



AS/Jur (2007) 14*
19 March 2007
ajdoc14 2007

Committee on Legal Affairs and Human Rights

UN Security Council black lists

Introductory memorandum

Rapporteur: Mr Dick Marty, Switzerland, Alliance of Liberals and Democrats for Europe

I. Introduction

1. The following story seems to come out of a book by Kafka. Unfortunately, these are true facts set in the Twenty-First century in member countries of the Council of Europe, under the auspices of the United Nations, whose Charter reaffirms the “faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women” and expresses the ambition to “establish conditions under which justice can be maintained”. This story is but an example, which sums up many others and which, in my opinion, illustrates the dangerous ongoing erosion of the fundamental rights and freedoms, even within the instances mandated to protect and promote them.

2. Mr. Y. lives since more than thirty years in a small Italian enclave in Switzerland. He is a successful businessman. At the end of 2001, his name is included in the “black list” of the UN Security Council because he is suspected of having funded the attacks of 11 September. This means that all his assets are frozen and that he is barred from leaving the country: he is thus forbidden from leaving the tiny enclave in which he and his family have been living for decades, without ever having had any problems with anyone. He was included in the “black list” without having been informed of this fact, without having been heard, and without possibility of appeal. The prosecutor’s office of the Swiss Confederation opens an investigation. After almost four years, the investigation must be closed because no elements exist to charge hi, the Swiss state is condemned to pay his lawyer and that of one of his co-workers the equivalent of € 80 000. Despite the closed investigation, Mr. Y. remains on the “black list”. He has begun civil proceedings against Switzerland to claim damages; but any award would be immediately frozen on the basis of the decision of the Security Council. Mr. Y. has already for a long time asked to be removed from this list and has requested a formal determination by the Swiss authorities to this effect. The latter are clearly embarrassed, as they are not even sure about what would be the last instance competent to decide in order to enable Mr. Y. to finally apply to the European Court of Human Rights. All this is taking place in a climate of indifference: Mr. Y. is an Italian national, of Egyptian origin, and was professionally active in Switzerland, where his assets have been frozen for five years, without the least proof of guilt. Mr. Y. is a Muslim and has been a member of the Muslim Brothers for a very long time (which he has never kept a secret): is this a sufficient blemish to justify that this person, who is 75 years old and has serious health problems, sees the fruit of a working life destroyed and cannot visit his children and grandchildren? The story of Mr. Y. is only one among others.

* Document declassified by the Committee at its meeting on 19 April 2007.

3. It is frankly shocking to see that an international organisation whose purpose it is to affirm the principles of peace, tolerance and justice uses itself means that do not respect the fundamental principles at the base of any restriction of individual freedom in any civilised country: the right to be heard, the right to appeal to an independent tribunal, that to a fair trial, the principle of proportionality. The Parliamentary Assembly of the Council of Europe can certainly not remain indifferent in the face of such abuses, even more so as three permanent members of the Security Council are members of the Council of Europe, and a fourth has observer status with our organisation.

4. As we have already seen in the case of secret detentions and unlawful transfers of detainees, the ends – i.e. the need to combat terrorism – cannot justify the means if these infringe the fundamental principles of respect for human rights and the rule of law.

II. The procedure to date

5. The motion for this resolution (Doc 10856 of 23 March 2006) was referred to the Committee on Legal Affairs and Human Rights for report on 13 April 2006. The Committee appointed me as Rapporteur at its meeting on 6 June 2006. In December 2006 Professor Syméon Karagiannis (Strasbourg) submitted a report prepared at my request analysing the public international law problems raised by the “blacklists” drawn up by the Security Council’s Sanctions Committee¹.

III. Summary of the “blacklists” controversy

6. The term “blacklists” within the United Nations refers to the possibility whereby a committee working under the authority of the UN Security Council may order sanctions targeting individuals or corporate entities suspected of having links with international terrorism². These sanctions include the freezing of assets and the prohibition of cross-border travel. They are considered to be solely preventive and non-criminal in nature³. However, they can have very consequential or even drastic effects on the personal and working lives of those concerned. These measures can in principle last indefinitely and are based in most cases on vague, or even very vague suspicions. Even where there is an acknowledged doubt, for instance as to the suspect’s identity, the Sanctions Committee’s monitoring team recommends that the measures be imposed on the person concerned until his or her true identity is confirmed⁴. The monitoring team concedes that this places a considerable burden on innocent people but maintains that this “inconvenience” is justified by the more important legal objective of preventing terrorism.

7. There is nothing about the addition of “smart sanctions” to the panoply of instruments at the disposal of the international community that is questionable in itself. In fact, targeting individuals who are, on the face of it, personally responsible rather than entire countries, avoids making whole populations suffer for their leaders’ mistakes or crimes.

8. However, this assumes that these targeted sanctions are imposed according to a procedure which guarantees the “accused” at least some right to due process. The current procedure – as far as it can be called a procedure – fails to offer any safeguards for the people on the list. A country proposes that a person be added, often without giving any detailed reasons, even to the other members of the Sanctions Committee, and the committee agrees without hearing or even notifying the person concerned.

¹ Syméon Karagiannis, Professor of Public Law, Robert Schuman University of Strasbourg (Strasbourg III), “*Certains Comportements récents du Conseil de Sécurité des Nations Unies en Matière de Droits de l’Homme. A propos de la question des « Listes Noires » du Comité des Sanctions*”. The French-language version of his report – together with a summary in English – is appended to this introductory memorandum.

² This is the “1267 list”, named after Security Council Resolution No. 1267 (1999), which gave a “Sanctions Committee” the authority to draw up and keep up to date a list of persons or entities considered to be linked to Al-Qaida, Usama Bin Laden or the Taliban.

³ cf. Thomas Biersteker and Sue Eckert, in “Strengthening Targeted Sanctions Through Clear and Fair Procedures”, Targeted Sanctions Project, Watson Institute, Brown University, Draft White Paper of 21 March 2006, page 4; study prepared with the support of the German, Swiss and Swedish governments.

⁴ Steven Dewulf and Didier Pacquée, “*Protecting Human Rights in the War on Terror: Challenging the Sanctions Regime Originating from Resolution 1267 (1999)*”, in: Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 24/4, 607-640, 2006, page 622, note 89 (citing the monitoring team’s third report).

9. There should also be a “de-listing” procedure enabling those who consider themselves to be innocent to have their names removed from the list. Yet – and that is quite frankly an outrage - there is no such procedure. A person can only be taken off the list if his or her home country so requests and if all the members of the Sanctions Committee agree. A single objection would block the whole process. Even in this phase, the person struck by the sanction is not heard.

10. No procedure for compensating “de-listed” persons is foreseen, who are likely to have suffered considerable harm for a long period.

11. The possibility of exceptions for humanitarian reasons is covered by Security Council Resolution No. 1452 (2002), but the system does not appear to be functioning satisfactorily, even though certain efforts to this end appear to have been made recently⁵.

IV. Matters to be investigated in the report

12. In view of the problems outlined above, the prospective report should contain a more detailed analysis of the means of appeal that are or should be available by law to people affected by the 1267 Committee’s sanctions, in the light of the obligations of the states party to the European Convention on Human Rights (ECHR).

13. The aim will be to consider to what extent the guarantees in Articles 6 (fair trial), 8 (respect for private and family life) and 13 (effective remedy) of the Convention or in Article 1 of Protocol No. 1 (protection of property) are applicable and what the consequences of a violation of one or more of these rights might be:

- can states really be obliged to execute sanctions which infringe fundamental rights to such an extent? Are they not rather under the obligation to refuse applying them as contrary to their *ordre public* and to other international obligations – such as the European Convention on Human Rights – which, contrary to the decisions of the Security Council’s sanctions committee, have a democratic basis?

- does a person affected by sanctions have a judicial remedy before the national courts – and, as a last resort, before the European Court of Human Rights – against the United Nations (as the body responsible for the actions of the Security Council and its Sanctions Committee), against states which took part in the decision taken by the committee or against the state required to apply the sanction? What would be the purpose of such a remedy: to have the sanction lifted and/or to compensate persons found to be innocent?

- do states party to the ECHR which sit on the Security Council, some of which even have a right of veto, have legal responsibilities towards the private individuals concerned or to the states of which these individuals are citizens or where they are resident?

14. Some judicial decisions have already been handed down in connection with one or other of the questions raised above, notable examples being the European Court of Human Rights judgment in the *Bosphorus*⁶ case and the European Court of First Instance judgments in the *Kadi*⁷ and *Yusuf*⁸ cases (2005) and the *Ayadi*⁹ and *Hassan*¹⁰ cases, establishing case law which should be analysed to gain a better understanding of the current legal situation.

⁵ cf. Biersteker and Eckert (note 3), page 5.

⁶ *Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland*, application No. 45036/98, Grand Chamber, 30 June 2005

⁷ *Kadi v. Council and Commission*, judgment of 21 September 2005, ECR II-3649.

⁸ *Ahmed Ali Yusuf and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, judgment of 21 September 2005, ECR I-3533

⁹ *Ayadi v. Council*, judgment of 12 July 2006, T-253/02

¹⁰ *Hassan v. Council and Commission*, judgment of 12 July 2006, T-49/04

15. Depending on the outcome of this analysis, it will also be necessary to propose specific improvements that need to be made to the rules on the listing and de-listing procedures applied by the Sanctions Committee, particularly with regard to the right of due process, in respect of:

- the right of the persons concerned to be notified of the evidence against them (as far as possible, in view of the need to protect information legitimately considered to be confidential) and to submit exonerating evidence;
- separation of the functions of “prosecutor” and “judge” within the Sanctions Committee (for example, through the appointment of an ombudsman or an ad hoc internal tribunal responsible for overseeing the committee’s decisions);
- the potential role of the state from which the accused comes (duty to offer diplomatic protection and/or to carry out judicial investigations at national level?).

V. Conclusion

16. The UN's current “blacklisting” procedure not only violates fundamental rights, by doing flagrant injustice to many persons against whom there is no proof of any wrongdoing. It also discredibilises the whole of the international fight against terrorism, which is badly needed and ought to be able to rely on the widest possible support from the international community and public opinion. International organisations, first and foremost the United Nations, should play an exemplary role for the whole of the international community. Using arbitrary procedures violating the most elementary rights risks doing a disservice to the fight against terrorism: states attached to the rule of law – as required in principle from all states! – should surely hesitate to put forward persons for inclusion in such lists which do not provide for any protection of fundamental freedoms.

17. In 2006, the doubtful nature of these measures prompted Denmark, as a member of the Security Council¹¹, to propose procedural improvements intended to provide better protection for persons suspected of links with terrorism¹².

18. The Assembly must approach this debate from the angle of the defence and strengthening of the respect for human rights, without renouncing from the need to effectively combat the threat of terrorism. The aim is above all to ensure a minimum amount of transparency and due process during the procedure for the “listing” of suspects and to facilitate the “de-listing” of innocent people and compensation for them. This is especially important in view of the fact that the 1267 list is likely to set a precedent for other lists and committees with even greater powers, bearing in mind the tendency, welcome in principle, to introduce more personalised and better targeted international sanctions.

19. I propose that we hold a hearing at a forthcoming committee meeting, if possible with the participation of the UN Secretary General’s Legal Counsel, Professor Symeon Karagiannis (Strasbourg), whose analysis is attached hereto, as well as Professors Ian Cameron, of the Venice Commission, and Bardo Fassbender, of the Humboldt University in Berlin, both of whom have prepared studies on the subject for the CAHDI¹³. Exchanging views with these leading experts should help us to devise legally grounded, workable proposals in the form of a draft resolution and recommendation, which I intend to present shortly for the committee’s approval.

¹¹ currently, among Council of Europe member states, Belgium, Italy and Slovakia are non-permanent members of the UN Security Council.

¹² See Dewulf and Pacqué, cited above, page 639.

¹³ European Committee of Legal Advisers on Public International Law; Professor Ian Cameron, “The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions”, 6 February 2006; Professor Bardo Fassbender, “Targeted Sanctions and Due Process: The responsibility of the UN Security Council to ensure that fair and clear procedures are made available to individuals and entities targeted with sanctions under Chapter VII of the UN Charter”, 20 March 2006.

APPENDIX

Summary of the report¹⁴

prepared by Mr Symeon Karagiannis, Expert, Professor in public law,
Robert Schuman University (Strasbourg III)

Even though some international courts have begun reviewing Security Council resolutions adopted in connection with Chapter VII of the Charter, their efforts have not, as yet, yielded the desired results. Furthermore, this is still a somewhat controversial issue. Yet, increasingly, in its efforts to preserve peace and combat international terrorism, the Security Council is prompted to adopt sanctions specifically targeting private individuals or corporate bodies. In recent years, the conditions in which these sanctions are imposed have given rise to doubts as to the ability of the Security Council to combat terrorism while still ensuring satisfactory protection for the human rights guaranteed by the main international, global or regional instruments. While, in the short term, there seems little chance of being able to challenge Security Council resolutions directly, it may be possible to review measures adopted to transpose or implement these resolutions at national or EU level. This is what the Court of First Instance of the European Communities has attempted to do in recent judgments even if, ultimately, it has bowed to the precedence that Article 103 of the Charter of the United Nations gives Security Council resolutions over human rights which are not established by a general peremptory legal rule. However, it is proposed that courts specialising in international human rights protection should look into the role of states, particularly those which are members of the Security Council, when it comes to drawing up Council resolutions which may infringe human rights. While acknowledging that states have a degree of discretion, this approach has the significant advantage of making it possible to ignore the distinction made by the Court of First Instance between "ordinary" human rights (property rights, right to an effective legal remedy, etc.) and rights deriving from overriding legal rules, or *jus cogens*.

French only:

Document de travail

préparé par M. Syméon Karagiannis, Expert, Professeur agrégé de droit public,
Université Robert Schuman de Strasbourg (Strasbourg III)

Certains comportements récents du conseil de sécurité des Nations Unies en matière de droits de l'homme

A propos de la question des « listes noires » du Comité des sanctions

Résumé

Jusqu'à présent, le contrôle des résolutions du Conseil de sécurité adoptées dans le cadre du Chapitre VII de la Charte, même si elle a été embauchée par certaines juridictions internationales, n'a pas pu donner les résultats escomptés. Elle est demeurée d'ailleurs une question assez controversée. Or, de manière croissante, dans le cadre de sa lutte pour le maintien de la paix et contre le terrorisme international, le Conseil de sécurité est amené à adopter des sanctions visant personnellement des individus ou des entités divers. Les conditions dans lesquelles ces sanctions sont infligées ont provoqué, ces dernières années, divers questionnements sur la capacité du Conseil de mener la lutte contre le terrorisme tout en protégeant de manière satisfaisante les droits de l'homme tels qu'ils sont garantis par les principaux instruments internationaux, universels ou régionaux. Si, à court terme, il apparaît peu envisageable de s'en prendre directement aux résolutions du Conseil, il peut, en revanche, être envisagé de contrôler des actes nationaux ou communautaires de transposition et de mise en oeuvre de ces résolutions. C'est ce que tente, dans de récents arrêts, le Tribunal de première instance des Communautés européennes même s'il incline in fine devant la supériorité que l'article 103 de la Charte des Nations Unies confère aux résolutions du Conseil de sécurité par rapport à des droits de l'homme qui ne relèveraient pas d'une norme de droit impératif général. Il est proposé cependant que les juridictions spécialisées dans la protection internationale des droits de l'homme portent leur attention au rôle des Etats, tout spécialement ceux qui sont membres du Conseil de sécurité, dans le domaine de l'élaboration de résolutions du Conseil pouvant éventuellement contrarier les droits de l'homme. Tout en reconnaissant une certaine marge d'appréciation à ces Etats,

¹⁴ The report itself is available only in French

une telle approche a l'insigne avantage de pouvoir faire fi de la distinction établie par le Tribunal de Luxembourg entre droits de l'homme « ordinaires » (droit de propriété, droit d'un recours juridictionnel effectif, etc.) et droits relevant du *jus cogens*.

1. Certains comportements du Conseil de sécurité des Nations Unies suscitent, depuis quelques années, une sorte d'inquiétude parmi les défenseurs des droits de l'homme. Alors même que la doctrine a pu se pencher depuis une quinzaine d'années déjà sur la possibilité, en général, de soumettre certains actes du Conseil de sécurité à une sorte de contrôle de légalité, cette même problématique, qui, semble-t-il, n'a donné que peu de résultats concrets, est en passe de se renouveler dans la mesure où il pourrait être reproché au Conseil de sécurité de porter atteinte à certains droits fondamentaux de la personne humaine.

2. Chronologiquement parlant, de tels risques ne sont encourus que depuis la fin de la guerre froide alors même que, bien sûr, un pouvoir de sanction important est détenu par le Conseil de sécurité depuis déjà l'entrée en vigueur de la Charte de San Francisco. Toutefois, cela est bien connu, le droit de veto possédé par chacun des cinq Etats membres permanents du Conseil de sécurité a eu comme résultat une indéniable paralysie de ce dernier durant les décennies de rivalité entre les deux camps politiques antagoniques. Rares ont été les cas où le Conseil de sécurité a pu infliger de véritables sanctions à un Etat¹⁵. C'est la fin de la rivalité Est-Ouest, au moins sous sa forme systématique, qui a permis au Conseil de sécurité de se prévaloir (et, peut-être, aussi de découvrir ...) la réalité et l'étendue de son pouvoir en vertu de la Charte. Certains auteurs ont pu, pour la première fois, voir dans le Conseil un directoire mondial¹⁶.

3. Concrètement, ce qui intéresse le juriste et, de manière parallèle, ce qui peut, à l'occasion, inquiéter le défenseur des droits de l'homme est le pouvoir que tire le Conseil de sécurité du célèbre Chapitre VII de la Charte. Plus particulièrement, selon l'article 25 de la Charte, « les Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte ». Or, si le Conseil tire l'essentiel de ses pouvoirs des chapitres VI et VII de la Charte¹⁷, il est caractéristique qu'il adopte des « recommandations » dans le cadre du premier (articles 36, 37 et 38) mais des « décisions » dans le cadre du second (articles 39, 40, 41, 44, 48). Ce pouvoir d'adopter des décisions juridiquement contraignantes, selon les modalités que l'on verra par la suite, s'explique par le fait que le chapitre VII porte sur quelques situations extrêmes pour la paix mondiale (« menace contre la paix », « rupture de la paix » et « actes d'agression ») tandis que, explicitement, les membres des Nations Unies « confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationale » (article 24 § 1).

4. Les mesures que le Conseil de sécurité peut arrêter dans le cadre du Chapitre VII ne sont pas contenues dans une liste exhaustive. Cela implique un très large pouvoir du Conseil au sujet de la fixation de celles-ci et dans le but de contrer un « acte d'agression » ou de parer à une « rupture de la paix » ou bien de faire face à une « menace contre la paix ». On relèvera que ces dernières expressions ne sont point définies dans la Charte. Selon l'article 39 de celle-ci, le Conseil de sécurité « constate » leur existence. En l'absence de définition de ces expressions, les critères nécessaires à leur constatation sont fatalement arrêtés par le Conseil de sécurité lui-même. Cela, à son tour, contribue puissamment à élargir encore plus les compétences de cet organe dans le cadre du Chapitre VII. Par ailleurs, nul besoin pour le Conseil de spécifier que ses pouvoirs lui sont, dans une affaire concrète, conférés par un « acte d'agression » ou une « rupture de la paix » ou une « menace contre la paix ». Il est, en tout cas, politiquement plus commode pour le Conseil de considérer qu'il se trouve face à une « menace contre la paix » que face aux deux autres situations indiquées. On pouvait s'attendre, à partir de là, que l'expression de « menace contre la paix » reçoive des interprétations de plus en plus larges¹⁸.

¹⁵ Entre autres, Pierre-Michel EISEMANN, *Les sanctions contre la Rhodésie*, Paris, Pedone, 1972 ; Jean COMBACAU, *Le pouvoir de sanction de l'ONU. Etude théorique de la coercition non militaire*, Paris, Pedone, 1974.

¹⁶ Maurice TORRELLI, « Le Conseil de sécurité : un directoire mondial ? », *Le Trimestre du Monde*, 1992/4, pp. 27-40.

¹⁷ Egalement aussi des chapitres VIII et XII portant respectivement sur les accords régionaux en matière de maintien de la paix et sur le régime international de tutelle. Ce dernier est largement tombé en désuétude de nos jours. Du reste, dans le cadre du Chapitre VIII, les pouvoirs du Conseil de sécurité ne paraissent pas d'une nature décisive.

¹⁸ Cf. Jean-Marc SOREL, « L'élargissement de la notion de menace contre la paix » in Société française pour le droit international, *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Colloque de Rennes, Paris, Pedone, 1995, pp. 3-57.

5. C'est principalement dans cette hypothèse qu'une certaine tension pourra, le cas échéant, exister entre volonté – et pouvoir – du Conseil de sécurité d'œuvrer pour le maintien de la paix et atteinte aux libertés fondamentales de la personne humaine. Dans un cadre classique de réaction du Conseil de sécurité face à des menaces contre la paix, en d'autres termes, dans les cas où, selon le Conseil, la menace émane directement de structures étatiques, il est relativement difficile de concevoir un risque d'atteinte aux droits de l'homme. Toutefois, même dans un tel cas, certaines formes de réaction du Conseil ont pu, par le passé, être critiquées en tant qu'elles portaient indirectement atteinte à des libertés souvent aussi fondamentales que le droit à la vie ou à la santé. Ce risque de violation indirecte et collective des droits de l'homme par le Conseil est, par excellence, sous-jacent dans les critiques des mesures d'embargo économique décrété contre tel ou tel Etat menaçant la paix¹⁹. On sait que la population civile d'un tel Etat est vouée à souffrir dans de tels cas et, d'une certaine manière, c'est ce que le Conseil peut chercher à obtenir. Il nourrirait ainsi l'espoir, le plus souvent pourtant démenti, de voir la population en butte à de sérieuses privations se révolter contre les dirigeants de l'Etat qui constituerai(nt)t la menace contre la paix. Les conséquences de tels embargos, et l'exemple de celui contre l'Irak sous Saddam Hussein constitue probablement un cas d'école, ne semblent pas sérieusement soupesées *a priori* ni sérieusement évaluées *a posteriori*. La violation diffuse de libertés fondamentales dans de tels cas, diffuse parce qu'indirecte, peut émouvoir moins l'opinion publique et les ONG. La difficulté de concrétiser et d'individualiser pareilles violations y est pour beaucoup.

6. Cela dit, le Conseil de sécurité est également parfaitement en mesure de violer, par ses décisions, des droits individuels. Autrefois extrêmement marginale, la pratique du Conseil de viser, dans ces décisions prises sous le Chapitre VII de la Charte, des personnes individuelles a tendance à devenir courante. Son bel avenir semble également assuré. Viser des personnalités, politiques, militaires, du monde des finances ou autres, plutôt que des Etats comporte pour le Conseil de sécurité un double avantage. D'une part, cela rend la sanction immédiatement ressentie par l'intéressé, qui aura donc du mal à s'abriter derrière la protection que lui conférerait autrement son Etat, son groupe ou sa communauté, et, d'autre part, cela épargne au Conseil de sécurité les soupçons de vouloir promouvoir des punitions collectives et – par définition – non discriminantes. En effet, l'individualisation des sanctions, élégamment appelées pour l'occasion « smart sanctions », a pour corollaire logique que la collectivité, que la personne sanctionnée dirige, échappe, elle, aux souffrances habituelles d'un embargo ou d'une autre sanction collective²⁰. L'individualisation des sanctions n'est, de toute façon, que la seule qui soit concevable lorsque les personnes physiques ou morales, objets des sanctions, n'ont pas de lien organique éprouvé avec une quelconque communauté et surtout pas avec un Etat ou même une structure para-étatique²¹. Le cas des sanctions infligées à des personnes soupçonnées de complicité avec des terroristes est, à cet égard, topique²².

7. Les sanctions décrétées par les résolutions du Conseil de sécurité sont gérées au quotidien par un certain nombre de Comités des sanctions créés *ad hoc* sur la base de l'article 28 du règlement intérieur du Conseil. Sont membres de ces derniers les membres du Conseil de sécurité et divers procédés, dont on verra plus loin des exemples, permettent au Conseil de sécurité d'avoir toujours un ascendant décisif sur les Comités qu'il crée. Il est difficile – et peu utile, en fait – d'opérer une nette distinction entre Comités des sanctions et Conseil de sécurité. Actuellement, on recense pas moins de onze Comités des sanctions en activité créés par des résolutions du Conseil de sécurité s'échelonnant de 1992 (résolution 751 concernant la Somalie) à 2006 (résolution 1718 concernant la République populaire démocratique de Corée) tandis que six autres, actifs par le passé, ont été dissous. Certes, tous ces Comités n'ont pas (eu) à gérer des sanctions imposées contre des personnes individuelles mais une tendance croissante va dans ce sens. Emblématique, à cet égard, apparaît la résolution 1267 (1999), modifiée à trois reprises depuis, concernant Al-Qaïda, les taliban et

¹⁹ Cf. l'observation générale n° 7 adoptée en 1997 par le Comité (des Nations Unies) des droits économiques, sociaux et culturels portant sur les rapports entre les sanctions économiques et le respect des droits économiques, sociaux et culturels.

²⁰ Cf. Matthew CRAVEN, « Humanitarianism and the Quest for Smarter Sanctions », *European Journal of International Law*, 2002, pp. 43 – 62 ; Lutz OETTE, « A Decade of Sanctions against Iraq: Never Again! The End of Unlimited Sanctions in the Recent Practice of the UN Security Council », *European Journal of International Law*, 2002, pp. 93-104.

²¹ L'Afghanistan du temps de la suprématie des talibans est l'exemple type d'une telle structure à partir du moment où le gouvernement taliban, à une ou deux exceptions près, n'avait pas été reconnu comme le gouvernement « légal » de l'Afghanistan.

²² Voir, pour une étude plus globale sur la question, Sandra SZYREK, « La lutte internationale contre le terrorisme sous l'empire du Chapitre VII : un laboratoire normatif », *Revue générale de droit international public*, 2005, pp. 5-49.

les individus et entités associés. Cette résolution a particulièrement attiré jusqu'à présent l'attention, y compris, on le verra, au contentieux, essentiellement parce qu'elle concerne des personnes ou entités qui *a priori* n'ont aucun rapport avec un Etat et aussi parce que le Comité des sanctions qu'elle crée a ordonné, à ce jour, le gel des fonds d'un nombre important de personnes inscrites sur ce qu'il est convenu d'appeler les listes noires²³. Dans la suite de ce rapport, et sauf indication contraire, l'expression « Comité des sanctions » visera le Comité créé par la résolution 1267 du Conseil de sécurité.

8. Peut-être encore marginales dans la pratique globale du Conseil de sécurité, les sanctions individuelles décrétées par celui-ci peuvent attirer plus facilement l'attention des avocats des droits de l'homme. C'est peut-être une fatalité - en même temps qu'un inquiétant paradoxe - mais le droit international des droits de l'homme et les mécanismes de garantie qui l'accompagnent sont davantage conçus pour répondre à des violations individuelles qu'à des violations collectives des droits humains²⁴. La relative facilité de mise en œuvre des procédures internationales de protection des droits de l'homme, que ce soit à un niveau régional ou à un niveau universel, peut tenter certains à défier l'omnipotence dont bénéficie jusqu'à présent le Conseil de sécurité en matière de sanctions prises dans le but de contrer une menace contre la paix.

9. Certes, de telles procédures sont, en l'état actuel du droit international, difficiles à concevoir comme se dirigeant directement contre le Conseil de sécurité. Le maillon faible du système est, néanmoins, le fait que les décisions du Conseil appellent forcément la collaboration, à de multiples niveaux, d'autorités nationales. C'est à travers l'action de ces dernières que les procédures habituelles peuvent - peut-être - avoir une chance de prospérer (II). Auparavant, il est, néanmoins, indispensable de se pencher sur la réalité des pouvoirs du Conseil de sécurité au niveau international (I). Si l'on peut stopper une éventuelle dérive du Conseil de sécurité à l'intérieur même de l'ONU, ce sera tant mieux.

I. Une obligation juridique pour le Conseil de sécurité d'agir en légalité ?

10. La question comporte, en réalité, deux volets. En premier lieu, il est intéressant à savoir si le Conseil de sécurité se doit de se conformer à la Charte et, plus particulièrement, de tenir compte de la protection des droits de l'homme (A). En second lieu, à supposer que cela soit le cas, il est tout aussi intéressant à savoir qui et par quels moyens pourra contrôler la conformité des actions du Conseil à la Charte (B).

A. La question de la prise en compte par le Conseil de sécurité des droits de l'homme

11. Il est notoire qu'aucune disposition de la Charte ne limite de manière « négative » les attributions du Conseil de sécurité, sur le modèle, par exemple, de la limitation des attributions des institutions communautaires effectuée par l'article 7 § 1 du traité CE²⁵. L'article 24 § 1 de la Charte se borne à indiquer le domaine des attributions du Conseil, mais les termes utilisés pour décrire celles-ci sont si généraux (« maintien de la paix et de la sécurité internationales ») que le Conseil possède virtuellement une compétence matérielle illimitée tant il est facile²⁶, grâce à une interprétation large, de justifier une action du Conseil par sa contribution au « maintien de la paix ».

12. Or, si le domaine des compétences du Conseil peut sembler sans bornes, qu'en est-il des moyens que la Charte lui confère ? Formellement, on trouve ici une limite dans la mesure où, selon l'article 24 § 2 de la Charte, « dans l'accomplissement de [s]es devoirs, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies ». L'expression « buts et principes » n'est pas utilisée au hasard. Elle renvoie, bien au contraire, au Chapitre 1 de la Charte, Chapitre dont cette

²³ Au moment où ces lignes sont rédigées, la liste récapitulative des personnes et entités sanctionnées est celle du 12 décembre 2006. Elle comporte cinq sections distinctes (liste A concernant 142 individus appartenant ou associés aux taliban ; liste B concernant une entité associée au taliban ; liste C concernant 220 individus appartenant ou associés à l'organisation Al-Qaida ; liste D concernant 124 entités appartenant ou associées à Al-Qaida ; liste E concernant 9 individus et 11 entités radiés de la liste sur décision du Comité). Le gel des avoirs des personnes et entités inscrites sur la liste noire du Comité n'est pas la seule mesure qui les frappe. Ainsi, par exemple, il fallait s'y attendre, les membres des Nations Unies s'engagent à ne pas fournir, directement ou indirectement, des armes et munitions à ces personnes ou entités.

²⁴ Cf. J.-F. FLAUSS, « La Cour de Strasbourg face aux violations systématiques des droits de l'homme », *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 343-361.

²⁵ « Chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le présent traité ».

²⁶ Facilité de la tâche qui confinerait à l'abus de droit si personne ne peut soumettre à un quelconque contrôle les actes du Conseil.

expression constitue d'ailleurs l'intitulé. Assez méthodiquement, c'est dans l'article 1 de la Charte que sont mentionnés, regroupés sous quatre rubriques, les « buts » des Nations Unies et c'est dans l'article 2 que sont indiqués les « principes » auxquels les Nations Unies doivent se conformer « dans la poursuite des buts ».

13. Deux « buts » attirent plus particulièrement l'attention : « maintenir la paix et la sécurité internationales » (article 1 § 1) et « réaliser la coopération internationale [...] en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion » (article 1 § 3). Si le maintien de la paix est, comme on l'a déjà vu, la grande spécialité du Conseil de sécurité, le développement et l'encouragement du respect des droits de l'homme n'est, à l'évidence, pas un « but » dont le Conseil de sécurité pourrait se désintéresser. Le Conseil, comme les autres organes des Nations Unies, se doit d'efforcer d'atteindre le « but » du développement des droits de l'homme.

14. La question cruciale est de savoir si le Conseil de sécurité peut s'affranchir du respect dû aux droits de l'homme dans une de ses missions de maintien de la paix. Une lecture de l'article 1 § 1 de la Charte, *pris isolément*, peut conduire à des résultats quelque peu ambigus. On peut y lire, en effet, que le Conseil de sécurité, sous couvert des Nations Unies²⁷, a pour « but » le maintien de la paix et, à cette fin, il peut prendre des mesures collectives « efficaces » en vue, entre autres, « de prévenir et d'écartier les menaces à la paix ». Plus prolixe, le Chapitre VII de la Charte ne semble pas, lui non plus, poser des limites à l'« efficacité » des mesures en question.

15. Ce n'est que lorsque l'on lit l'article 1 § 1 *en combinaison* avec l'article 1 § 3 que l'on a le sentiment que tenir compte des droits de l'homme peut constituer une limite légitime à l'efficacité des mesures en faveur du maintien de la paix. Certes, cela n'est pas explicitement indiqué, mais, logiquement, celui qui se donne pour « but » de développer et d'encourager le respect des droits de l'homme doit, c'est le moins que l'on puisse dire, veiller à ce que son action à lui n'ait pas comme résultat l'affaiblissement des droits de l'homme. *A fortiori*, il lui est interdit de porter délibérément atteinte à ces droits. Il serait par ailleurs difficile d'établir une primauté du « but » de maintien de la paix sur le « but » d'encouragement du respect des droits de l'homme. L'argument suivant lequel les droits de l'homme ne sont mentionnés que dans le troisième paragraphe de l'article 1 alors que le maintien de la paix y figure dans son paragraphe premier ne peut être facilement retenu. Il semble trop s'appuyer sur une interprétation systémique du texte²⁸.

16. Il est vrai que, à une époque encore où la communauté internationale ne manifestait pas la même passion pour les droits de l'homme qu'aujourd'hui, la Cour internationale de justice a pu estimer qu'il était « naturel d'accorder le premier rang à la paix et à la sécurité internationales, car les autres buts [mentionnés dans l'article 1 de la Charte] ne peuvent être atteints que si cette condition fondamentale est acquise »²⁹. Or, l'on peut opposer à cette façon de voir les choses qu'il est difficile de concevoir un maintien de la paix et de la sécurité internationales qui ne passerait pas par le développement et l'encouragement des droits de l'homme mais, au contraire, par l'affaiblissement de leur respect. C'est cette idée (pas de paix durable sans affirmation des droits des victimes, qui passent par la punition de leurs bourreaux) qui sous-tend les initiatives du Conseil de sécurité de créer des tribunaux pénaux internationaux. Ainsi, par exemple, dans sa résolution 827 (1993) portant création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Conseil se dit convaincu que « l'engagement de poursuites contre les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international [...] contribuerait à la restauration et au maintien de la paix ».

17. Il convient plutôt de conclure que les buts de maintien de la paix et d'encouragement des droits de l'homme, ne possédant pas d'évidents rapports hiérarchiques entre eux, doivent forcément se combiner. Ce qui n'exclut pas, néanmoins, que le Conseil de sécurité, il s'en faut même de beaucoup, puisse devenir celui qui effectuera cette combinaison. Il se peut donc parfaitement que, dans des situations concrètes, le Conseil privilégie le maintien de la paix aux dépens de la protection stricte des droits de l'homme. Et c'est une autre question, qui sera étudiée par la suite, que de savoir si le Conseil de sécurité peut être contrôlé dans la justesse de la combinaison qu'il effectuera entre devoir de protéger les droits de l'homme et devoir de maintenir la paix. On notera seulement ici que le maintien de la paix et la protection des droits de l'homme ne seront le plus souvent pas deux blocs

²⁷ L'Assemblée générale, elle aussi, a un rôle à jouer en la matière mais on n'oubliera pas que, pour l'essentiel, ce rôle incombe au Conseil de sécurité (article 24 § 1).

²⁸ D'ailleurs, les droits de l'homme font un peu mieux dans le préambule de la Charte puisqu'ils figurent, en tant qu'objectif des Nations Unies, dans son deuxième considérant. Il est vrai, l'objectif du maintien de la paix (« préserver les générations futures du fléau de la guerre ») occupe toujours la place du premier considérant.

²⁹ *Certaines dépenses des Nations Unies*, avis consultatif du 20 juillet 1962, Rec., p. 168.

monolithiques s'ignorant mutuellement. Maintenir la paix et éviter donc le « fléau de la guerre » est, en soi, une contribution on ne peut plus directe au respect des droits de l'homme. La paix est même vue souvent comme un droit de l'homme, en elle-même, soit, comme on le dit parfois, en tant que droit de l'homme de troisième génération, soit en tant que droit civil et politique pour peu que l'on considère que la guerre est, par définition, une négation typique du droit à la vie³⁰.

18. En revanche, une autre phrase de l'article 1 § 1 de la Charte est susceptible de poser des difficultés plus aiguës. Le Conseil de sécurité, en tant que représentant des Nations Unies, peut également maintenir la paix et la sécurité internationales en réalisant « par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix ». Au-delà de la difficulté de bien cerner la notion d' « ajustement » dans la mesure, en tout cas, où l' « ajustement » ne serait pas le « règlement » d'un différend international (sinon pourquoi utiliser deux termes différents ?), force est d'observer que lesdits « ajustements » et « règlements » doivent s'opérer, poursuit la disposition examinée, conformément à la « justice » et au « droit international ». Si l'on peut connaître sans trop de difficultés le « droit international » en question, à l'intérieur duquel trouve place le droit international des droits de l'homme, l'on peut concevoir des doutes quant aux contours de la notion de « justice », présente également dans cette disposition. Le sentiment de justice sera parfois obéré d'une dose de subjectivité alors même que le droit pourra se montrer davantage rigide, ériger la prévisibilité de ses solutions au rang d'un idéal propre et, le cas échéant, s'autonomiser vis-à-vis de la justice. Bref, justice et droit ne coïncideront pas toujours.

19. La conjonction « et » qui lie, dans l'article 1 § 1, la « justice » et le « droit international » signifie, en principe, qu'il n'y a pas d'alternative entre « justice » et « droit international » et que tous les deux doivent participer à l'ajustement ou bien au règlement de différends et, au-delà, au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Le problème est pourtant de savoir ce qu'il faudrait faire dans une hypothèse où il n'y aurait pas de coïncidence entre « justice » et « droit international »³¹. La solution logique consisterait à établir « l'ajustement ou le règlement » sur la base des éléments communs à la « justice » et au « droit international », en d'autres termes sur le plus petit dénominateur commun. Toutefois, force est de constater que, si la souplesse inhérente à la notion de justice permet plus ou moins facilement d'isoler les éléments du plus petit dénominateur, cela s'avère autrement plus compliqué face à la rigidité du droit. La règle du droit existe ou n'existe pas, elle est entière ou elle n'est pas. Le droit ne peut pas se dépecer. Privilégier la « justice », en tout cas telle que le Conseil de sécurité la concevra face à une situation de menace contre la paix, peut, le cas échéant, être lourd de conséquences pour le respect du « droit international » et donc aussi du droit international des droits de l'homme. On rappellera d'ailleurs que le Conseil, dans le cadre de sa mission de maintien de la paix, n'est pas obligé de « régler » un différend ; l' « ajuster » peut largement suffire. Or, si un « règlement » renvoie fortement à une application pure et simple du droit international, un « ajustement » reste plus flou. Il pourra parfaitement s'agir d'un « ajustement » politique, effectué *praeter*, voire *contra legem*. Ce qui intéresse en dernier lieu est que la paix soit maintenue. Le sort du droit international semble ainsi scellé³². On notera seulement qu'écarter de la sorte le droit international, donc aussi sa partie qui protège les droits de l'homme, ne peut se faire, suivant l'article 1 § 1 de la Charte, que lorsque le Conseil de sécurité utilisera « des moyens pacifiques ». En réalité, même si l'on est partisan d'une interprétation littérale de cette expression, celle-ci ne constituera pas un réel obstacle. Justement, dans le cadre du Chapitre VII, le Conseil peut très bien éviter les moyens non pacifiques. On peut même parier qu'il fera tout pour les éviter.

20. On ajoutera que le Conseil de sécurité, n'étant naturellement point un organe juridictionnel, n'est pas obligé, pour pouvoir agir dans le cadre du Chapitre VII, d'être convaincu suivant un système rigoureux de preuves. D'ailleurs, à supposer même que cela eût été exigé dans l'hypothèse d'une

³⁰ Ainsi, par exemple, dans sa première observation générale sur l'article 6 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques (observation n° 6, adoptée en 1992), le Comité des droits de l'homme estime que « tous les efforts que les États déploient pour écarter le danger de guerre, en particulier la guerre thermonucléaire, et pour renforcer la paix et la sécurité internationales constituent la condition et la garantie majeures de la sauvegarde du droit à la vie ».

³¹ Cf. Martti KOSKENNIEMI, « The Police in the Temple. Order, Justice and the United Nations : A Dialectical View », *European Journal of International Law*, 1995, pp. 325-348.

³² Cf. Gabriël H. OOSTHUIZEN, « Playing the Devil's Advocate : The United Nations Security Council is Unbound by Law », *Leiden Journal of International Law* (1999), pp. 549-563. Voir, en revanche, T. G. GILL, « Legal and Some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercise its Enforcement Powers under Chapter VII of the Charter », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1995, pp. 33 – 138 ; Elias DAVIDSON, « Legal Boundaries to United Nations Sanctions », *International Journal of Human Rights*, 2003, pp. 1-50. Voir plus loin pour une position intéressante du Tribunal de première instance des Communautés européennes.

rupture de la paix ou d'un acte d'agression, cela n'a plus aucun sens dans l'hypothèse d'une menace contre la paix. Par définition, une menace n'est pas réalisée, sinon elle cesse d'être menace pour devenir rupture de la paix ou agression. Une menace présuppose une appréciation subjective qui ne peut être que politique. La conviction que le Conseil de sécurité doit acquiescer, en matière de menace contre la paix, est fonction de sa seule crédibilité politique. On ajoutera pourtant aussitôt qu'une absence totale de responsabilité politique le caractérise. Sa responsabilité en tant qu'éventuel « législateur » ou sa responsabilité en tant qu'« administrateur » n'en sont pas moins difficiles à mettre en route. Cette difficulté a essentiellement trait aux organes susceptibles de dégager l'éventuelle responsabilité du Conseil de sécurité pour des actions *ex hypothesi* non conformes à la Charte et, plus particulièrement, aux dispositions de celle-ci relatives à la protection des droits de l'homme.

B. La question des organes pouvant contrôler le Conseil de sécurité

21. A l'évidence, les organes susceptibles de soumettre à un certain contrôle l'action du Conseil de sécurité et de s'assurer que celui-ci se conforme aux « buts et principes » énoncés par la Charte, comme l'article 24 § 2 l'exige, seront - du moins, dans un premier temps - des organes même des Nations Unies. Ceux-ci sont, soit politiques, soit juridictionnels. Parmi les organes politiques, on pense spontanément à l'Assemblée générale. Auréolée de son prestige d'organe plénier – et égalitaire – des Nations Unies, l'Assemblée aurait pu, dans l'absolu, jouer un rôle de censeur du Conseil de sécurité. Néanmoins, l'article 12 § 1 de la Charte, protégeant plus que jamais les prérogatives du Conseil de sécurité en matière de maintien de la paix, interdit explicitement à l'Assemblée générale de faire aucune recommandation sur des « différends » dont s'occupe le Conseil de sécurité (à moins que le Conseil ne le lui demande). *A fortiori*, d'autres actions de l'Assemblée, plus vigoureuses, sont exclues en dépit du fait que l'Assemblée « favorisera [...] le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion »³³.

22. La situation du Conseil économique et social est assez comparable. Certes, selon l'article 62 § 2 de la Charte, celui-ci « peut faire des recommandations en vue d'assurer le respect effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous », mais deux observations s'imposent. Dans le meilleur des cas, il s'agira bel et bien de « recommandations » qui, par définition, n'auront aucun impact juridique sur les « décisions » du Conseil de sécurité. De surcroît, dans le cadre de la coopération économique et sociale internationale, qui comporte un volet sur l'accroissement du respect des droits de l'homme³⁴, le Conseil économique et social est explicitement placé « sous l'autorité » de l'Assemblée générale³⁵. Or, si l'Assemblée ne peut, même par le biais de simples recommandations, défier le Conseil de sécurité dans la fonction de celui-ci en tant qu'organe de règlement des « différends », on ne voit pas comment un organe subordonné à l'Assemblée pourrait ce faire³⁶.

23. Si le contrôle du Conseil de sécurité par les autres organes politiques des Nations Unies ne peut donc prospérer, il est indispensable d'examiner les chances qui existent qu'un tel contrôle puisse être effectué par des organes juridictionnels. Selon l'article 92 de la Charte, la Cour internationale de justice « constitue l'organe judiciaire principal des Nations Unies ». Aucune disposition de la Charte ne reconnaît explicitement compétence à la Cour pour soumettre à un contrôle juridictionnel les actions du Conseil de sécurité, mais on ne peut *a priori* exclure qu'un contrôle implicite puisse être mis en œuvre. Certes, il est difficile d'imaginer à l'encontre des décisions du Conseil de sécurité l'équivalent d'un recours pour excès de pouvoir connu du droit administratif français³⁷, mais les décisions du Conseil peuvent être soumises à l'appréciation de la Cour par d'autres moyens. Cela peut, tout d'abord, se produire de manière incidente dans la mesure où, dans une affaire interétatique contentieuse, l'une des deux parties désire s'exciper d'une résolution du Conseil de sécurité prise dans le cadre du Chapitre VII alors même que l'autre partie conteste la conformité de cette résolution

³³ Article 55, *littera c* de la Charte en combinaison avec son article 60.

³⁴ Article 55, *littera c*.

³⁵ Article 60 de la Charte.

³⁶ La situation d'organes subsidiaires créés par le Conseil économique et social ou par l'Assemblée générale semble encore plus désespérée même si l'objectif de ceux-ci serait de s'assurer que la protection des droits de l'homme fût effective partout dans le monde, y compris dans le siège des Nations Unies à New York. L'actuel Conseil des droits de l'homme comme l'ancienne Commission des droits de l'homme tomberaient dans ce cas.

³⁷ Il serait tout de même intéressant à se rappeler que ce recours n'était au début aucunement prévu par les textes et que c'est progressivement et empiriquement qu'il a été élaboré dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français jusqu'au point que ce dernier puisse affirmer que ce type de recours, qui vise à annuler des actes administratifs, « est ouvert même sans texte » (*Dame Lamotte*, arrêt du 17 février 1950, *Recueil Lebon*, p. 110).

à la Charte des Nations Unies. Cela peut également se produire dans le cadre d'une demande d'avis consultatif qu'un organe politique des Nations Unies ou même une autre institution spécialisée des Nations Unies adresserait à la Cour. Dans cette dernière hypothèse, rien n'empêche le demandeur d'avis de contester directement la conformité à la Charte d'une décision du Conseil de sécurité.

24. Toutefois, dans les deux hypothèses, contentieuse et consultative, de nouvelles difficultés ne tarderont pas de se manifester. En premier lieu, l'avis consultatif de la Cour porte excellemment son nom puisque, du moins formellement, ne lie pas. Et c'est une autre question que d'imaginer le trouble qui s'emparera de la communauté internationale au cas où le Conseil de sécurité maintiendra sa position en dépit d'un désaveu de la Cour internationale de justice contenu dans un avis consultatif. En second lieu, l'arrêt de la Cour, lui, certes, lie, mais uniquement les Etats parties au litige réglé par l'arrêt (article 94 § 1). Et si un Etat partie au litige refuse de se conformer à l'arrêt de la Cour, qui *ex hypothesi* déclare inapplicable une résolution du Conseil de sécurité pour cause de non-conformité à la Charte, l'autre partie au litige n'aura d'autre solution que de recourir au Conseil de sécurité (article 94 § 2) ! On peine à imaginer le Conseil se précipiter à veiller à la bonne exécution d'un arrêt qui défie son autorité en matière de maintien de la paix.

25. Ces difficultés juridiques réelles ont, jusqu'à présent, rendu hésitante la Cour. Dans son avis consultatif, cité, du 20 juillet 1962, elle se borne, de prime abord, à constater que « certaines propositions présentées pendant la rédaction de la Charte et qui visaient à remettre à la Cour internationale de justice l'autorité suprême d'interpréter la Charte, n'ont pas été adoptées », mais elle précise un peu plus loin que « l'avis qu'elle s'apprête à donner est un avis *consultatif* »³⁸. Ce qui, éventuellement, pouvait déjà signifier, que, dans le cadre de sa compétence contentieuse, son interprétation de la Charte (et des compétences que celle-ci distribue aux organes) aurait pu lier. Au contentieux, la question a été effleurée, de manière ambiguë, dans l'arrêt du 26 novembre 1984 rendu dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (compétence de la Cour et recevabilité de la requête) dans la mesure où la Cour considère qu'« il ne lui est pas demandé de dire que le Conseil de sécurité a commis une erreur » mais qu'elle « est priée de se prononcer sur certains aspects juridiques d'une question qui a été aussi examinée par le Conseil, ce qui est parfaitement conforme à sa situation [à elle] d'organe judiciaire principal des Nations Unies »³⁹. La question d'un éventuel contrôle des résolutions du Conseil va, par la suite, être posée avec beaucoup d'insistance par la Libye dans les deux affaires relatives à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie. Dans ses ordonnances du 14 avril 1992 relatives à la demande libyenne en indication de mesures conservatoires, la Cour se contentera d'observer que de telles mesures seraient de nature à porter atteinte aux droits qu'une résolution du Conseil de sécurité semblait *prima facie* avoir conférés au Royaume-Uni et aux Etats-Unis d'Amérique⁴⁰. La Cour ne semble pas *a priori* s'en émouvoir autrement devant une telle perspective⁴¹ tandis que certains de ses membres estiment naturel que la Cour en vienne, au moins en partie, à contrôler des résolutions du Conseil de sécurité⁴².

26. Les partisans d'un contrôle de conformité des décisions du Conseil de sécurité à la Charte par la Cour internationale de justice semblent s'inspirer de la pratique nationale en matière de contrôle judiciaire des actes (et même des omissions) des organes administratifs (et même, suivant les pays, législatifs). Il est cependant audacieux d'assimiler une organisation internationale à une structure étatique et un traité instituant une telle organisation à une sorte de constitution nationale. Aussi, dans son avis consultatif, cité, du 20 juillet 1962, la Cour constate-t-elle que l'on ne rencontre pas dans la structure des Nations Unies des procédures analogues à celles qui, présentes souvent dans les systèmes juridiques des Etats, permettent de déterminer la validité d'un acte législatif ou administratif⁴³.

27. Par ailleurs, outre le fait que le Conseil de sécurité dispose de larges pouvoirs discrétionnaires, de nature politique, de mise en œuvre du Chapitre VII de la Charte, il est à se demander sur la base

³⁸ *Certaines dépenses des Nations Unies*, avis consultatif du 20 juillet 1962, Rec., p. 168. Les italiques sont de la Cour.

³⁹ Rec., p. 436, § 98.

⁴⁰ Rec., p. 1 et 112.

⁴¹ Voir aussi les arrêts dans ces mêmes affaires (exceptions préliminaires) du 27 février 1998 (Rec., p. 5 et p. 111).

⁴² Cf. Mohammed BEDJAOUÏ, *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité*, Bruxelles, Bruylant, 1994. Voir aussi, dans la doctrine, parmi d'autres auteurs, David SCHWEIGMAN, *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the Charter : Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, La Haye, Kluwer, 2001 ; Ioana PETCULESCU, *Le contrôle judiciaire de la légalité des actes du Conseil de sécurité des Nations Unies*, Thèse, Strasbourg, 2003.

⁴³ *Certaines dépenses des Nations Unies*, avis consultatif du 20 juillet 1962, Rec., p. 168.

de quels critères la Cour de La Haye pourra contrôler les décisions du Conseil de sécurité lorsque celui-ci procède au « règlement » (ou, pire encore, à l' « ajustement ») de différends internationaux non pas sur la base du strict droit international, qui recouvre la protection des droits de l'homme, mais sur la base de la « justice ». On se rappellera qu'un tel règlement ou ajustement risque fort d'être parfaitement conforme à la Charte (et, notamment, à son article 1 § 1 en combinaison avec le Chapitre VII). Mais, dans ce cas, un contrôle juridictionnel risque de se révéler vide de toute substance. La Cour peut difficilement se prononcer sur la base de critères non juridiques. Grand même serait le risque de voir un Conseil de sécurité mécontent des « intrusions » de la Cour dans ce qu'il peut considérer comme son domaine réservé « ajuster » (ou même « régler ») un différend international sur la base de la « justice », bref de manière politique, en écartant donc l'application du droit afin de paralyser les éventuels contrôles juridictionnels de son activité.

28. Quoiqu'il en soit, ce que la Cour internationale de justice n'a pas fait jusqu'à maintenant, un autre organe juridictionnel des Nations Unies l'a pourtant fait. Il s'agit du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Dans son arrêt du 2 octobre 1995, rendu dans l'affaire *Dusko Tadić* (exception préjudicielle d'incompétence), la Chambre d'appel de ce Tribunal a accepté, comme la défense le lui demandait, de prendre position sur la conformité à la Charte de la résolution n° 827 (1993) du Conseil de sécurité⁴⁴. L'arrêt conclut à la conformité de cette résolution. Une partie de la doctrine y a pu voir un grand pas en avant en matière de contrôle et donc d'éventuelle limitation de la compétence du Conseil d'adopter, plus particulièrement, des résolutions pouvant mettre à mal certaines libertés fondamentales. Il est nécessaire de remarquer, néanmoins, que la résolution, dont la Chambre d'appel a examiné la conformité à la Charte, porte tout simplement sur la création et l'étendue de compétence du Tribunal lui-même. Conclure à la non-conformité de la résolution n° 827 signifierait que le Tribunal, privé de base légale, serait voué à disparaître à peine qu'il commençait à exercer ses fonctions. Une autre partie de la doctrine a pu ironiser à propos de cette situation⁴⁵ qui n'est donc pas unanimement considérée comme un précédent valable d'un contrôle des résolutions du Conseil de sécurité par des organes juridictionnels de l'ONU.

29. On notera, enfin, que, dans un cadre naturellement fort éloigné de celui de l'ONU, le Tribunal de première instance des Communautés européennes a pu estimer, dans son arrêt *Yusuf* du 21 septembre 2005⁴⁶, que « les pouvoirs de sanction que possède le Conseil de sécurité dans l'exercice de cette responsabilité [maintien de la paix] doivent être utilisés dans le respect du droit international et, en particulier, des buts et principes des Nations Unies. Le droit international permet ainsi de considérer qu'il existe une limite au principe de l'effet obligatoire des résolutions du Conseil de sécurité : elles doivent respecter les dispositions péremptoires fondamentales du *jus cogens*. Dans le cas contraire, aussi improbable soit-il, elles ne lieraient pas les Etats membres de l'ONU ni, dès lors, la Communauté » (points 280 – 281). Audacieuse, cette prise de position sera ailleurs, dans le même arrêt, considérablement nuancée jusqu'à perdre la majeure partie de son sens pratique. Le Tribunal pourra ainsi dire, dans ce même arrêt, que « force est de considérer que les résolutions en cause du Conseil de sécurité échappent par principe au contrôle juridictionnel du Tribunal et que celui-ci n'est pas autorisé à remettre en cause, fût-ce de manière incidente, leur légalité au regard du droit communautaire » (point 276)⁴⁷.

II. Les États en tant que collaborateurs du Conseil de sécurité : maillons faibles du système ?

30. Comme cela arrive avec toutes les organisations internationales, de même l'Organisation des Nations Unies et ses organes ont besoin des autorités nationales afin que leurs décisions puissent

⁴⁴ Voir l'arrêt *in* <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-f/51002JN3.htm>. Voir, pour une étude plus ample de cette affaire, Faiza PATEL KING, « Sensible Scrutiny : The Yugoslavia's Tribunal Development of Limits on the Security Council's Powers under Chapter VII of the Charter », *Emory Journal of International Law*, Fall 1996, n° 2.

⁴⁵ C'est, par exemple, le cas du président, à l'époque, de la Cour internationale de justice dans son discours du 27 octobre 2000 devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies (http://www.icj-cij.org/cijwww/cpresscom/SPEECHES/cSpeechPresident_Guillaume_SixthCommittee_20001027.htm).

⁴⁶ *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, arrêt du 21 septembre 2005, Rec., p. I-3533. Les faits, les raisonnements et les conclusions du Tribunal sont analogues dans son arrêt *Kadi* rendu le même jour que l'arrêt *Yusuf* (Rec., p. II-3649). *Mutatis mutandis*, cela vaut également pour ses récents arrêts *Ayadi* (aff. T-253/02, arrêt non encore publié *in Recueil*) et *Hassan* (aff. T-49/04, arrêt non encore publié *in Recueil*) rendus le 12 juillet 2006.

⁴⁷ Des commentateurs stratégiquement placés ont pu déceler « d'importantes divergences d'opinion qui se traduisent dans une solution curieuse » (Jean –Paul JACQUE, « Le Tribunal de première instance face aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies. “Merci Monsieur le Professeur” », *L'Europe des libertés*, n° 19, 2006, pp. 2-6, spéc. 2).

être concrètement mises en œuvre sur le territoire de leurs Etats membres. Il y aura donc toujours un moment où les Etats devront abandonner le relatif, mais protecteur, anonymat que leur confère leur statut de membres de l'Organisation et « s'exposer » en prenant les mesures nécessaires, juridiques et matérielles, afin d'assurer l'exécution des décisions internationales. Il en va particulièrement ainsi des résolutions du Conseil de sécurité adoptées dans le cadre du Chapitre VII de la Charte. Le moment de transposition des résolutions du Conseil dans l'ordre juridique national est évidemment le moment opportun pour toute sorte de tentatives de contrôle de la « légalité » de ces résolutions ou, du moins, de leur substance (A). Il serait pourtant également intéressant à envisager un contrôle d'actes étatiques non plus en tant que ceux-ci exécutent des résolutions du Conseil de sécurité mais en tant qu'ils contribuent à leur élaboration (B).

A. Contrôle de la conformité aux droits de l'homme des mesures nationales de transposition des résolutions du Conseil : quelles possibilités ?

31. Un tel contrôle pourrait, *in abstracto*, être exercé, soit par un juge national, soit par un juge international. Le prestige du juge international sera, néanmoins, autrement plus important que celui de son collègue national ne serait-ce que parce que l'on ne pourrait, par définition, pas lui reprocher un quelconque nationalisme judiciaire. L'éventuelle censure de sa part de mesures nationales de transposition de résolutions du Conseil de sécurité violant, par hypothèse, les droits de l'homme aura donc de fortes chances d'être considérée comme mue exclusivement par un louable souci de protéger les droits de l'homme. On comprend qu'un tel cas de figure peut se révéler particulièrement préoccupant pour le Conseil de sécurité. D'ailleurs, cela n'a aucune importance que le juge international, spécialisé ou pas dans la protection des droits de l'homme, ne s'attaque pas directement à l'autorité du Conseil et de ses résolutions⁴⁸. Constaté une violation des droits de l'homme dans une mesure nationale de transposition d'une résolution du Conseil suffira amplement pour fragiliser cette dernière, dans la mesure tout au moins où la transposition nationale se montre fidèle à l'esprit, sinon à la lettre de la résolution. C'est dans une telle hypothèse où, derrière la mesure nationale, se cachera la résolution du Conseil et où censurer (au sens large du terme) la mesure nationale, ce sera paralyser l'application de la résolution du Conseil.

32. Peu importe, de toute façon, que l'acte engageant la responsabilité de l'Etat pour violation de tel ou tel instrument international ne sera pas un acte spontanément adopté par l'Etat mais bien un acte que l'Etat aura adopté dans le cadre de certaines de ses obligations internationales, par définition autres que celles que l'instrument de protection des droits de l'homme lui imposerait. Selon une jurisprudence constante des organes de la Convention européenne des droits de l'homme, « lorsque des Etats créent des organisations internationales pour coopérer dans certains domaines d'activité ou pour renforcer leur coopération, et qu'ils transfèrent des compétences à ces organisations et leur accordent des immunités, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée. Toutefois, il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les Etats contractants soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné. Il y a lieu de rappeler que la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »⁴⁹.

33. Si l'on pousse cette manière de voir à ses limites logiques, on obtient comme résultat que les instruments internationaux de protection des droits de l'homme⁵⁰ acquièrent une sorte de primauté sur tous les autres. Vraisemblablement, pareille affirmation radicale est de nature à diviser les membres même des juridictions concernées en ce que certains de leurs membres éminents récuseront volontiers ce qu'ils considéreront comme une sorte d'impérialisme de la part de leur propre juridiction

⁴⁸ Très probablement, il n'aura d'ailleurs jamais cette occasion. Seul un juge international relevant du système des Nations Unies semblerait en mesure de censurer *directement* une résolution du Conseil de sécurité adoptée sur la base du Chapitre VII de la Charte. La question peut donc se poser non pas par rapport à des juges internationaux régionaux mais par rapport à des juridictions ou bien quasi-juridictions oeuvrant au niveau universel, spécialement le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, voire d'autres juridictions (ou quasi-juridictions) thématiques créées par des Conventions onusiennes protégeant les droits de l'homme sous tel ou tel aspect. D'une certaine manière, et en dépit des remarques ci-dessus (note précédente), les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda peuvent être vus comme constituant de telles juridictions dans la mesure où ils se doivent de protéger scrupuleusement les droits de l'homme des prévenus.

⁴⁹ *Waite et Kennedy c. Allemagne*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 18 février 1999, point 67 (Rec., 1999-1). L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme avait fait sienne cette affirmation depuis déjà sa décision du 11 janvier 1961 rendue dans l'affaire *Autriche c. Italie* (req. n° 788/60 ; *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 4, p. 177).

⁵⁰ C'est une tout autre question, que l'on ne peut examiner dans le cadre de ce rapport, que de savoir comment et sur la base de quels critères on pourrait organiser la concurrence entre plusieurs instruments de ce genre qui, éventuellement, entreraient en conflit entre eux.

sur les autres. En effet, sauf exception, derrière les traités sur la protection des droits de l'homme, il y a des juges qui les appliquent et qui les gèrent et la primauté d'un traité n'est *in fine* que la primauté d'un juge sur les autres juges. Aussi, pour le juge Pellonpää de la Cour européenne des droits de l'homme, « lorsqu'on aborde des questions clés du droit international général, [la] Cour doit se montrer très prudente avant de faire figure de précurseur ». Et de dénoncer dans un même élan, avec sir Robert Jennings, ancien président de la Cour internationale de justice, « la tendance qu'ont certaines juridictions à se considérer comme différentes, comme de petits empires distincts qui doivent s'étendre autant que possible »⁵¹.

34. Or, une telle « question clé du droit international général » est par excellence la relation que souhaite entretenir la Charte des Nations Unies avec les autres traités que les Etats membres sont amenés à conclure. Comme il est bien connu, cette relation est strictement organisée par l'article 103 de la Charte, suivant lequel « en cas de conflit entre les obligations des membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ». Comme on l'a vu d'ailleurs, sur la base de l'article 25 de la Charte, les membres des Nations Unies s'obligent à accepter et à appliquer les résolutions du Conseil de sécurité, du moins celles, contraignantes, adoptées en vertu du Chapitre VII. L'article 48 § 1 de la Charte va du reste au-delà de la simple obligation de ne pas contrarier la Charte, y compris les décisions du Conseil ; il impose, en fait, une obligation « positive » aux Etats membres pour qu'ils prennent les mesures nécessaires à l'exécution des décisions du Conseil de sécurité. Qui plus est, « ces décisions sont exécutées par les membres des Nations Unies directement et grâce à leur action dans les organismes internationaux appropriés dont ils font partie » (article 48 § 2). Il est par conséquent impossible à un Etat membre de l'organisation universelle de s'abriter derrière sa qualité de membre d'une autre organisation internationale pour tenter d'échapper à son obligation d'exécuter les décisions du Conseil de sécurité.

35. Cette dernière précision est particulièrement importante en ce qui concerne le droit des organisations internationales. Le voile de la personnalité morale d'une organisation internationale, distincte bien entendu de celle de ses Etats membres, est déchiré pour laisser apparaître les Etats membres eux-mêmes. A la limite, les Etats membres engageraient leur responsabilité internationale si l'autre organisation, dont ils font également partie, négligeait d'exécuter, dans la limite de ses compétences, les décisions du Conseil de sécurité. Cette hypothèse a pu être illustrée, jusqu'à un certain degré, dans la récente affaire *Yusuf* devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes. Dans cette affaire, cruciale s'il en est pour l'objet du présent rapport, les requérants, inscrits sur une liste noire du Comité des sanctions des Nations Unies, incitaient le Tribunal à se prononcer sur la conformité de cette inscription à la protection des droits de l'homme telle qu'elle vaut dans le cadre de l'ordre juridique communautaire.

36. Institution des Communautés, sous couvert de la Cour de justice, devant laquelle ses arrêts peuvent être déférés par pourvoi, le Tribunal de première instance des Communautés européennes ne pouvait logiquement encourir le risque de faire engager la responsabilité internationale des Etats membres de l'Union européenne ; cela d'autant moins que le traité instituant la Communauté européenne sauvegarde explicitement, dans son article 307, les obligations internationales des Etats membres de la Communauté contractés par des accords antérieurs à la date de leur adhésion à la Communauté. Et comme l'énonce l'arrêt *Yusuf*, cité, « bien que cette dernière disposition ne fasse état que des obligations des Etats membres, elle implique l'obligation des institutions de la Communauté de ne pas entraver l'exécution des engagements des Etats membres au titre de ladite Charte [des Nations Unies] » (point 247).

37. Toutefois, le cas de la Communauté européenne, pour les raisons même que l'on vient d'expliquer, fait figure de cas assez particulier. Il est tout à fait concevable que, dans le cadre d'un autre traité international liant des membres des Nations Unies, les conditions particulières ci-dessus mentionnées ne se rencontrent point. Le cas de la Convention européenne des droits de l'homme est, à cet égard, assez éloquent. L'organe qui gère la Convention, à savoir la Cour européenne des droits de l'homme, ne peut être logiquement vue comme étant un organe du Conseil de l'Europe⁵² et, de

⁵¹ Opinion individuelle, partagée par le juge Bratza, sous l'arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2001 (Rec., 2001-XI). Il est vrai que, si l'on fait abstraction de la *self restraint* des juges eux-mêmes, il n'y a pas de réels mécanismes de coordination des juridictions internationales (cf. Syméon KARAGIANNIS, « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique ? » in Société française pour le droit international, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, Pedone, 2003, pp. 7-161).

⁵² Tout autre est le cas du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, organe intergouvernemental qui se sentirait probablement obligé de donner la primauté aux résolutions du Conseil de sécurité, ne serait-ce que en vue d'épargner aux membres du Conseil de l'Europe de difficiles complications dans leurs rapports avec

toute façon, ni dans le statut du Conseil de l'Europe ni dans la Convention européenne des droits de l'homme⁵³, on ne rencontre une disposition analogue à celle de l'article 307 du traité instituant la Communauté européenne. Ainsi donc, la Cour de Strasbourg pourrait ne pas hésiter à l'avenir à mettre en cause le comportement d'un Etat partie pour cause d'adoption de mesures d'exécution de résolutions du Conseil de sécurité, qui contrarieraient, par hypothèse, la Convention européenne des droits de l'homme.

38. N'en déplaise aux partisans du profil bas et de la *self restraint*, la situation de l'Etat partie à la Convention européenne des droits de l'homme vis-à-vis de ses autres obligations internationales pourrait parfaitement laisser la Cour indifférente. C'est d'ailleurs ce qui s'est déjà produit dans la célèbre affaire *Matthews c. Royaume-Uni*⁵⁴. La non-organisation d'élections européennes à Gibraltar valait pour le Royaume-Uni violation du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (article 3) en même temps, cependant, que l'organisation de telles élections à Gibraltar pouvait se traduire par un manquement de cet Etat à ses obligations communautaires (même si l'article 307 du traité CE aurait pu être mobilisé en l'occurrence)⁵⁵.

39. Il n'empêche, la question peut se poser de savoir si le délicat équilibre dans les relations entre la Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme, tel qu'il se trouve au centre de l'affaire *Matthews* (et d'autres encore ...), peut être pertinent pour l'étude des rapports entre la Charte des Nations Unies, y compris les résolutions contraignantes du Conseil de sécurité, et la Convention européenne des droits de l'homme (ou bien, de manière analogue, un autre traité de protection des droits de l'homme). Il est évident que, ici, au lieu d'avoir le très conciliant article 307 CE, on a affaire au très exigeant article 103 de la Charte⁵⁶. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme (et on la prend ici comme exemple de toute autre juridiction internationale spécialisée dans le contentieux des droits de l'homme) pourrait écarter la pertinence de cette disposition de la Charte

l'organisation des Nations Unies. Or, selon l'article 46 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, « l'arrêt définitif de la Cour [européenne des droits de l'homme] est transmis au Comité des ministres qui en surveille l'exécution ». Cette disposition semble, de prime abord, être proche de celle de l'article 94 § 2 de la Charte des Nations Unies, relative au rôle du Conseil de sécurité par rapport aux arrêts de la Cour internationale de justice. Il y a néanmoins aussi une différence entre ces dispositions qui ne peut être négligée. Selon la Charte, en cas de non-exécution d'un arrêt de la Cour internationale, le Conseil de sécurité, éventuellement mis en cause dans l'arrêt de la Cour, « peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt ». On a conclu, plus haut dans ce rapport, que le Conseil probablement ne ferait pas le nécessaire dans un tel cas, tout simplement parce que la Charte ne lui impose pas une obligation ; elle lui offre juste une possibilité. En revanche, l'article 46 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme ne semble point donner une simple faculté au Comité des ministres au sujet de l'exécution des arrêts de la Cour de Strasbourg. Cette dernière disposition utilise l'indicatif du présent (le Comité « surveille l'exécution » des arrêts), qui, dans le langage juridique français véhicule indéniablement une obligation. Il en va pareillement de la version anglaise de la Convention (« shall supervise the execution »). On peut donc penser que le Comité des ministres ne serait pas juridiquement outillé pour s'opposer à l'exécution d'un arrêt de la Cour européenne qui mettrait indirectement en cause une résolution du Conseil de sécurité.

⁵³ Cela est sûr pour la Convention européenne des droits de l'homme mais un peu moins clair pour le statut du Conseil de l'Europe. Suivant l'article 1 *littera c* de ce dernier, « la participation des membres aux travaux du Conseil de l'Europe ne doit pas altérer leur contribution à l'œuvre des Nations Unies et des autres organisations internationales auxquelles ils sont parties ». On pourrait, certes, considérer que cette disposition comporte indirectement, pour les Etats membres de l'organisation de Strasbourg, une clause de respect de l'article 103 de la Charte, même si l'expression « altérer la contribution » ne brille pas par sa clarté. Ce qui pose, en revanche, problème est le fait que, selon la même disposition une obligation identique pèserait sur ces Etats par rapport à leurs obligations vis-à-vis de toute autre organisation internationale dont ils seraient également membres. Or, une telle interprétation irait manifestement à l'encontre d'une heureuse jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui cherche, contre vents et marées, à donner une sorte de primauté à l'obligation de protéger les droits de l'homme (voir *supra* note 35).

⁵⁴ Arrêt du 18 février 1999, Rec., 1999-1.

⁵⁵ Dans d'autres circonstances, la Cour de Strasbourg sait pourtant se montrer plus magnanime vis-à-vis des Communautés européennes et de leurs Etats membres. Ainsi, par exemple, dans son récent arrêt *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Irlande* du 30 juin 2005, la Cour admet que « le souci de respecter le droit communautaire constitue pour une Partie contractante un dessein légitime, conforme à l'intérêt général, au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 » (point 150). Cette magnanimité est naturellement facilitée (sinon rendue possible tout court ...) par les termes (dont on aura à reparler) dans lesquels cette disposition particulière protège le droit au respect des biens.

⁵⁶ Le Tribunal de première instance des Communautés européennes affirme, dans son arrêt *Yusuf*, cité, que « les obligations des Etats membres des Nations Unies au titre de la Charte des Nations Unies l'emportent *incontestablement* sur toute autre obligation de [...] droit conventionnel, y compris pour ceux d'entre eux qui sont membres du Conseil de l'Europe, sur leurs obligations au titre de la CEDH » (point 231 ; c'est nous qui soulignons). On lui laissera la responsabilité de ses propos. On s'émerveillera pourtant de la facilité avec laquelle il examinera, au titre des normes impératives de droit international, la possibilité de contrôler les résolutions du Conseil de sécurité.

puisque celle-ci s'appliquerait aux Etats membres des Nations Unies, pas à la Cour. Une telle perspective, dans sa radicalité même, pourrait apparaître comme trop audacieuse, irréaliste ou encore perturbatrice de l'équilibre voulu après la seconde guerre mondiale et qui est censé avoir évité le pire en matière de conflits internationaux. Certains pourraient également, dans pareil cas, accuser la Cour de Strasbourg de tenter d'édifier son « petit empire distinct ». Il n'empêche, juridiquement, l'hypothèse se tient et il n'est pas sûr que tout le monde crierait au scandale si la Cour décidait de donner la primauté à la protection des droits de l'homme dans la mesure, de toute façon, où leur protection fait partie des missions même des Nations Unies, ainsi qu'on l'a déjà vu. Il s'agit, en tout état de cause, d'une affaire de politique jurisprudentielle, mais, probablement, à supposer même que la Cour européenne ne désire pas aller si loin, elle aurait tout intérêt à ne point condamner *ex ante* une telle issue. Le suspense – et la menace implicite que le suspense aménage – peuvent s'avérer fort utiles de manière préventive. C'est peut-être ce qui motive la grande discrétion de la Cour de Strasbourg dans son arrêt *Bosphorus*, cité, sur le point de savoir si elle pouvait se permettre d'examiner la conformité des résolutions du Conseil de sécurité aux standards de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁷. La discrétion de la Cour est d'autant plus à relever que le gouvernement italien, intervenant dans cette affaire, a cherché à faire directement venir le propos sur cette question (point 129 de l'arrêt).

40. Si, néanmoins, on devait exclure, du moins à court terme, une telle audace de la part de la Cour de Strasbourg, d'autres pistes de réflexion s'offrent au défenseur des droits de l'homme en cas de résolutions du Conseil de sécurité contraires aux droits de l'homme. Curieusement, ces pistes sont d'ailleurs offertes par l'article 103 de la Charte lui-même. Ainsi qu'il ressort clairement du texte de cette disposition⁵⁸, la supériorité hiérarchique de la Charte vaut à l'égard de « tout autre accord international » que les membres des Nations Unies auraient conclu. Aussi les normes coutumières internationales⁵⁹ liant les membres des Nations Unies ne semblent-elles pas affectées par l'article 103 de la Charte. Ou, comme le dit le juge Rezek dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt du 27 février 1998 de la Cour internationale de justice, l'article 103 « n'entend pas opérer au détriment du droit international coutumier et moins encore au préjudice des principes généraux du droit des gens »⁶⁰.

41. Cette relative mise en échec de la primauté de la Charte des Nations Unies soulève, néanmoins, deux importantes questions relatives à la possibilité pour le Conseil de sécurité d'adopter des résolutions contraires aux droits de l'homme (et, surtout, de les imposer aux Etats membres). La première question a trait au contenu matériel des normes coutumières. En premier lieu, est-ce que tout droit de l'homme peut être reconnu comme cristallisé dans une norme coutumière ? Poser la question est déjà répondre – et répondre par la négative. Les droits de l'homme – et c'est bien heureux – ne cessent de se multiplier depuis plusieurs décennies. Il serait difficile, sauf à déformer de manière contestable la théorie de la formation de la norme coutumière⁶¹, de prétendre que la consécration d'un nouveau droit de l'homme par tel ou tel traité international consacre en même temps l'existence coutumière de ce droit. Il est bien entendu possible, et même, en pratique, moins rare que l'on ne le pense, qu'un traité international suscite une norme coutumière de contenu identique ou analogue, mais tout traité n'a pas bien sûr la possibilité de créer de telles normes coutumières. Dans le cas contraire, la distinction même entre traité et coutume serait gravement mise en péril. Les critères de cristallisation dans une coutume d'une norme à l'origine purement conventionnelle ne peuvent, certes, être fixés de manière absolue, mais on peut soutenir que constituent de tels critères la large ratification d'un traité consacrant un droit de l'homme donné, le fait que ce même droit de l'homme se retrouve consacré dans nombre d'autres traités, universels ou régionaux, la description même de ce droit dans les traités (formulation absolue ou relative), l'ancienneté de ces traités, le fait, éventuellement, qu'un grand nombre d'Etats protègent

⁵⁷ Cf. Annalisa CIAMPI, « L'Union européenne et le respect des droits de l'homme dans la mise en œuvre des sanctions devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue générale de droit international public*, 2006, pp. 85-116 spéc. p.110.

⁵⁸ Les travaux préparatoires de la Charte iraient dans le même sens. Voir Alix TOUBLANC, « L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies », *Revue générale de droit international public*, 2004, pp. 439-462, spéc. p. 446 sqq.

⁵⁹ On pourrait, certes, ajouter d'autres sources formelles du droit international, celle, spécialement, mentionnées dans l'article 38 § 1 du statut de la Cour internationale de justice, mais leur importance, quantitative et qualitative, ne vaut pas celle des normes coutumières.

⁶⁰ *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie* (Libye c. Royaume-Uni, exceptions préliminaires), Rec., p. 61, point 2.

⁶¹ La théorie de la coutume instantanée est restée, et pour cause, assez marginale parmi les auteurs. En règle générale, pour qu'il y ait apparition d'une nouvelle norme coutumière, il faut la combinaison d'un élément matériel (une pratique uniforme, de longue date et émanant de la grande majorité des Etats) et d'un élément psychologique ou *opinio juris* (le fait pour un Etat de croire que, en se conformant à la pratique, il s'acquiesce, en réalité, d'une obligation juridique, bref de croire qu'il n'a pas, en la matière, de véritable choix).

effectivement ce droit de l'homme ou encore le fait que des juridictions internationales parviennent à en imposer réellement le respect aux Etats. En revanche, si un droit de l'homme donné ne parvient pas à s'imposer comme norme coutumière internationale, si donc son ancrage se révèle uniquement conventionnel, il ne pourra résister à la pression de l'article 103 de la Charte au cas où une résolution contraignante du Conseil de sécurité lui porterait atteinte.

42. Toutefois, une deuxième question cruciale peut également se poser. Est-ce qu'une norme coutumière, qui, dans notre cas, consacrerait un droit de l'homme, l'emporterait toujours sur la Charte ? Il convient d'observer, sur ce point, que, si l'article 103 de la Charte n'impose probablement pas la primauté de la Charte sur les normes coutumières, il ne reconnaît pas non plus la primauté de ces dernières sur la Charte. En d'autres termes, en cas de conflit entre la Charte et une norme coutumière, il n'est pas du tout assuré que cette dernière en sortirait systématiquement victorieuse. Selon la majorité de la doctrine en droit international public, traité et coutume se trouvent sur un pied d'égalité. Dans ce cas, les éventuels conflits qui opposeront la Charte, qui reste bien sûr juridiquement un traité, et une coutume ne pourront se régler qu'à l'aide des critères éprouvés du conflit de normes en droit international, à savoir l'application du principe *lex posterior derogat legi anteriori*⁶². Ainsi donc, si un droit de l'homme est consacré par une norme coutumière antérieure à la Charte, il sera, d'après cette logique, supérieur à la Charte. Dans le cas, inverse, il lui sera inférieur.

43. On ajoutera qu'il serait sain, en appliquant la règle *lex posterior*, de s'en tenir à la date d'entrée en vigueur de la Charte. Retenir la date d'adoption de telle ou telle résolution du Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte serait non seulement logiquement exagéré mais également problématique d'un point de vue juridique. Une telle solution permettrait, en effet, au Conseil de contourner toute norme de droit coutumier. En d'autres termes, pourvu que le Conseil de sécurité veuille bien voter des résolutions contraires au droit coutumier, l'article 103 finirait par donner à la Charte la primauté systématique non seulement sur « tout autre accord international » mais également sur toute norme coutumière alors même que le texte de l'article 103 refuse d'aller si loin.

44. Il devient alors crucial de déterminer la date de consécration, en droit international⁶³, d'un droit de l'homme donné. Il est manifeste, néanmoins, que fixer cette date, qui plus est avec une grande précision, avant ou après l'entrée en vigueur de la Charte des Nations Unies, ne sera pas, le plus souvent, chose aisée. On peut, toutefois, penser spontanément à la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale le 10 décembre 1948. Etant donné qu'elle est communément considérée comme le premier grand texte international en matière de droits de l'homme, on pourrait considérer que les droits de l'homme qu'elle décrit, dans la mesure, en tout cas, où ils se retrouvent par la suite dans d'autres instruments, universels ou régionaux, y puiseraient une première consécration coutumière. Cela dit, la Déclaration universelle des droits de l'homme n'a pas été conçue, selon toute probabilité, comme un traité juridiquement contraignant mais plutôt comme un texte de nature politique (un *non-binding agreement*). Si l'on estime qu'elle ne révèle pas une *opinio juris* des Etats membres de l'Assemblée générale qui ont voté en sa faveur⁶⁴, il faudra reporter le moment de la consécration coutumière des droits qu'elle décrit à des moments ultérieurs, au plus tôt lors de l'entrée en vigueur des Pactes des Nations Unies sur les droits de l'homme, voire l'entrée en vigueur d'un certain nombre de conventions régionales⁶⁵. Suivant, la règle de *lex posterior*, un tel report dans le temps ne pourrait être que bénéfique aux droits de l'homme, coutumièrement consacrés, dans leur « lutte » avec la Charte.

45. Cela dit, il peut encore y avoir une autre manière de voir les choses. On ne peut exclure que le droit international protégeait déjà un certain nombre de droits de l'homme avant même la Déclaration universelle et les différents traités qui, en quelque sorte, la mettent juridiquement en œuvre. Les accents volontiers jusnaturalistes que prend notamment le préambule de la Déclaration universelle semblent véhiculer l'idée que, dans la société internationale, les droits de l'homme ne naissent pas avec la Déclaration mais, au contraire, préexistent à la Déclaration et que celle-ci se limite à les formuler ou à les actualiser. Ainsi, par exemple, c'est la « méconnaissance et le mépris des droits de l'homme » qui « ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité » (deuxième considérant). Or, logiquement, on ne peut « méconnaître » et « mépriser » que ce qui existe. Ou, encore, la Déclaration relève, à juste titre, que les Nations Unies « ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes » (cinquième considérant du

⁶² Cf. Jean-Marc THOUVENIN in COT, PELLET, FORTEAU, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3^{ème} éd., 2005, p. 2140 sqq.

⁶³ Ce qui veut dire que sa consécration en droit national est peu pertinente.

⁶⁴ Une dizaine d'Etats s'étaient tout de même abstenus.

⁶⁵ Qui pourraient donc contribuer à la formation d'une coutume régionale.

préambule de la Déclaration ; deuxième considérant du préambule de la Charte). On ne proclame bien sûr pas « à nouveau » ce qui n'a jamais existé.

46. On pourrait, par conséquent, soutenir que nombre de droits de l'homme ont trouvé leur place en droit international coutumier déjà avant l'adoption de la Déclaration universelle, voire avant l'adoption de la Charte. On pourrait, certes, objecter que les droits de l'homme n'étaient pas, à l'époque, suffisamment précis ni, surtout, garantis au niveau international par des mécanismes appropriés. Force est, néanmoins, de distinguer entre, d'une part, l'existence d'un droit et, d'autre part, sa garantie juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle. Quant au manque de précision, il suffit de noter que le droit coutumier, contrairement au droit issu des traités, ne peut jamais être d'une grande précision. Il est donc possible de considérer que la règle de postériorité, au moins en ce qui concerne certains droits de l'homme, puisse finalement jouer en faveur de la Charte des Nations Unies et donc aussi en faveur de résolutions du Conseil de sécurité portant atteinte à des droits de l'homme déjà consacrés par des normes coutumières antérieures à la Charte.

47. Pour résumer sur ce point, il est nécessaire de relativiser la protection qu'accorderait à un droit de l'homme, face à une résolution du Conseil de sécurité le contrariant, sa consécration par le droit coutumier car beaucoup dépendra de la date d'apparition de la norme coutumière. Cela sans oublier la difficulté majeure d'estimer qu'un droit de l'homme ait pu être effectivement accueilli par le droit coutumier. De toute façon, il est loin d'être garanti que les nombreux droits de l'homme décrits dans les conventions et appliqués quotidiennement par les juges nationaux et internationaux soient tous consacrés par la coutume. Ironiquement d'ailleurs, les principaux droits de l'homme consacrés coutumièrement, ceux dont la violation heurterait la conscience publique, n'ont, probablement, pas dû attendre la Déclaration universelle ou la Charte pour être accueillis, ne serait-ce que sous une forme sommaire, par la coutume.

48. Il est par conséquent préférable pour le défenseur des droits de l'homme de ne pas trop compter sur le subtil – et aléatoire – jeu Charte / coutume pour contrer les éventuelles atteintes portées par le Conseil de sécurité aux droits de l'homme. Il lui est, par contre, loisible de compter sur l'apport des normes impératives du droit international (*jus cogens*). Selon la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, « une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère » (article 53). Une première difficulté à laquelle se heurte l'interprète de cette disposition est sa nature juridique de norme purement conventionnelle ou, au contraire, de norme coutumière. Cantonner son importance à sa seule inclusion dans la Convention de Vienne ne serait manifestement pas suffisant pour qu'elle déploie pleinement ses effets. La considérer comme norme coutumière lui conviendrait bien mieux. Les allusions en ce sens de l'article 53 sont d'ailleurs tout sauf innocentes (« droit international général », « communauté internationale des Etats dans son ensemble » ...). C'est pourtant une chose la nécessité pour une norme d'être de nature coutumière (car, sinon, elle ne produirait pas les résultats souhaités) et une autre, bien différente, que la véritable acquisition par celle-ci de cette nature. On ne décrète pas l'appartenance au droit coutumier, on la prouve. L'attestation qu'effectue à cet égard l'article 53 de la Convention de Vienne⁶⁶ n'est peut-être pas suffisante étant donné que ce sont les Etats contractants qui s'expriment par son biais. Le fait que quelques Etats importants, en premier lieu la France, ont refusé de ratifier la Convention de 1969 en tirant, qui plus est, argument de leur objection aux dispositions de la Convention relatives au *jus cogens* aurait pu peser lourd sur la cristallisation coutumière de ce dernier. Force est, néanmoins, de constater que, progressivement, la jurisprudence internationale en est venue à en accepter l'existence et la pertinence⁶⁷.

49. Si l'on conclut, contrairement à une partie de la doctrine, parfois française, que le *jus cogens* possède une reconnaissance plus générale que celle que la Convention de Vienne lui confère, deux questions essentielles se posent au sujet des résolutions du Conseil de sécurité pouvant éventuellement porter atteinte à des droits de l'homme. La première a trait aux rapports hiérarchiques entre la Charte des Nations Unies (donc aussi les résolutions contraignantes du Conseil de sécurité) et un traité international qui constituerait, en partie ou en totalité, du *jus cogens*. A cet égard, une nette contradiction se fait jour dans la mesure où et la Charte (article 103) et le traité de *jus cogens*

⁶⁶ Ou encore son article 64.

⁶⁷ Outre les arrêts *Yusuf et Kadi*, cités, du Tribunal de première instance des Communautés européennes, on peut également citer la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Al-Adsani* (2001) ainsi que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans le jugement *Furundzija* (1998) de sa Chambre de première instance. En revanche, la Cour internationale de justice se montre encore hésitante à affirmer pleinement l'existence de normes impératives dans le droit international général.

revendiquent, à première vue, chacun la primauté sur l'autre. On pourra seulement noter que l'article 75 de la Convention de Vienne sur le droit des traités énonce que « les dispositions de la présente Convention sont sans effet sur les obligations qui peuvent résulter à propos d'un traité, pour un Etat agresseur, de mesures prises conformément à la Charte des Nations Unies au sujet de l'agression commise par cet Etat ». S'il est indéniable que cet article vise à régler un éventuel conflit entre la Charte et les autres traités internationaux, encore faut-il en étudier brièvement la portée. Il se peut bien, sans pourtant pouvoir se prononcer sur ce point avec une entière certitude, que les autres traités (autres que la Charte) puissent aussi être des traités comportant des normes de *jus cogens*. Là où la Convention de Vienne ne distingue pas, l'interprète ne devrait pas distinguer non plus. Cela dit, l'article 75 de la Convention prive d'effet les obligations conventionnelles uniquement dans le cas où des mesures sont prises⁶⁸ pour contrer un « Etat agresseur ». Cela signifie que la règle de l'article 75 ne joue ni lorsque le Conseil de sécurité prend des mesures en cas de « menace contre la paix » ou en cas de « rupture de la paix » ni, en tout état de cause, lorsqu'il prend des mesures non pas contre un Etat mais contre des individus qui, comme des terroristes, ne peuvent se prévaloir de la protection d'un Etat. Dans toutes ces hypothèses, de loin les plus nombreuses, les dispositions de la Convention de Vienne refont formellement jeu égal avec la Charte sauf que, bien entendu, l'article 103 de la Charte s'impose. Dans l'optique de la Convention de Vienne, seule une disposition conventionnelle de caractère *jus cogens* pourrait échapper à la suprématie de la Charte alors même que, en cas de mesures contre un « Etat agresseur », le *jus cogens*, comme toute disposition couverte par la Convention de Vienne, reculerait devant la Charte. Toutefois, l'optique de la Convention de Vienne n'est pas forcément l'optique de la Charte et il y a fort à parier que, *in fine*, la règle de l'article 103 de la Charte l'emporterait.

50. Tout autre pourrait être la situation lorsque la norme conventionnelle de droit impératif aurait été accueillie également par le droit international coutumier. Dans ce cas, comme on le sait déjà, c'est la règle *lex posterior* qui déterminera la primauté. Or, il est bien difficile de concevoir une norme de *jus cogens* qui serait uniquement de nature conventionnelle. Par excellence, bien au contraire, le droit impératif, avec la force juridique qui est la sienne, est accepté et reconnu « par la communauté internationale des Etats dans son ensemble ». Cela n'est peut-être pas la définition exacte de la norme coutumière, mais cela y ressemble fort. On peut raisonnablement dire que toute norme de *jus cogens* est une norme coutumière (et un éventuel traité ne fait donc que la codifier) mais, évidemment, toute norme coutumière n'est pas obligatoirement une norme de *jus cogens*.

51. La deuxième question posée concerne, plus concrètement, l'appartenance des règles internationales relatives à la protection des droits de l'homme au *jus cogens*. Une telle appartenance sera bénéfique à un droit de l'homme donné sous deux aspects. En premier lieu, en qualifier le respect de norme de *jus cogens* signifiera que, forcément, ce droit appartiendra au droit coutumier international, ce qui épargnera au juge une, habituellement, fort difficile recherche sur la réunion des éléments, matériel et psychologique, nécessaire pour l'établissement de la norme coutumière. En second lieu, sous un angle davantage politique que juridique, une norme de droit impératif revêtera dans la conscience du juge⁶⁹ ou, naturellement, du Conseil de sécurité lui-même un prestige auquel il ne sera pas facile de porter atteinte. Prosaïquement, cela signifie que, même si un tel droit de l'homme donné est considéré comme faisant partie d'une norme, certes, coutumière mais d'apparition antérieure à la Charte des Nations Unies, la règle *lex posterior* pourra difficilement jouer contre lui alors même que, en droit strict, la Charte (et les résolutions du Conseil de sécurité) devrait pouvoir l'emporter.

52. En l'absence d'autres solutions envisageables, c'est bien sûr à la jurisprudence internationale qu'incombera la tâche d'indiquer, sur la base de divers critères, si un droit de l'homme constitue une norme de droit impératif international. On sait que tel est le cas de l'interdiction de la torture⁷⁰. La Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a eu l'occasion

⁶⁸ Prises, visiblement, par le Conseil de sécurité.

⁶⁹ L'exemple du Tribunal de première instance des Communautés européennes dans son arrêt *Yusuif*, cité, est éloquent. Pour ce Tribunal, le *jus cogens* est « entendu comme un ordre public international qui s'impose à tous les sujets du droit international, y compris les instances de l'ONU, et auquel il est impossible de déroger » (point 277 ; c'est nous qui soulignons). Aucune explication juridique particulière n'est donnée. En revanche, le Tribunal est induit en erreur en se référant à un passage de l'avis consultatif de la Cour internationale de justice en date du 8 juillet 1996 émis dans l'affaire de la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires dans lequel la Cour parle effectivement de « principes intransgressibles du droit international coutumier » mais en limitant le respect « à tous les Etats » (Rec CIJ, p. 226, point 79), point aux « instances de l'ONU ». Cette dernière extension appartient au seul Tribunal (Rec., p. II-3267, point 282).

⁷⁰ Cf. Erika DE WET, « The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and its Implications in National and International Law », *European Journal of International Law*, 2004, pp. 97-121.

de l'affirmer dans son jugement *Furundzija* du 10 décembre 1998 (point 153)⁷¹. La Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Al-Adsani*, cité, aussi (point 61). Il est vrai qu'il y a une tendance forte de considérer que d'importants domaines du droit international humanitaire, tels que codifiés essentiellement dans les Conventions de Genève du 12 août 1949 correspondent à des normes de *jus cogens*⁷². Toutefois, il sera difficile de transposer ce mouvement au droit international des droits de l'homme en vrac, même s'il s'agit de droits civils et politiques⁷³.

53. Une des victimes de cette analyse, principalement menée par le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans son arrêt *Yusuf*, cité, est le droit de propriété. Tout en n'excluant pas d'examiner sur le fond la compatibilité des résolutions du Conseil de sécurité⁷⁴ avec le droit international des droits de l'homme qui relèverait de la catégorie des normes impératives, le Tribunal estime que le droit de propriété, auquel le gel des avoirs des requérants imposé par le Comité des sanctions porte manifestement atteinte, ne constitue pas une norme de *jus cogens*. On ne peut que d'être d'accord avec une telle appréciation. En effet, le « droit au respect de ses biens » est, certes, protégé par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme mais déjà pas par la Convention elle-même. Politiquement, cela signifie que les rédacteurs de la Convention n'étaient pas intimement convaincus de l'existence déjà d'un droit humain à la propriété privée ; juridiquement, cela signifie aussi qu'un Etat partie à la Convention peut cesser de protéger le droit au respect des biens privés en procédant à la dénonciation du protocole. Cependant, avant tout, le protocole lui-même soumet la protection de ce droit de l'homme à de multiples conditions. Plus particulièrement, sa consécration « ne porte pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général » (article 1^{er}, al. 2). L'arrêt *Yusuf* insiste, à cet égard, sur le fait que le gel des fonds des requérants est une « mesure conservatoire qui, à la différence de la confiscation, ne porte pas atteinte à la substance même du droit de propriété des intéressés sur leurs actifs financiers, mais seulement à leur utilisation » (point 299). On notera, enfin, que le droit à la propriété privée ne jouit pas d'une reconnaissance universelle. Consacré par la Convention américaine des droits de l'homme et par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, il reste inconnu, du moins en tant que tel, du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques. On est ici, décidément, fort loin d'un droit de l'homme qui correspondrait à une norme internationale de *jus cogens* même si l'arrêt *Yusuf*, imprudent sur ce point, flirte avec l'idée (sans pour autant l'affirmer de manière absolue) que le droit de ne pas être *arbitrairement* privé de sa propriété est couvert par une norme internationale impérative (point 293).

54. En poussant l'analyse le plus loin possible, l'arrêt *Yusuf* du Tribunal de Luxembourg examine aussi si le gel des fonds des requérants pouvait, du moins dans le cas des personnes physiques, mettre en cause l'interdiction de soumettre une personne à un traitement inhumain ou dégradant, interdiction qui, dans l'optique du Tribunal, correspondrait, elle, au même titre que l'interdiction de la torture, à une norme de droit impératif. L'analyse n'est pas originale. Les organes de la Convention européenne des droits de l'homme l'avaient déjà esquissée au titre de l'article 3 de la Convention européenne sans pourtant être aussi catégoriques que le Tribunal de Luxembourg en ce qui concerne les rapports entre détresse financière et traitements dégradants ou inhumains. Ainsi, par exemple, la Cour de Strasbourg a pu estimer, dans une décision *Larioshina c. Russie* (24 avril 2002 ; req. n° 56869/00), qu'un grief portant sur un montant de prestations sociales et une pension de vieillesse totalement insuffisants (« wholly insufficient ») pouvait, « en principe », soulever une question au titre de l'article 3. Le problème, on s'en doute, résidera dans la détermination concrète de cette insuffisance totale. L'on peut penser que l'être humain est en mesure d'absorber des quantités quasiment infinies de misères. Et l'on peut penser que cette jurisprudence risque de connaître peu d'applications pratiques. Plus généreux, l'arrêt *Yusuf* du Tribunal de Luxembourg estime qu'il n'y pas

⁷¹ Voir jugement *in* <http://www.un.org/icty/furundzija/trialc2/jugement/index.htm>. L'arrêt du 21 juillet 2000 de la Chambre d'appel du Tribunal, dans la même affaire, se contente, lui, d'affirmer que l'interdiction de la torture fait partie du droit coutumier international (voir arrêt *in* <http://www.un.org/icty/furundzija/appeal/jugement/index.htm>; point 111).

⁷² Voir, par exemple, sur ce point, l'avis consultatif de la Cour internationale de justice du 8 juillet 1996 dans l'affaire de la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (Rec., p. 226, point 79).

⁷³ On peut, en revanche, considérer que les droits économiques, sociaux et culturels, tels, par exemple, qu'ils sont décrits dans le Pacte correspondant des Nations Unies adopté le 16 décembre 1966 ne sont pas éligibles à une telle qualification.

⁷⁴ Il s'agit naturellement non point d'un contrôle direct mais d'un contrôle incident portant sur la compatibilité avec les droits de l'homme de caractère impératif d'un règlement du Conseil de l'Union européenne reprenant l'essentiel d'une résolution du Conseil de sécurité. Juridiquement imposée, cette distinction n'a, au fond, que peu d'impact pratique. Ce qui est en cause *in fine* est bel et bien la résolution du Conseil de sécurité (cf. point 276 de l'arrêt). Toutefois, on rappellera l'attitude, sur ce point, globalement hésitante du Tribunal.

de traitement inhumain ou dégradant aux dépens des requérants dans la mesure où, à la demande des intéressés, et sauf opposition expresse du Comité des sanctions des Nations Unies, les autorités nationales déclarent le gel des fonds inapplicable aux fonds « nécessaires à des dépenses de base, notamment celles qui sont consacrées à des vivres, des loyers, des frais médicaux, des impôts ou services collectifs ». En outre, des fonds nécessaires à n'importe quelle autre dépense extraordinaire peuvent être dégelés par les autorités nationales moyennant autorisation expresse du Comité des sanctions (point 290). Et le récent arrêt *Ayadi*, cité, d'ajouter que « le règlement attaqué et les résolutions du Conseil de sécurité que ce règlement met en oeuvre n'empêchent pas le requérant de mener une vie personnelle, familiale et sociale satisfaisante, compte tenu des circonstances » (point 126)⁷⁵. Force est de constater – pour s'en féliciter – que l'on est ici loin du standard de « wholly insufficient » de la décision *Larioshina* de la Cour européenne des droits de l'homme.

55. Outre l'atteinte portée à leur droit à la propriété, les requérants dans l'affaire *Yusuf* mettaient également en cause la violation de leur droit à être entendus avant toute prise de mesures à leur encontre (droit de défense) ainsi que la violation de leur droit à un recours juridictionnel effectif⁷⁶. Il est certain que le Comité des sanctions n'a pas entendu les requérants avant leur inscription sur la liste noire. Cette absence d'audition préalable est compensée, aux yeux du Tribunal de première instance, par l'existence d'un certain nombre de procédures ouvertes après l'infliction des sanctions dont on aura l'occasion de parler plus loin. Toutefois, le Tribunal considère, probablement à juste titre, que le droit de défense devant des organes de type administratif, à supposer qu'il constitue un véritable droit de l'homme internationalement reconnu⁷⁷, n'est, en tout état de cause, pas un droit relevant de la catégorie des normes de droit impératif (points 307 et 315). Au demeurant, le Tribunal justifie cette absence de droit de défense devant le Comité des sanctions des Nations Unies par le nécessaire effet de surprise et par le souci de confidentialité, qui seuls peuvent rendre effectives les sanctions infligées (point 308).

56. S'agissant du droit à un recours juridictionnel effectif, force est encore de constater que les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité ne confient à aucune juridiction internationale le soin de contrôler les mesures prises par le Comité des sanctions ni, *a fortiori*, par le Conseil de sécurité lui-même. Bien sûr, par définition, les personnes et entités sanctionnées requérantes dans l'affaire *Yusuf*, ont pu exercer un tel recours devant la juridiction communautaire mais l'on peut se demander si ce recours n'était pas dès l'origine un peu illusoire – et donc pas effectif. Comme le dit clairement l'arrêt, « il n'appartient pas au Tribunal de vérifier l'absence d'erreur d'appréciation des faits et des éléments de preuve que le Conseil a retenus à l'appui des mesures qu'il a prises, ni encore [sous réserve de l'atteinte portée à des normes de *jus cogens*] de contrôler indirectement l'opportunité et la proportionnalité de ces mesures. [...] Au demeurant, la question de savoir si un individu ou une organisation représente une menace pour la paix et la sécurité internationales, de même que la question de savoir quelles mesures doivent être prises à l'égard des intéressés en vue de contrer cette menace, implique une appréciation politique et des jugements de valeur qui relèvent en principe de la seule compétence de l'autorité à laquelle la communauté internationale a confié la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales » (point 339). L'impossibilité dans laquelle se trouve le Tribunal de satisfaire au droit de recours effectif des requérants est, en revanche, justifiée par l'arrêt sur la base des limitations auxquelles est généralement soumis le recours au juge dans les différents instruments internationaux et dans l'ordre juridique communautaire lui-même. Par contre, baser ces limitations sur le principe de l'immunité juridictionnelle dont bénéficient en droit international les Etats et les organisations internationales est inopportun étant donné que, dans cette affaire, n'était pas en cause l'immunité des Nations Unies en tant que telle mais juste l'applicabilité dans l'ordre communautaire d'un acte de cette organisation. De même, la référence du Tribunal à la jurisprudence *Waite et Kennedy c. Allemagne* de la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁸ peut paraître comme aberrante dans la mesure où, dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg admet l'immunité

⁷⁵ Plus amusante (ou inquiétante ?) est, en revanche, l'approbation donnée par le Tribunal dans cet arrêt à la thèse soutenue par le Conseil de l'Union européenne à l'audience, selon laquelle « le règlement attaqué et les résolutions du Conseil de sécurité que ce règlement met en œuvre n'empêchent pas en soi le requérant d'exercer une activité professionnelle salariée ou indépendante, contrairement à ce que celui-ci prétend, mais affectent essentiellement la perception des revenus d'une telle activité » (point 127). Travailler sans pouvoir disposer du fruit de son travail n'est-elle pourtant pas la définition de l'esclavage ?

⁷⁶ L'arrêt *Yusuf* examine séparément ces deux droits, mais, plus récemment, il aura eu l'occasion de constater qu'ils « sont étroitement liées » dans la mesure où « la garantie des droits de la défense contribue à assurer le bon exercice du droit à une protection juridictionnelle effective » (aff. T-228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran*, arrêt du 12 décembre 2006, non encore publié, point 89).

⁷⁷ Il est reconnu depuis déjà longtemps dans la jurisprudence communautaire, mais sa reconnaissance au niveau de la Convention européenne des droits de l'homme et d'autres instruments internationaux analogues est ambiguë.

⁷⁸ Arrêt du 18 février 1999, Rec., 1999-1.

de l'Agence spatiale européenne devant les juridictions internes de l'Allemagne justement parce que l'Agence mettait à la disposition des requérants une juridiction internationale spécifique pour tout litige les opposant à elle-même ; *quod* justement *non* dans l'affaire des sanctions infligées par le Conseil de sécurité. De même, est peu compréhensible l'affirmation de l'arrêt *Yusuf* suivant laquelle le droit du recours effectif au juge appartient à la catégorie des normes de *jus cogens*. Les exemples même que cet arrêt indique militent en sens contraire⁷⁹.

57. Plus sérieusement, l'arrêt *Yusuf* justifiera plus loin la limitation du droit des requérants à un recours juridictionnel effectif par une sorte de mise en balance de droits contradictoires. Déjà, le gouvernement britannique, intervenant dans cette affaire, a tenté d'opposer au droit au recours juridictionnel effectif des requérants le droit à la vie et à l'intégrité corporelle (et, sans doute, aussi au respect des biens) de millions de personnes victimes potentielles d'actions terroristes de par le monde. Sans aller aussi loin, l'arrêt se contente d'indiquer que « dans les circonstances de l'espèce, l'intérêt des requérants à voir leur cause entendue sur le fond par un tribunal n'est pas suffisant pour l'emporter sur l'intérêt général essentiel qu'il y a à ce que la paix et la sécurité internationales soient maintenues face à une menace clairement identifiée par le Conseil de sécurité » (point 344).

B. Contrôle de la conformité aux droits de l'homme des mesures nationales de gestion et d'élaboration des résolutions du Conseil : quelles possibilités ?

58. Quel que soit le poids des considérations sur le *jus cogens* dans la solution *Yusuf*, le recours en annulation des requérants contre le règlement du Conseil de l'Union européenne transposant une résolution du Conseil de sécurité n'a pu prospérer, entre autres, parce que la résolution du Conseil de sécurité compense, en quelque sorte, l'absence de droit à un recours effectif des personnes inscrites sur la liste noire du Comité des sanctions. Deux choses retiennent plus particulièrement l'attention du Tribunal de première instance. Tout d'abord, la résolution⁸⁰ en cause prévoit un mécanisme de réexamen périodique du régime général des sanctions mais, surtout, elle aménage une procédure permettant aux intéressés de soumettre à tout moment leur cas au Comité des sanctions.

59. Cette dernière possibilité peut paraître une acceptable compensation de l'absence du droit d'audition préalable combinée avec l'absence d'un vrai droit à un recours juridictionnel effectif. En réalité, cependant, des obstacles importants se dressent sur le chemin de la personne qui souhaite (et on la comprend ...) se faire rayer de la liste noire du Comité des sanctions. En tout premier lieu, le « recours » de la personne intéressée ne consiste point en une démarche unilatérale de sa part. Elle doit, au contraire, passer obligatoirement par le gouvernement de l'Etat dont elle possède la nationalité ou sur le territoire duquel elle réside ou a son siège social. Deuxièmement, avant que le gouvernement en question puisse saisir le Comité des sanctions, il doit entrer en consultations bilatérales avec l'Etat (ou bien les Etats), appelé « Etat identifiant », qui a proposé, sur la base d'informations qu'il possédait, l'inscription de la personne sur la liste noire du Comité des sanctions. L'important serait de pouvoir convaincre l'Etat identifiant de l'erreur commise. Toutefois, en l'absence d'une telle persuasion (et donc d'une démarche bilatérale Etat requis – Etat identifiant), l'Etat requis peut seul saisir le Comité. On s'en doute que la position de l'Etat requis sera affaiblie en cas de saisine unilatérale. Quoi qu'il en soit, néanmoins, c'est au Comité *in fine* de prendre la décision de rayer de sa liste noire une personne inscrite par erreur. Or, le Comité ne prend de telles décisions que par consensus. On sait que le consensus n'est pas tout à fait l'unanimité, laquelle implique un vote positif de tous, mais plutôt le fait de ne pas être en désaccord, ce qui signifie que l'abstention d'un ou de plusieurs des membres permet quand même la prise d'une décision. Force est cependant d'observer que, dans les deux cas, un droit d'opposition absolue, que l'on peut raisonnablement appeler un droit de veto, existe au profit de tous les membres du Comité⁸¹. On notera également que

⁷⁹ Plus généralement, certains commentateurs vont reprocher à l'arrêt *Yusuf* de confondre droits de l'homme et *jus cogens* et d'avoir une certaine tendance à considérer les premiers comme relevant en général du second (cf. Denys SIMON et Flavien MARIATTE, « Le Tribunal de première instance des Communautés : Professeur de droit international ? », *Europe*, décembre 2005, pp. 6-10, spéc. pp. 9 – 10 ; Jean –Paul JACQUE, « Le Tribunal de première instance face aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies. “Merci Monsieur le Professeur” », *L'Europe des libertés*, n° 19, 2006, pp. 2-6, spéc. pp. 5-6. On a pu voir plus haut que ces critiques ne sont pas tout à fait justifiées en dépit, il est vrai, de certaines confusions commises dans l'arrêt sous examen.

⁸⁰ A vrai dire, des directives régissant la conduite des travaux du Comité des sanctions adoptées pour la première fois en 2002 et amendées depuis.

⁸¹ Comme il a pu être observé, si l'Etat identifiant – cas le plus fréquent ... – est membre du Conseil et donc du Comité des sanctions, le fait qu'il n'a pas été persuadé par l'Etat requis signifie qu'il s'opposera au consensus nécessaire à la radiation (Jochen FROWEIN, « The UN Anti-Terrorism Administration and the Rule of Law », *Völkerrecht als Weltordnung. Festschrift für Christian TOMUSCHAT*, Kehl am Rhein, Engel Verlag, 2006, pp. 785-795, spéc. 790).

du fait que sont membres du Comité des sanctions tous les membres du Conseil de sécurité, les membres permanents de ce dernier auront forcément un ascendant non négligeable sur les dix autres qui « tournent » tous les deux ans. La « mémoire » du Comité des sanctions sont forcément les membres permanents du Conseil de sécurité, qui, ce n'est pas un hasard, disposent d'un réseau d'informations beaucoup plus important que tel ou tel membre non permanent, souvent Etat pauvre du Tiers monde sous influence politique (sinon sous pression politique, financière ou autre) de tel ou tel membre permanent. Enfin, si le Comité des sanctions n'arrive pas à dégager un consensus, la question de l'éventuelle radiation d'une personne de la liste noire du Comité pourra être déferée au Conseil de sécurité lui-même. Or, ici, les choses sont plus claires. Seuls ses cinq membres permanents disposent du droit de veto.

60. Etant donné la procédure assez particulière et maîtrisée de bout en bout par les cinq membres permanents du Conseil de sécurité, on doit décidément avoir l'optimisme du Tribunal de première instance des Communautés pour estimer que, « par l'adoption de ces directives, le Conseil de sécurité a entendu tenir compte, dans toute la mesure du possible, des droits fondamentaux des personnes inscrites sur la liste du Comité des sanctions et notamment des droits de la défense » (point 312 de l'arrêt *Yusuf*). Ajoutons que les informations qui ont permis l'inscription d'une personne sur la liste noire ne sont pas communiquées à celle-ci. On peut comprendre donc les difficultés qu'elle aura pour convaincre déjà l'Etat requis à effectuer les démarches ci-dessus décrites. Démontrer que l'on n'est pas coupable alors que l'on ne sait pas de quoi on vous rend coupable ne doit pas être évident.

61. Le Tribunal est conscient de cette défaillance majeure du système mais il considère que « le respect des droits fondamentaux des intéressés n'impose pas que les faits et éléments de preuve retenus à leur charge leur soient communiqués, dès lors que le Conseil de sécurité ou son Comité des sanctions estiment que des motifs intéressant la sûreté de la communauté internationale s'y opposent » (point 320). On retombe donc ici dans le pouvoir d'estimation discrétionnaire du Conseil de sécurité contre lequel le Tribunal ne peut – ou ne veut – rien. Pour montrer quand même la – relative – efficacité du système, l'arrêt *Yusuf* rapporte le cas de deux autres requérants initiaux contre le règlement du Conseil de l'Union européenne, qui, par l'intermédiaire du gouvernement suédois, ont pu faire entendre leur cause devant le Comité des sanctions avec ceci comme résultat qu'ils ont été radiés de la liste noire. Toutefois, on peut aussi utiliser ce « précédent » de manière inverse. Pendant un moment, des personnes innocentes ont pu faire l'objet de sanctions de la part du Comité des sanctions, ce qui signifie que les informations, on ne sait comment récoltées, mises à sa disposition, ne sont pas forcément d'une grande fiabilité et que, ceci résultant de cela, le Comité est par dessus tout tributaire des informations que certains Etats lui donnent (ou ne lui donnent pas) sans disposer de beaucoup de moyens propres et appropriés à la vérification desdites informations. Visiblement d'ailleurs aucune procédure de dédommagement n'est prévue pour un gel des fonds d'une personne, innocentée *ex post*, qui aura tout de même pu durer pendant plusieurs années.

62. En quelque sorte en désespoir de cause, le Tribunal préférera s'attaquer à un autre aspect du problème, crucial, certes, mais pas pour autant déterminant. Il s'agit de la possibilité d'un recours juridictionnel, devant le juge interne, contre un éventuel refus abusif de l'autorité nationale compétente de soumettre le cas d'une personne inscrite sur la liste noire au Comité des sanctions pour réexamen. A peine effleurée dans l'arrêt *Yusuf* (point 317), cette « trouvaille » du Tribunal revêtira une importance de tout premier plan dans ses récents arrêts *Ayadi* et *Hassan*, cités, au point d'en devenir l'apport essentiel et extrêmement novateur de cette jurisprudence.

63. Ainsi, pour le Tribunal, « les Etats membres doivent veiller, dans toute la mesure du possible, à ce que les intéressés soient mis en mesure de faire valoir utilement leur point de vue devant les autorités nationales compétentes, dans le cadre d'une demande de réexamen de leur cas. Par ailleurs, la marge d'appréciation qu'il convient de reconnaître à ces autorités, dans ce contexte, doit être exercée d'une manière qui tienne dûment compte des difficultés que peuvent avoir les intéressés à se ménager une protection effective de leurs droits, eu égard au contexte et à la nature spécifiques des mesures qui les visent » (arrêt *Ayadi*, point 147). De même, « les Etats membres ne seraient pas fondés à refuser d'engager la procédure de réexamen prévue par les directives au seul motif que les intéressés ne sont pas en mesure de fournir des informations précises et pertinentes à l'appui de leur demande, faute pour eux d'avoir pu prendre connaissance, en raison de leur caractère confidentiel, des motifs précis ayant justifié leur inclusion dans la liste litigieuse ou des éléments de preuve sur lesquels ces motifs se fondent » (arrêt *Ayadi*, point 148).

64. On notera que ce qui était normalement, dans l'esprit des directives que le Conseil de sécurité a adressées au Comité des sanctions, une *possibilité* pour les Etats de saisir ce dernier en vue du réexamen de l'inscription d'une personne sur la liste noire, devient, dans la jurisprudence *Ayadi*, une

obligation pour les Etats membres de l'Union européenne. Cette audace jurisprudentielle va assez loin dans la mesure où le Tribunal carrément la judiciarise. Aussi, « eu égard à la circonstance selon laquelle les particuliers n'ont pas le droit de se faire entendre personnellement par le Comité des sanctions, de sorte qu'ils dépendent, pour l'essentiel, de la protection diplomatique que les États accordent à leurs ressortissants, les Etats membres sont-ils tenus de faire diligence pour que le cas des intéressés soit présenté sans retard et de façon loyale et impartiale audit Comité, en vue de son réexamen, si cela apparaît objectivement justifié au regard des informations pertinentes fournies » (arrêt *Ayadi*, point 149). « Il s'ensuit que, dans le cadre d'un recours alléguant une violation, par les autorités nationales compétentes, du droit des intéressés de demander le réexamen de leur cas en vue d'obtenir leur radiation de la liste litigieuse, il appartient au juge national d'appliquer, en principe, son droit national tout en veillant à assurer la pleine efficacité du droit communautaire, ce qui peut le conduire à écarter, si besoin est, une règle nationale y faisant obstacle [...] telle une règle qui exclurait du contrôle juridictionnel le refus des autorités nationales d'agir en vue d'assurer la protection diplomatique de leurs ressortissants » (arrêt *Ayadi*, point 152).

65. Cette dernière obligation imposée au juge national – et donc aussi aux autorités administratives compétentes des Etats membres – bouleverse, de toute évidence, une branche du droit international public que l'on croyait extrêmement bien assise. Il s'agit de la simple faculté qu'ont les Etats, dans leurs relations internationales, d'élever un litige, en d'autres termes d'exercer leur protection diplomatique au profit d'un de leurs ressortissants. Suivant la classique et célèbre jurisprudence *Mavrommatis* de la Cour permanente de justice internationale, « en prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international⁸². La protection diplomatique constitue donc un droit de l'Etat et non point un droit du ressortissant, lequel ne possède qu'une faculté de la solliciter (sans oublier que la protection diplomatique pourrait aussi être mise en œuvre sans sollicitation préalable). En aucun cas, le ressortissant ne pourrait obliger son Etat national à exercer la protection diplomatique en sa faveur. La doctrine semble unanime sur ce point alors même que certains, plutôt *de lege ferenda* qu'en faisant référence à la *lex lata*, regrettent la permanence de cette façon de voir la protection diplomatique. Force est, néanmoins, de noter que l'article 1^{er} du projet d'articles sur la protection diplomatique adopté en première lecture en 2004 par la Commission du droit international prend une position analogue à celle de la jurisprudence *Mavrommatis* quant à la définition de la protection diplomatique⁸³.

66. Libre évidemment à tel ou tel Etat de s'obliger à accorder sa protection diplomatique à ses ressortissants qui la solliciteraient. Il importe, néanmoins, de remarquer que seule la Constitution de Weimar imposait une telle obligation à l'Allemagne de l'entre-deux-guerres, obligation qui, au vu des inconvénients qu'elle provoquait pour sa politique étrangère, la République fédérale n'a pas reprise dans sa Loi fondamentale actuellement en vigueur. Quant à la France, c'est de manière constante que le Conseil d'Etat rejette des recours pour excès de pouvoir contre le refus, explicite ou tacite, du gouvernement français d'exercer sa protection diplomatique au profit du requérant en considérant que la décision de l'exercer ou pas relève d'un acte discrétionnaire non susceptible d'être discuté au contentieux (acte de gouvernement)⁸⁴.

67. Un certain nombre d'inconnues pèsent actuellement sur la jurisprudence *Ayadi*. En premier lieu, on ne sait pas si le Tribunal de première instance entend généraliser son approche novatrice mentionnée ou la limiter à une seule obligation des Etats membres de l'Union européenne de provoquer le réexamen par le Comité des sanctions de l'inscription d'une personne sur la liste noire. Ce qui est certain est qu'il parle ouvertement, et à plusieurs reprises, de « protection diplomatique » en se référant, pour les besoins de la cause, à la procédure de réexamen. En deuxième lieu, cela va de soi, l'obligation qu'il tente d'imposer ne vaut que pour les Etats membres de l'Union européenne tandis qu'il y a fort à parier que le reste de la communauté internationale ne se précipitera pas à s'imposer pareille obligation. Aussi les Etats membres de l'Union risquent-ils d'être désavantagés dans leurs relations internationales par rapport à tous les autres Etats. En troisième lieu, la protection diplomatique en question est conçue par le Tribunal comme devant s'exercer non seulement au profit des ressortissants de l'Etat qui l'exerce mais aussi au profit d'étrangers ou d'apatrides. Ici encore, il est plus que discutable si le Tribunal se conforme aux standards généralement acceptés jusqu'à

⁸² *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, Grèce c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 août 1924, Série A, n° 2, p. 12.

⁸³ *Rapport de la Commission du droit international*, 57^{ème} session, New York, 2005, p. 17.

⁸⁴ Cf. Conseil d'Etat, *Geny*, arrêt du 9 juin 1952, *Recueil Lebon*, p. 19.

maintenant en la matière, tant au niveau international⁸⁵ qu'au niveau national, en dépit de la possibilité en ce sens offerte aux Etats par les directives du Conseil de sécurité. En quatrième lieu, l'on ne peut savoir si les audaces du Tribunal seront appréciées par la Cour de justice des Communautés européennes. Les requérants dans les affaires *Yusuf, Kadi, Ayadi* et *Hassan* se sont en effet pourvus devant la Cour de justice.

68. Au fond, ces constructions théoriques – aux implications pratiques difficilement calculables pour le moment – du Tribunal de première instance paraissent tout de même sympathiques dans la mesure où il s'agit de la première sérieuse tentative d'apporter une solution à un problème nouveau en matière de droits de l'homme. Quel que soit le respect que l'on doit au Conseil de sécurité (et au Comité des sanctions qui en dépend), et en dépit des doutes légitimes sur la représentativité de la communauté internationale qu'il assure de nos jours, il importe de souligner que des abus de droit peuvent lui être imputés. Si aucun moyen de contrôle extérieur n'existe, ceux-ci peuvent, au moins en théorie se multiplier. Ainsi qu'a pu le relever la Cour européenne des droits de l'homme dans un nombre important d'arrêts⁸⁶, la nécessaire lutte contre le terrorisme ne peut tout justifier et il est encourageant de constater que les critiques récurrentes de la société civile et de ses associations commencent petit à petit à être relayés par les juridictions nationales, y compris au sein d'Etats qui se veulent au premier rang de la lutte contre le terrorisme international.

69. C'est le hasard des saisines qui a voulu que le Tribunal de première instance des Communautés européennes ait à examiner de tels problèmes dans quatre arrêts en moins de deux ans. C'est peut-être une mauvaise conscience⁸⁷ au vu du peu d'impact pratique de sa jurisprudence *Yusuf et Kadi* de 2005, probablement aussi une rage d'impuissance devant ce qu'il considère comme l'intouchabilité des résolutions du Conseil de sécurité, qui ont motivé les audaces de ses arrêts de 2006⁸⁸. Audaces, pour certains⁸⁹, discutables et qui, peut-être, resteront sans lendemain. Elles pourront d'ailleurs s'avérer relativement inutiles dans la mesure où, sous l'impulsion de la délégation danoise, le Conseil de sécurité s'apprêterait à créer une instance spécifique que les personnes inscrites sur l'une des listes noires pourraient directement saisir⁹⁰.

* * *

70. Il n'empêche, un tabou quant à la possibilité des Etats de mener sans aucun contrôle leur politique extérieure semble bien être brisé. Il n'est pas impensable que d'autres juridictions internationales s'engouffrent dans cette brèche et, en premier lieu, les juridictions spécialisées dans la protection des droits de l'homme. Or, s'il s'avère délicat de mettre en cause des résolutions du Conseil de sécurité portant atteinte aux droits de l'homme, fût-ce indirectement par le biais de contrôle d'actes nationaux (ou communautaires) de mise en œuvre de celles-ci, il n'est pas impensable de porter l'attention (et le combat !) sur un autre terrain, à savoir celui de la contribution nationale à la formation des résolutions du Conseil de sécurité. Comme, derrière les institutions, il y a toujours des individus, de même, derrière le Conseil de sécurité (ou, bien entendu, derrière d'autres organes internationaux), il y a des Etats. Si les voies en aval sont étroites ou carrément obstruées, les voies en amont seront éventuellement davantage accessibles.

⁸⁵ On renvoie simplement aux jurisprudences classiques de la Cour internationale de justice *Nottebohm* (arrêt du 6 avril 1955, Rec., p. 4), en ce qui concerne la protection diplomatique au profit de personnes physiques, et à *Barcelona Traction* (arrêt du 5 février 1970, Rec., p. 3), en ce qui concerne la protection diplomatique au profit de personnes morales.

⁸⁶ Dans des affaires concernant le terrorisme de l'IRA en Irlande du Nord et celui du PKK en Turquie.

⁸⁷ Notée déjà par les premiers commentateurs (Denys SIMON et Flavien MARIATTE, « Le droit à la protection diplomatique : droit fondamental en droit communautaire ? », *Europe*, novembre 2006, pp. 4-7).

⁸⁸ En revanche, il n'aura pas de difficulté, en dépit des positions fermes du Conseil de l'Union européenne, d'annuler une décision du Conseil de 2005 mettant en œuvre un règlement de celui-ci de 2001 qui inscrivait sur une liste noire (impliquant, classiquement, le gel de ses avoirs) une organisation prétendument terroriste (*Organisation des Modjahedines du peuple iranien*, arrêt cité du 12 décembre 2006). Le gel de ses avoirs n'était pas demandé, en l'espèce, par un quelconque Comité des sanctions des Nations Unies ; il était dû à une initiative de l'Union européenne, agissant en vertu d'une résolution « vague » du Conseil de sécurité prescrivant la lutte contre le terrorisme. La différence sur ce point avec les arrêts *Yusuf, Kadi, Ayadi* et *Hassan* est explicitement mise en valeur par l'arrêt (point 100).

⁸⁹ Les auteurs mentionnés *supra* dans la note 73.

⁹⁰ Pas en avant qui ne pourrait qu'être salué, cette mesure risque néanmoins de se révéler insuffisante sur de multiples points. Pour n'en mentionner qu'un seul, elle n'aurait probablement pas une réelle indépendance par rapport au Conseil de sécurité, indépendance que seule une véritable juridiction internationale pourrait acquérir. Par ailleurs, les autres questions relatives aux droits de l'homme qui seront analysées par la suite continueraient à se poser. Une personne figurant sur une telle liste, interviewée par le *Wall Street Journal*, a qualifié ces changements de « cosmétiques » (21 décembre 2006).

71. Il est donc proposé d'exercer un contrôle sur l'activisme des Etats à l'intérieur même du Conseil de sécurité⁹¹. Le contrôle proposé ici est, en réalité, bien moins perturbateur pour le système juridique international que l'obligation d'exercice de la protection diplomatique imposé par les arrêts *Ayadi et Hassan* (mais l'audace de ces arrêts permet d'imaginer des solutions innovantes). Naturellement, les premiers concernés seront les Etats membres du Conseil, mais des Etats non-membres du Conseil pourront également avoir un rôle à jouer. En effet, selon l'article 31 de la Charte de San Francisco, « tout Etat membre qui n'est pas membre du Conseil de sécurité peut participer, sans droit de vote, à la discussion de toute question soumise au Conseil de sécurité ». L'absence du droit de vote amoindrit bien entendu la contribution d'un tel Etat à la prise de décision par le Conseil cependant qu'il n'est pas à exclure, loin s'en faut, que son influence politique (ou économique), la qualité de son argumentation, la force de conviction qu'il mettra pour chercher à empêcher l'adoption d'une résolution qu'il estime nuisible à la protection des droits de l'homme sont des facteurs que l'on ne saurait négliger. Cela dit, c'est le rôle des Etats membres du Conseil de sécurité qui s'avérera déterminant non seulement parce que seuls ceux-ci, comme il est normal, possèdent un droit de vote mais aussi parce que la participation d'un Etat non-membre aux discussions est loin d'être automatiquement acceptée. Bien au contraire, elle est soumise à l'appréciation, faite souverainement par le Conseil, suivant laquelle « les intérêts de ce membre sont particulièrement affectés » (article 31). On notera seulement qu'il y aura d'autant moins d'acceptation par le Conseil de sécurité que l'Etat non-membre du Conseil n'aura pas sollicité sa participation aux discussions. On pourra aussi noter que, devant une violation d'un droit de l'homme relevant d'une norme de *jus cogens* international (*quod* probablement *non* dans l'affaire des listes noires du Conseil de sécurité)⁹², tout Etat devait s'estimer comme « particulièrement affecté ».

72. Mettre sous contrôle l'émission du vote d'un Etat membre du Conseil de sécurité au sein de celui-ci peut, certes, choquer les adeptes les plus acharnés de la souveraineté internationale. Il est bien entendu indéniable que l'exercice de la politique étrangère relève du noyau dur de la souveraineté des Etats. Or, mettre constamment en avant le concept de souveraineté signifierait tout simplement – et logiquement – que l'idée même d'existence du droit international deviendrait impossible à défendre ; une « impossibilité logique », écrivait Georges Scelle⁹³. Il s'est trouvé des juristes, et non des moindres, pour affirmer que le terme de souveraineté « is often a catchword, a substitute for thinking and precision »⁹⁴. Sans aller jusqu'à cet extrême et étant donné que le concept de souveraineté est explicitement admis par la Charte des Nations Unies elle-même⁹⁵, force est de considérer qu'il est nécessaire de trouver un compromis entre principe de la souveraineté des Etats et existence du droit international. En écartant volontairement les théories les plus modernes sur le fondement du droit international⁹⁶, on peut déjà utilement s'appuyer sur le célèbre arrêt de la Cour permanente de justice internationale rendu dans l'affaire du navire *Lotus* (France c. Turquie). Selon cet arrêt du 7 septembre 1927, monument des concepts les plus classiques et conservateurs du droit international, « les limitations à l'indépendance des Etats ne se présument pas »⁹⁷ ; *a contrario*, on présupera que l'indépendance/souveraineté peut s'autolimiter et c'est cette autolimitation, suivant les conceptions les plus classiques, qui permet au droit international d'exister et de raisonnablement fonctionner.

73. Par principe donc, même les noyaux durs de la souveraineté des Etats peuvent être limités. Et il est bien connu que le droit international des droits de l'homme apporte à la souveraineté des limitations sévères, tantôt avec grâce, tantôt avec patience et stoïcisme, tantôt avec des grincements de dents supportées par les Etats (suivant les époques et les régions du globe). Or, il importe assez peu que la violation d'un droit de l'homme, consacré par un traité international donné, résulte d'un acte unilatéral d'un Etat ou qu'il résulte d'un acte collectif à la formation duquel l'Etat a contribué.

⁹¹ L'idée est également effleurée par Iain CAMERON, *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions*, Rapport au Conseil de l'Europe, 6 février 2006, pp. 26-27.

⁹² Mais nul ne sait de quoi demain peut être fait.

⁹³ *Précis de droit des gens : principes et systématique*, Paris, Sirey, 1932-1934, p. 13.

⁹⁴ Louis HENKIN, « International Law : Politics, Values and Functions. General Course on Public International Law », *Recueil des cours de l'Académie du droit international*, 1989/IV, vol. 216, pp. 9 - 416, spéc. p. 25). Ailleurs, le même éminent juriste américain nous révèle que « as applied to States in their external relations, sovereignty is a mistake. Sovereignty is essentially an internal concept » (« The Mythology of Sovereignty » in *Essays in Honour of Wang Tieya*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, pp. 350-358, spéc. p. 352).

⁹⁵ « L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres », nous dit l'article 2 § 1 de la Charte.

⁹⁶ On en trouvera un magistral exposé in Pierre-Marie DUPUY, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie du droit international*, 2002, tome 297.

⁹⁷ Série A, n° 10, p. 18.

Toute autre approche serait pernicieuse et, à terme, gravement nuisible à une protection effective des droits de l'homme. Le méfait que les Etats ne pourraient plus accomplir seuls, ils pourraient l'accomplir en se mettant ensemble.

74. Du moins dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, l'affaire est entendue depuis longtemps. Il s'agit tout simplement de l'application de la jurisprudence, citée, *Autriche c. Italie* de l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme ou bien de la jurisprudence, également citée, *Matthews* et *Waite et Kennedy* de la Cour européenne des droits de l'homme. Encore convient-il de noter que, dans ces affaires, la responsabilité d'un seul Etat était mise en cause pour des actes accomplis par lui au niveau international. Mais il est tout aussi concevable que la responsabilité de plusieurs Etats en même temps soit alléguée par une même requête. Les exemples, certes pas trop nombreux, ne manquent pourtant pas. Un des exemples récents et parmi les plus spectaculaires est celui de la requête *Banković et autres* contre tous les Etats membres de l'OTAN et parties à la Convention européenne des droits de l'homme. La requête n'a pu, certes, dépassé le stade de la recevabilité, mais pour des raisons tout autres que celles portant sur la pluralité des Etats parties mis en cause⁹⁸. Or, dans de telles affaires, il pourrait y avoir un véritable problème d'identification de la responsabilité de chacun des Etats mis en cause. Par exemple, dans l'affaire *Banković*, l'OTAN a refusé d'identifier la nationalité des avions qui ont participé au bombardement du bâtiment de la radio-télévision serbe à Belgrade durant la crise de printemps 1999. Force est, en revanche, de constater que de tels problèmes d'identification des responsabilités individuelles ne peuvent se poser dans le cas de l'adoption par le Conseil de sécurité de résolutions portant atteinte aux droits de l'homme. On sait très bien quelle a été la position d'un membre du Conseil de sécurité aux discussions préalables à l'adoption de la résolution (ainsi que, éventuellement, celle d'un Etat non-membre admis à y participer) et aussi, bien sûr, quel a été son vote.

75. Certains pourraient reprocher à une telle tentative de chercher à empêcher la fabrication de résolutions contraires aux droits de l'homme de n'être, au fond, qu'un avatar des tentatives, peu couronnées de succès jusqu'à maintenant et ayant, de toute façon, soulevé chaque fois nombre de réserves, de chercher à contrôler les résolutions elles-mêmes et *in fine* de carrément mettre sous tutelle le Conseil de sécurité. Il importe, néanmoins, de distinguer soigneusement entre possibilité de contrôler la résolution elle-même et possibilité de contrôler l'acte d'un Etat membre du Conseil de sécurité concourant à l'adoption d'une résolution de ce dernier. Des distinctions analogues ne sont pas rares, soit dans la jurisprudence nationale, soit dans la jurisprudence internationale. Ainsi, par exemple, si la jurisprudence du Conseil d'Etat français n'admet toujours pas qu'un recours pour excès de pouvoir puisse être formé à l'encontre d'un contrat administratif par une partie tierce dans la mesure où le contrat n'est pas un acte administratif unilatéral, elle admet déjà depuis longtemps qu'un tel recours puisse être dirigé contre l'acte unilatéral de l'autorité administrative de conclure ce contrat (avec une partie privée ou avec une autre autorité administrative)⁹⁹. De même, si la Cour de justice des Communautés européennes n'admet pas un recours en annulation dirigé contre un accord international conclu par la Communauté européenne¹⁰⁰ (ou bien par l'Euratom), elle admet, par contre, qu'un recours en annulation puisse être dirigé contre le règlement du Conseil (plus rarement, de la Commission) par le biais duquel la Communauté a conclu l'accord en question¹⁰¹. Il n'est pas exclu, au demeurant, qu'une telle annulation puisse être motivée par une violation des droits fondamentaux que l'accord entraînerait. Cela dit, la situation résultant de l'annulation de l'acte communautaire concluant au nom de la Communauté l'accord international peuvent s'avérer assez dramatiques. Dépourvu désormais de base légale, l'accord ne pourrait plus déployer ses effets juridiques à l'intérieur de la Communauté alors même que, au niveau international, cet accord, non annulable en tant que tel par la Cour de justice, continuerait à être valable. L'engagement de la responsabilité internationale de la Communauté pourrait en être le résultat final.

76. Toutefois, il convient de souligner que rien d'aussi dramatique ne se produirait au cas où la Cour européenne des droits de l'homme accepterait de contrôler le sens du vote d'un membre du Conseil de sécurité lors de l'adoption d'une résolution par hypothèse contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. Trouver que l'attitude de cet Etat fut contraire à la Convention européenne ne mettrait aucunement en péril la validité de la résolution ni sur le plan national de l'Etat en question ni, *a fortiori*, sur le plan international. Il n'y a « que » la responsabilité de l'Etat sur le terrain de la Convention européenne qui serait engagée. Match nul donc et vanité globale de la

⁹⁸ Décision du 12 décembre 2001, Rec. 2001-XII.

⁹⁹ Conseil d'Etat, *Martin*, arrêt du 4 août 1905, *Recueil Lebon*, p. 749.

¹⁰⁰ Selon l'article 230, alinéa 1 du traité instituant la Communauté européenne, seul un acte des institutions communautaires (ou, pour être plus précis, de certaines d'entre elles) peut faire l'objet d'un recours en annulation.

¹⁰¹ CJCE, *France c. Commission*, arrêt du 9 août 1994, Rec. p. I-3641.

tentative ? Dans une affaire précise, peut-être¹⁰² ; mais il ne faudrait surtout pas sous-estimer l'impact préventif d'une telle jurisprudence. Prévenir les maux sera toujours plus confortable que de chercher à les guérir après coup. On ne peut que regretter à cet égard l'absence dans la Convention européenne d'un mécanisme préventif davantage institutionnalisé, analogue à celui qui existe dans le traité instituant la Communauté européenne¹⁰³ ou bien dans la Convention américaine des droits de l'homme¹⁰⁴.

77. Encore faut-il rappeler que la situation des membres du Conseil de sécurité n'est pas la même suivant qu'ils soient membres permanents ou membres élus. Les membres élus, vu, entre autres, qu'ils sont majoritaires (dix sur quinze), jouent naturellement un rôle important dans l'adoption d'une résolution mais, en tout état de cause, ils n'auront pu, au plus, qu'avoir contribué à l'adoption d'une résolution contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. Ils n'en seront jamais responsables au premier niveau de son adoption parce que, seuls, ils n'auraient pas pu l'empêcher. Les membres élus du Conseil de sécurité parties à la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰⁵ ne seront, dans le meilleur des cas, que trois (deux au titre de l'Europe occidentale et un au titre de l'Europe de l'Est). Tout autre est la situation des membres permanents du Conseil de sécurité. Ceux-ci, on l'a déjà dit, possèdent un droit de veto qui leur permet d'empêcher l'adoption de toute résolution du Conseil de sécurité contrariant la Convention européenne des droits de l'homme. Il est heureux que trois des cinq membres permanents, à savoir la France, le Royaume-Uni et la Russie, sont liés par la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰⁶. Au vu même des amples prérogatives dont ils disposent, la position de ces Etats peut devenir particulièrement vulnérable. Si le Conseil de sécurité se permet de violer, dans un cas précis, les droits humains garantis par la Convention européenne, c'est parce que l'un ou l'autre de ces trois Etats l'aura explicitement (par son vote positif) ou implicitement (par son abstention) permis.

78. La vulnérabilité des membres permanents du Conseil de sécurité, proportionnelle à l'importance de leurs prérogatives, n'a pas échappé à la sagacité des rédacteurs de certains traités internationaux. Ainsi, l'article 19 § 2 al. 2 du traité sur l'Union européenne se réfère aux Etats membres de l'Union qui sont également membres du Conseil de sécurité mais il établit une distinction entre membres élus et membres permanents. Tous, certes, « se concerteront et rendront les autres Etats membres pleinement informés » mais seuls¹⁰⁷ les membres permanents du Conseil de sécurité, à savoir la France et le Royaume-Uni, « veilleront, dans l'exercice de leurs fonctions, à défendre les positions et les intérêts de l'Union, sans préjudice des responsabilités qui leur incombent en vertu des dispositions de la Charte des Nations Unies » et il va de soi que, parmi les « positions de l'Union », figure celle, inscrite dans le traité sur l'Union, garantissant les droits fondamentaux¹⁰⁸. La formule de l'article 19 § 2

¹⁰² Même si le requérant victime de l'attitude de l'Etat partie à la Convention et membre du Conseil de sécurité pouvait, le cas échéant, se voir accorder une satisfaction équitable suivant les termes de l'article 41 de la Convention.

¹⁰³ L'article 300 § 6 CE permet à un Etat membre ou à certaines institutions de demander à la Cour de justice un avis sur la compatibilité avec le traité CE d'un accord international projeté, y compris, bien évidemment, avec les principes généraux du droit communautaire qui obligent les institutions à ne pas contrarier les droits fondamentaux de la personne.

¹⁰⁴ « Sur la demande de tout Etat membre de l'Organisation [des Etats américains], la Cour pourra émettre un avis sur la compatibilité de l'une quelconque des lois dudit Etat avec les instruments internationaux précisés », à savoir la Convention elle-même et « tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans les Etats américains » (article 64). Le terme « lois » inclut aussi la conclusion d'accords internationaux par l'Etat américain. On ne peut exclure *a priori* la recevabilité de la demande d'avis portant sur le vote que l'Etat américain s'apprêterait à émettre au sein du Conseil de sécurité.

¹⁰⁵ Cela dit, on peut appeler de ses vœux un contrôle analogue de la part de la Cour interaméricaine des droits de l'homme tout comme de la part de la toute récente Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, contrôle qui pourrait être exercé sur la plupart des autres Etats membres élus du Conseil de sécurité.

¹⁰⁶ En revanche, les deux autres, les Etats-Unis d'Amérique et la Chine, ne sont liés par aucun mécanisme international pouvant, sur requête individuelle ou étatique, mettre en cause leur responsabilité. Certes, les Etats-Unis d'Amérique peuvent subir un contrôle de la part de la Commission interaméricaine des droits de l'homme sur le terrain de la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme de 1948 mais ce contrôle ne peut jamais aboutir à une condamnation d'un Etat.

¹⁰⁷ Ce qui peut laisser quelque peu pantois. On pourra néanmoins évoquer utilement l'article 19 § 1 al. 1 du traité sur l'Union, selon lequel « les Etats membres coordonnent leur action au sein des organisations internationales et lors des conférences internationales. Ils défendent dans ces enceintes les positions communes ».

¹⁰⁸ « L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres » (article 6 § 1). « L'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire » (article 6 § 2).

al. 2 du traité est, toutefois, assez ambiguë, ce qui en rend l'interprétation malaisée. Aussi, il est difficile de savoir si le verbe « veilleront »¹⁰⁹ implique pour les Etats concernés une obligation de comportement (chercher à ce que les positions de l'Union sur les droits de l'homme se reflètent dans la future résolution du Conseil de sécurité) ou carrément une obligation de résultat (faire en sorte que, grâce à leur droit de veto, une résolution contrariant ces positions de l'Union ne puisse être adoptée). Tout aussi ambiguë est l'expression « sans préjudice des responsabilités qui leur incombent en vertu des dispositions de la Charte des Nations Unies ». Est-ce que leur qualité de membres permanents d'un organe voué au maintien de la paix et, dans cette optique, voué aussi à la lutte contre le terrorisme international, justifierait que ces Etats donnent la primauté à cet impératif plutôt qu'à celui de la défense des droits fondamentaux ?

79. Cela dit, même si la disposition examinée du traité sur l'Union pouvait être interprétée comme affranchissant la France et le Royaume-Uni d'un certain nombre d'obligations imposées par la Convention européenne des droits de l'homme et les « traditions constitutionnelles communes » en matière de droits fondamentaux, cette limitation de leurs obligations n'aurait toujours de validité que dans le cadre juridique de l'Union européenne. Il n'y a pas dans la Convention européenne des droits de l'homme elle-même ni d'ailleurs dans le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques de dispositions analogues à celle de l'article 19 § 2 al. 2 du traité sur l'Union. Et l'on répétera qu'il suffira d'un acte positif de l'un ou de l'autre de ces deux Etats (voter contre le projet de résolution contraire aux droits de l'homme)¹¹⁰ pour que la résolution ne soit pas adoptée.

80. Il reste, néanmoins, à examiner un dernier obstacle susceptible d'empêcher la mise en cause, sur le terrain de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹¹, la France, le Royaume-Uni ou la Russie (éventuellement aussi les autres parties à la Convention en leur qualité de membres élus du Conseil de sécurité) pour leur manque de diligence d'empêcher l'adoption d'une résolution contraire à la Convention. Il s'agit tout simplement de la difficulté, pour employer la terminologie du droit administratif français, de « lier le contentieux ». En d'autres termes, sur quelle base pourrait-elle prospérer une requête alléguant la violation de la Convention par un Etat partie du fait de sa non-opposition (ou, à plus fort titre, du fait de son vote favorable) à l'adoption d'une résolution du Conseil de sécurité violant la Convention ?

81. Très probablement, dans le cas du gel des fonds d'une personne physique ou morale comme conséquence de son inscription sur la liste noire des personnes soupçonnées de complicité avec des réseaux terroristes, le droit de l'homme qui risquerait par excellence d'être violé serait le droit à la protection de la propriété (article 1^{er} du protocole additionnel de 1952). Il n'y aurait pas de difficulté majeure pour considérer que l'Etat membre (surtout s'il est permanent) du Conseil de sécurité viole ce droit lorsque la personne inscrite sur la liste noire possède la nationalité de cet Etat ou y réside ou y possède son siège social. Toutefois, au cas où cette condition ne serait pas réunie, il n'y aurait pas de difficulté substantielle non plus pour estimer que le contentieux est lié en considération du fait que la personne affectée dans son droit au respect de ses biens se place ainsi sous la juridiction de l'Etat partie au sens que ce terme revêt dans l'article 1^{er} de la Convention. Selon une jurisprudence constante des organes de la Convention, la violation de celle-ci peut être constituée par des actes attribuables à l'Etat même s'ils sont accomplis en dehors du territoire national de celui-ci. Par ailleurs, le lien de nationalité ou de résidence n'a pas beaucoup de sens en matière d'attribution de la qualité de « victime » au sens de l'article 34 de la Convention. Naturellement, risque peu de pouvoir être considérée comme « victime » une personne qui se contenterait d'estimer que telle résolution du Conseil de sécurité créant des listes noires et gelant des fonds de soupçonnés terroristes serait contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. Selon une autre jurisprudence constante, le requérant n'est « victime » que lorsqu'il est individuellement concerné par la mesure prise. En d'autres termes, ce n'est pas l'adoption d'une telle résolution par le Conseil de sécurité qui peut intéresser la Cour européenne des droits de l'homme mais une mesure concrète d'inscrire sur une liste noire, créée par la résolution, le nom du requérant. Certes, cette alimentation en noms de « terroristes » des listes noires n'est pas l'œuvre directe du Conseil de sécurité mais celle du Comité des sanctions, mais on a déjà suffisamment exposé les liens étroits entre Conseil et Comité. Quoi qu'il en soit, et même si l'on ne devait pas se faire d'illusions sur l'éventualité de son introduction, une

¹⁰⁹ D'ailleurs, il semble y avoir un certain flottement dans les différentes versions linguistiques du traité. Il y a tout de même quelques nuances entre « veilleront » et « werden sich einsetzen », d'une part, et « will ensure », « assicureranno » et « asegurarán », d'autre part.

¹¹⁰ En revanche, la seule abstention d'un membre permanent du Conseil de sécurité n'empêche pas, suivant la jurisprudence de la Cour internationale de justice (quoique contrairement à la lettre de l'article 27 § 2 de la Charte), l'adoption d'une résolution par le Conseil de sécurité.

¹¹¹ *Mutatis mutandis*, la solution peut être analogue s'agissant du Pacte sur les droits civils et politiques, instrument qui lie (ainsi que le protocole facultatif de 1966) aussi bien la France, le Royaume-Uni et la Russie que la quasi-totalité des autres membres du Conseil de l'Europe.

requête étatique faciliterait de beaucoup l'affirmation de la compétence de la Cour étant donné que la condition de « victime » n'est pas nécessaire, est même dépourvue de tous sens dans ce cas. Un Etat requérant est censé œuvrer pour la protection des droits de l'homme en tant que conscience de l'Europe¹¹².

82. Reste, enfin, le problème du fond. Comme on l'a déjà vu, le droit au respect de ses biens n'est pas un droit absolu (et ne relève naturellement pas du *jus cogens*). La consécration de ce droit par le protocole de 1952 ne porte pas atteinte « au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois¹¹³ qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général » (article 1^{er} al. 2). Il est à considérer que la nécessaire lutte contre les réseaux terroristes et leur financement constitue un tel « intérêt général ». Dans un premier temps, la disposition examinée a pu être considérée comme une sorte de quitus donné aux Etats, position qui pouvait néanmoins amener à de sérieux abus. En dépit donc de certaines hésitations initiales, la Cour européenne des droits de l'homme a fini par étendre son contrôle de proportionnalité à l'hypothèse de la réglementation de l'usage des biens, tout comme elle le pratiquait depuis longtemps dans l'hypothèse d'une privation de la propriété¹¹⁴. L'appréciation de l'équilibre qui préside à toute idée de proportionnalité « prend évidemment en compte les conditions de dédommagement, le droit à l'indemnité étant un élément constitutif du droit de propriété¹¹⁵ ». Or, comme on l'a vu, la radiation d'une personne des listes noires du Comité des sanctions des Nations Unies, sur l'initiative d'un Etat et, visiblement, parce que le Comité est convaincu de son erreur initiale lors de cette inscription, ne semble emporter aucun droit à dédommagement, ce qui est la négation de tout droit à la propriété privée. On est ici proche de la privation et non plus de la simple « réglementation d'usage » des biens dans la mesure où il est pratiquement sûr qu'une partie des fonds gelés auraient pu être placée et rapporter donc des intérêts. Lesdits intérêts, qui devront pouvoir être considérés comme « biens » au sens de l'article 1^{er} du protocole auront fait purement et simplement l'objet d'une « privation », point d'une « réglementation d'usage ».

83. On a déjà noté par ailleurs que la confidentialité des informations permettant d'estimer qu'une personne est proche de réseaux terroristes empêche singulièrement la personne de défendre dans de bonnes conditions son éventuelle innocence. Or, le gel des fonds des personnes inscrites sur les listes noires pouvant être considérée comme une sorte de sanction pénale, l'article 6 pourrait éventuellement être considéré comme applicable¹¹⁶. A défaut, la voie devrait rester ouverte pour l'application de l'article 13 de la Convention prescrivant le droit à un recours juridictionnel effectif *quod non* étant donné les conditions et d'inscription et de radiation des listes noires.

84. Cela dit, il n'est pas à exclure que la Cour européenne des droits de l'homme finisse par ne point déceler une réelle violation de tel ou tel article de la Convention ou de ses protocoles additionnels, étant donné que, contrairement, par exemple, au droit à ne pas être victime de traitements inhumains, les droits dont la violation pourraient être alléguée par les personnes inscrites sur les listes noires du Comité des sanctions ne sont ni des droits indérogeables ni des droits absolus. L'important serait, par contre, du moins dans un premier temps, que la Cour accepte d'examiner de telles requêtes sur le fond. Son immixtion dans ce que certains Etats, et notamment les membres permanents du Conseil de sécurité, ont tendance à considérer comme leur domaine réservé, aurait déjà des conséquences positives considérables. Du moins ces Etats clefs pour le système redoubleraient d'attention.

85. Par ailleurs, à défaut de requête ou bien à défaut pour la Cour de pouvoir, savoir ou vouloir traiter le genre de requêtes dont il est ici question, d'autres instances du Conseil de l'Europe

¹¹² On aimerait que de tels Etats existassent...

¹¹³ Le terme de « lois » mérite d'être interprété au sens le plus large. Ainsi, la réglementation de l'usage d'un bien par le biais d'une convention internationale ou par une résolution du Conseil de sécurité à laquelle un Etat membre permanent n'aurait pas objecté peut constituer une « loi ».

¹¹⁴ Cf. *Immobiliare Saffi c. Italie*, arrêt du 29 juillet 1999, Rec. 1999-V, point 49.

¹¹⁵ Ainsi Frédéric SUDRE (*Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2003, p. 456, n° 263) en se référant à la jurisprudence *James c. Royaume-Uni* de la Cour (arrêt du 21 février 1986, série A, n° 98).

¹¹⁶ En ce sens Iain CAMERON, *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions*, Rapport au Conseil de l'Europe, 6 février 2006, p. 10. En ce sens aussi Thomas BIERSTECKER et Sue ECKERT, *Strengthening Targeted Sanctions Through Clear and Fair Procedures*, White Paper prepared by the Watson Institute Targeted Sanctions Project, Brown University, Providence (Rhode Island), 30 mars 2006, p. 12 qui ajoutent que l'accusation de complicité avec une entreprise terroriste souligne ultérieurement l'aspect pénal de l'inscription sur une liste noire. Voir aussi sur cette problématique Bardo FASSBENDER, *Targeted Sanctions and Due Process*, étude commanditée par le Bureau des affaires juridiques des Nations Unies, 20 mars 2006.

pourraient utilement prendre le relais. On pense tout d'abord au Secrétaire général du Conseil de l'Europe qui, selon l'article 52 de la Convention, peut requérir des « explications » sur la manière dont le droit interne d'un Etat partie « assure l'application effective de toutes les dispositions de cette Convention ». Le terme « droit interne » qu'utilise cet article ne doit pas intimider. Relève, comme on l'a dit, de l'ordre interne la décision d'un Etat partie / membre du Conseil de sécurité d'adopter ou, de toute façon, de ne pas s'opposer à l'adoption d'une résolution du Conseil de sécurité mettant en péril l'application de la Convention. Il serait grand temps de prendre conscience du fait que, dans le monde d'aujourd'hui, on ne peut se contenter d'extraire la politique étrangère des Etats parties du champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme. On n'oubliera pas non plus le rôle politique du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe ni d'ailleurs son rôle juridique en cas d'entrée en vigueur du protocole n° 14 (article 13 ajoutant un nouveau paragraphe à l'article 36 de la Convention).

86. Toutefois, c'est bien, dans un premier temps, le rôle de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, qui peut s'avérer, à la fois, primordial et urgent. Organe indépendant des gouvernements, organe émanant directement des 800 millions de citoyens du Conseil de l'Europe, c'est à elle de prendre de – forcément courageuses – initiatives afin de mieux enraciner la protection des droits de l'homme au sein du Conseil de sécurité. Politiquement, elle peut s'en prendre directement et à loisir aux résolutions du Conseil qu'elle jugerait contraires aux droits de l'homme. Politiquement et juridiquement, sa pression sur les Etats responsables de l'élaboration des résolutions du Conseil peut avoir des effets encore plus directs et immédiats.

Décembre 2006