjudice, mais proposera néanmoins que la « réparation devrait être proportionnelle à la gravité de la violation et au préjudice subi » (*Rapport final*, E/CN.4/2000/62, p. 10, § 15, *supra* note 22), formule reprise en substance au paragraphe 15 des principes et directives. D. Shelton, *op. cit.*, p. 23, *supra* note 11, estime que proportionner l'indemnisation à la gravité du préjudice ne suggère pas que l'allocation de *punitive damages* soit appropriée. Nous pensons au contraire que cela emporte un tel risque et qu'il aurait donc mieux valu ne pas s'écarter de la manière dont le montant de l'indemnisation est habituellement mesuré.

104. *Rapport de la troisième réunion de consultation*, E/CN.4/2005/59, p. 11, §§ 48-49, *supra* note 27 et *Rapport de la deuxième réunion de consultation*, E/CN.4/2004/57, p. 11, § 51, *supra* note 26.

105. *Rapport de la troisième réunion de consultation*, E/CN.4/2005/59, p. 11, § 49, *supra* note 27.

La réadaptation, telle qu'envisagée par le paragraphe 21, a également suscité des hésitations. L'utilisation du conditionnel et la souplesse du paragraphe 18 qui constitue comme le « chapeau » de toutes les formes de réparation envisagées permettent de relativiser toute affirmation juridique trop rigoriste en la matière. Cela étant, nul ne contestera que les mesures de réadaptation envisagées par les principes et directives sont, dans toute la mesure du possible, en tous points souhaitables et correspondent à un élémentaire devoir de solidarité et de sollicitude à l'égard des victimes. Dans la mesure où la réadaptation est censée effacer autant que possible les séquelles psychologiques et médicales dont souffrent les victimes, elle paraît d'ailleurs constituer une forme particulière de restitution.

Il est inutile de détailler les mesures de satisfaction et les garanties de non-répétition envisagées par les paragraphes 22 et 23. On peut bien entendu hésiter sur l'un ou l'autre point : on a déjà dit ce qu'il en était de la cessation ; on pourrait encore s'étonner de voir telle mesure considérée sous l'angle de la satisfaction alors qu'elle aurait très bien pu être constitutive d'une garantie de non-répétition. Si « les mesures efficaces visant à faire cesser des violations persistantes » sont envisagées comme mesures de satisfaction, elles constituent tout autant une garantie de non-répétition ; il en est de même des excuses publiques, des sanctions judiciaires, des commémorations ou de l'inclusion d'informations précises sur les violations dans la formation aux droits de l'homme et au droit international humanitaire. Là n'est toutefois pas l'essentiel – d'autant moins que l'utilisation du conditionnel oblige à relativiser une fois encore la portée normative de ces paragraphes.

L'essentiel est de voir qu'avec les mesures de satisfaction et les garanties de non-répétition envisagées, le droit à la réparation quitte les terres connues de la relation juridique intersubjective entre créancier(s) et débiteur(s) pour s'aventurer sur les eaux incertaines, bien plus politiques et sociétales, de ce que l'on peut appeler les « droits collectifs »¹⁰⁶. C'est ici que réside à la fois toute l'originalité, toute la puissance transformatrice – pour ne pas dire le potentiel révolutionnaire – des principes et directives, et en même temps leurs limites juridiques. Les mesures envisagées – divulgation complète et publique de la vérité, recherche des corps, déclaration officielle, excuses publiques, sanctions des responsables, commémorations, formation au respect des droits fondamentaux et enseignement de ceux-ci dans tous les secteurs de la société, contrôle des forces armées et de sécurité par les autorités civiles, indépendance du pouvoir judiciaire, protection des défenseurs des droits de l'homme, réexamen des lois... : nombre de ces mesures dépassent largement l'intérêt des seules victimes, de telle manière qu'on s'interroge sur leur titre à les faire valoir de manière privilégiée – reviennent en substance à devoir dire la vérité sur les atrocités qui ont été commises et, *ainsi*, à changer la manière dont on gouverna jusqu'alors. En d'autres termes, le « génie » de ces principes et directives, mais aussi leur imposture si l'espoir donné est déçu, est de saisir l'occasion de devoir rendre justice aux victimes pour transformer profondément les sociétés traumatisées. Cette ambition est cachée au cœur des principes et directives depuis leur origine. Ainsi, dans son rapport final, T. van Boven soulignait déjà que « la réparation signifie que la justice doit être pleinement rendue à l'égard de la société dans son ensemble », car « l'obligation d'empêcher et l'obligation de rétablir ou réparer sont étroitement interdépendantes »¹⁰⁷. Faire entrer une exigence de « bon gouvernement » dans le droit des gens – ou plutôt à sa lisière – par la porte de la responsabilité internationale est autant juridique-

106. Pour utiliser une formule retenue par le *Rapport de la deuxième réunion de consultation*, E/CN.4/2004/57, p. 28, *supra* note 26.

107. E/CN.4/Sub.2/1993/8, p. 40, § 88, *supra* note 10.

ment ingénieux (bien que peu orthodoxe) que politiquement explosif. Demander à un gouvernement qu'il dise la vérité sur ses crimes, c'est tout simplement exiger un changement de régime. En effet, on voit mal comment le régime qui fait la vérité sur des violations flagrantes ou graves pourrait être le même que celui qui a dû y recourir pour se maintenir au pouvoir. En s'appuyant sur les principes et directives, ce n'est donc pas seulement un changement de comportement à l'égard des victimes que l'on recherche ; c'est ultimement, et presque par nécessité, un changement de régime politique que l'on appelle de ses vœux.

3. *Accès aux informations utiles*

Ceci ressort encore de la troisième dimension du droit à un recours et à réparation, à savoir l'« accès aux informations utiles concernant les violations et mécanismes de réparation ». Le paragraphe 24, qui recoupe largement les dispositions précédentes, se lit comme suit et se passe de commentaires :

« Les États devraient mettre en place des moyens d'informer le public et, plus particulièrement, les victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, des droits et recours visés dans les présents Principes fondamentaux et directives, ainsi que de tous les services juridiques, médicaux, psychologiques, sociaux, administratifs et autres auxquels les victimes peuvent avoir un droit d'accès. En outre, les victimes et leurs représentants devraient être habilités à rechercher et à obtenir des informations sur les causes qui ont conduit à leur victimisation et sur les causes et conditions propres aux violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et aux violations graves du droit international humanitaire, et avoir le droit d'apprendre la vérité sur ces violations » ¹⁰⁸.

C. *Silences*

La conception particulièrement large, multidimensionnelle, englobante et collective du droit au recours et à réparation qui se dégage des principes et directives soulève deux difficultés qu'ils n'abordent pas. La première de ces difficultés est relative à l'épuisement de la dette : puisque la réparation intégrale du dommage requiert l'accumulation de formes variées de réparation, comment savoir si le débiteur s'est pleinement et effectivement acquitté de toutes ses obligations ? La deuxième difficulté a trait à la dimension collective des violations et de leurs réparations : à crimes de masse, règlements globaux plutôt que règlements judiciaires individuels – mais comment l'exigence d'une réparation intégrale de chaque préjudice par le moyen des formes variées énumérées par les principes et directives peut-elle se satisfaire du caractère nécessairement forfaitaire des règlements globaux ? En réalité, ces deux difficultés se rejoignent en ce qu'elles posent toutes deux le problème du caractère définitif des règlements, que ceux-ci soient convenus dans un cadre transactionnel (national ou international) ou qu'ils résultent d'une loi édictée au sortir d'une grave crise interne. La valeur d'un règlement indemnitaire tient non seulement à ce qu'il réalise concrètement pour les victimes, mais aussi au fait qu'il mette un point final à leurs réclamations, et cela qu'elles soient totalement ou partiellement satisfaites. Il n'y a en effet guère de sens à s'engager dans un processus de règlement indemnitaire si son issue peut ensuite être remise en cause pour le motif qu'elle ne réaliserait pas

108. Nous soulignons.

une réparation pleine et entière, complète sous toutes ses formes. Il faut reconnaître que l'amplitude donnée à la notion de réparation par la multiplicité des mesures que peut revêtir chacune de ses formes, même formulées au conditionnel, n'est pas faite pour favoriser la sécurité juridique. Celle-ci paraît dès lors nécessiter que l'on puisse conforter et valider des clauses de renonciation (ou de limitation) à toute réclamation complémentaire. Commun à la difficulté de l'épuisement de la dette et à celle du caractère collectif des règlements post-conflituels, le problème de la renonciation à (ou, par voie législative, de la limitation de) tout ou partie de la créance de réparation n'est nullement abordé par les principes et directives et demeure dès lors régi par le droit international général, conformément au principe de non-dérogation (§ 26) – ce qui explique sans doute pourquoi la résolution n'en dit mot. Malgré ce silence, le mérite de cette dernière est de poser cette difficulté pour ce qu'elle est, vu le changement de perspective induit par les principes et directives : la réparation devenant la règle, sa limitation est une exception qu'il faut pouvoir justifier, le droit à la réparation demeurant entier aussi longtemps qu'une telle limitation (justifiée) n'existe pas.

Pour fondamentale qu'elle est, cette difficulté ne peut cependant pas être approfondie dans le cadre limité de ce commentaire. On se contentera dès lors de mentionner les deux questions qui lui sont sous-jacentes. D'une part, existe-t-il des créances de réparation qui, par leur objet et leur origine, seraient indisponibles, c'est-à-dire des créances auxquelles on ne pourrait pas, en tout ou en partie, renoncer ou porter atteinte ? Certains ont en effet soutenu que l'article 51/52/131/148 commun aux conventions de Genève de 1949¹⁰⁹ prohiberait toute renonciation conventionnelle à la réparation des infractions graves¹¹⁰. D'autre part, s'agissant des créances disponibles – si tant est que certaines ne le seraient pas, il faut déterminer si et dans quelle mesure les États peuvent limiter, par voie législative ou conventionnelle, la jouissance des droits conférés par le droit international aux personnes soumises à leur autorité. Cette dernière question se complique dans le cadre des principes et directives puisque le droit à un recours et à réparation y est conçu comme un droit individuel intersubjectif ayant aussi une dimension collective et sociétale. Aucune de ces questions n'est simple et chacune d'elle mériterait des développements importants¹¹¹. Nul doute que les

109. « Aucune (Haute) Partie contractante ne pourra s'exonérer elle-même, ni exonérer une autre Partie contractante, des responsabilités encourues par elle-même ou par une autre Partie contractante en raison des infractions prévues à l'article précédent », lequel vise les infractions graves, par ailleurs considérées comme telles par les Principes et directives.

110. P. ex. E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 2^e éd. 1999, Bruylant, p. 560. Dans la troisième édition de son ouvrage (2002), l'auteur ne soutient plus cette thèse, tout en considérant que la « renonciation décidée par l'État qui (...) représente [le particulier, victime directe] ne lui est pas nécessairement opposable » (p. 623). La question de la portée *ratione personae* des renonciations étatiques est en effet délicate, voy. la note suivante.

111. Dès l'instant où l'on ne peut pas déduire du caractère impératif d'une règle l'impérativité de la créance de réparation qui découle de sa violation, et qu'il n'existe pas de créances de réparation « indisponibles » par nature, la question se pose de savoir dans quelle mesure les États peuvent renoncer à réclamer des indemnités, en leur nom et au nom de leurs ressortissants (ou encore, dans quelle mesure ils peuvent limiter, en droit interne, l'exercice de droits individuels consacrés par le droit international). Nul ne contestera que l'État est maître de ses propres droits, dont l'action en protection diplomatique fait partie. Peut-il également disposer des droits de ses nationaux, en l'occurrence du droit à la réparation conféré directement par le droit international aux victimes de violations flagrantes ou graves ? Certains le contestent (p. ex., L. CONDORELLI, « Conclusions générales », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, J.-F. QUÉGUINER & S. VILALPANDO, *Crimes de l'histoire et réparations : les réponses du droit et de la justice*, Bruylant, 2004, p. 301). On voit toutefois mal pourquoi cette créance de réparation bénéficierait d'une protection plus étendue que celle qui s'attache habituellement au droit de propriété, ce qu'elle est en substance sous l'angle de la restitution et de l'indemnisation. Voy. les développements consacrés à ces questions dans P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public*, pp. 767-774, *supra* note 77.

réponses de la doctrine renverraient, d'une manière ou d'une autre, à une analyse *in concreto* de chaque règlement indemnitaire, les renonciations ou limitations du droit au recours et à réparation y figurant devant être appréciées au regard de leur nécessité et de leur proportionnalité par rapport à un objectif qui transcende l'intérêt des victimes – mais qui ne leur est pour autant pas étranger –, à savoir le retour durable à la paix et à la concorde (inter)nationale. Pour assurer ce retour, le droit se doit d'être à la fois suffisamment rigide pour que le présent ne soit pas amnésique d'un passé douloureux, et suffisamment souple pour que ce dernier n'empêche pas les peuples de choisir leur avenir. L'usage des principes et directives dira s'ils ne font pas obstacle à ce délicat équilibre.