

# L'AMÉNAGEMENT DES DROITS DE L'HOMME OUTRE-MER : LA CLAUSE DES « NÉCESSITÉS LOCALES » DE LA CONVENTION EUROPÉENNE

PAR

Syméon KARAGIANNIS

MAÎTRE DE CONFÉRENCES  
À L'UNIVERSITÉ DE LILLE II  
(GERAP)

## SOMMAIRE

### PREMIÈRE PARTIE. — L'APPLICATION IMPARFAITE DE LA CONVENTION OUTRE-MER

- § 1<sup>er</sup>. *L'extension de l'application de la Convention aux territoires d'outre-mer*
- I. Une application territorialement limitée
  - II. Une application soumise à des conditions de forme
    - A. La notification déclarant la Convention applicable
      - a) Une notification expresse
      - b) Entrée en vigueur de la Convention dans les territoires d'outre-mer
      - c) Fin de l'application de la Convention dans les territoires d'outre-mer
    - B. Les notifications concernant les requêtes individuelles et la juridiction obligatoire de la Cour
- § 2. *Nature juridique et portée de la clause des « nécessités locales »*
- I. La nature juridique de la clause
  - II. Le concept des « nécessités locales »
    - A. Un concept difficilement saisissable
      - a) Distinction du concept des « nécessités locales » d'autres concepts voisins
      - b) La preuve des « nécessités locales »
    - B. Un concept dont l'action reste incertaine
      - a) Le domaine des « nécessités locales »
      - b) La fonction des « nécessités locales »

### DEUXIÈME PARTIE. — LA LÉGALITÉ DE LA CLAUSE DES « NÉCESSITÉS LOCALES »

- § 1<sup>er</sup>. *La légalité interne des « nécessités locales »*
- I. Compatibilité des « nécessités locales » avec les autres dispositions de la Convention
    - A. Des rapports hiérarchiques entre les dispositions de la Convention ?
    - B. Les limites à l'action des « nécessités locales »

- II. « Nécessités locales » outre-mer et en métropole
  - A. Le cas des immigrés en métropole
  - B. La prise en compte des « nécessités locales » en métropole

§ 2. *La légalité externe des « nécessités locales »*

- I. Comparaison avec d'autres instruments régionaux de protection des droits de l'homme
- II. Compatibilité avec les instruments à vocation universelle
  - A. Égalité et non-discrimination
  - B. Protection des groupes et discrimination vis-à-vis de leurs membres dans les instruments internationaux

« Appliquer mécaniquement un même traitement à des situations différentes serait aussi injuste qu'appliquer un traitement différent à des situations semblables. »

(Juge TANAKA, op. diss., « *Sud-Ouest africain* », C.I.J., *Rec.*, 1966, p. 305)

Dans une conférence donnée il y a quelques années à l'Université de Nice (1), M. Louis Pettiti attirait l'attention de son auditoire sur le fait que la Cour et la Commission européennes des Droits de l'Homme risquaient, dans un avenir relativement proche, de se voir submerger de requêtes relatives aux droits des minorités. Sa prévision était notamment fondée sur le fait que la Turquie et la Grèce avaient enfin accepté la compétence de la Commission pour connaître des requêtes individuelles et que les pays de l'Est européen avaient déjà commencé, à l'époque, à frapper à la porte du Conseil de l'Europe. Après donc les minorités sociales (soldats, détenus, vagabonds, homosexuels, transsexuels...), le tour des minorités nationales serait-il venu ?

Le juge français à la Cour européenne des Droits de l'Homme ne pouvait pourtant ignorer la faible importance que la Convention européenne des Droits de l'Homme attache au problème des minorités. Son article 14 (2), invoqué tout de même dans l'écrasante majorité des requêtes dont est saisie la Commission, ne prévoit, à la charge des États, que de simples obligations de non-discrimination au profit des personnes appartenant à des minorités nationales.

Cette très classique « obligation négative » à la charge des États parties à la Convention de Rome a pourtant été dès le début considérée comme

(1) Conférence donnée le 5 décembre 1990. Elle avait comme titre : *La Commission et la Cour européennes des Droits de l'Homme*.

(2) L'article 14 de la Convention énonce : « *La jouissance des droits et libertés reconnues dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

insuffisante au sein de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Cet organe s'est notamment satisfait en 1950 de l'article 14 contre une promesse de réexamen des droits des minorités. Comme le Comité des Ministres ne s'empressait pas de (r)ouvrir la question des minorités, l'Assemblée a multiplié vers la fin des années 50 et le début des années 60 les rapports, résolutions, recommandations et autres pressions sur le Comité des Ministres afin que le Conseil de l'Europe procède à une protection plus globale des minorités (3). Le Comité est pourtant resté fidèle pendant une très longue période à la conception individualiste des droits de l'homme et ce ne sont que les récents « événements » en Europe centrale et orientale qui ont commencé à l'ébranler dans ses convictions. L'entrée en masse d'États anciennement socialistes provenant de cette région du continent n'est de toute évidence pas étrangère à une sensibilisation croissante de l'organisation de Strasbourg aux besoins spécifiques des minorités.

L'ancien dilemme : protocole additionnel à la Convention ou convention séparée sur les minorités a, semble-t-il, été réglé de manière radicale. Et protocole additionnel et convention(s) séparée(s). Comme on pouvait s'y attendre, techniquement et surtout politiquement, il était beaucoup plus facile d'adopter une convention séparée. C'est chose faite actuellement avec la signature, le 5 novembre 1992, de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Certes, cette convention est caractérisée par une approche sectorielle du problème des minorités, mais il faut bien reconnaître que les revendications linguistiques comptent traditionnellement parmi les revendications les plus pressantes des minorités. Dépourvue du mécanisme de contrôle efficace de la Convention européenne des droits de l'homme, la Charte de 1992 risque néanmoins de décevoir les minorités les plus faibles (4).

Aussi les efforts les plus récents portent-ils sur l'élaboration d'un protocole additionnel à la Convention de Rome, de manière à ce que les minorités puissent profiter du mécanisme conventionnel. C'est ainsi que l'Assemblée parlementaire a adopté le 1<sup>er</sup> février 1993, à une grande majorité, un projet additionnel sur les droits des minorités.

En attendant l'éventuelle adoption de ce protocole par le Comité des Ministres (5), le système de la Convention européenne des droits de l'homme

(3) Voir en la matière les chroniques de Heribert GOLSONG, « Minderheitenrechte im Rahmen des Europarats » (*Europa-Archiv*, 1960, pp. 85-92) et de Bruno MAVER, « Il problema delle minoranze nazionali al Consiglio d'Europa » (*Rivista di diritto europeo*, 1962, pp. 261-278). Voir aussi pour d'autres références Heinrich KLEBES, « Projet de protocole additionnel à la C.E.D.H. sur les droits des minorités », in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1993, pp. 184-189.

(4) Voir Peter KOVACS, « La protection des langues des minorités ou une nouvelle approche de la pratique des minorités ? » (*R.G.D.I.P.*, 1993, pp. 411-418).

(5) Or, rien ne montre que cela sera facile. Cf. KLEBES, *op. cit.*, p. 189. Voir aussi la déclaration de Vienne sur les minorités nationales adoptée le 9 octobre 1993 par les chefs d'État et de gouvernement des 32 États membres du Conseil de l'Europe in *Revue universelle des droits de l'homme*, 199, pp. 294-295. Cette déclaration, si elle constitue un pas en avant, est très en retrait par rapport aux souhaits de l'Assemblée.

ne semble pas *a priori* susceptible de soutenir les droits collectifs des personnes appartenant à des minorités. Outre que la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour européennes des droits de l'homme confèrent un caractère subsidiaire à l'article 14 de la Convention (6), seul article pourtant à mentionner les minorités nationales, la Commission a pu énoncer clairement le caractère d'obligation « négative » de l'article 14. Elle a notamment « fait remarquer que la Convention ne garantit pas de droits spécifiques aux minorités » (7).

D'autres requérants ont tenté de faire indirectement admettre plus particulièrement les droits linguistiques des minorités. Ce fut toujours l'échec que les requérants aient utilisé à cette fin l'article 10 relatif à la liberté d'expression (8), les articles 6 § 1 et 6 § 3d relatifs à la procédure pénale (9), l'article 2 du Protocole de 1952 relatif au droit à l'instruction (10) ou, plus paradoxalement l'article 3 du Protocole de 1952 relatif à la participation aux élections (11).

Il semble néanmoins qu'il a largement échappé à la doctrine que les pères fondateurs se sont dès le début montrés conscients de l'existence de civilisations et de modes de vie qui, pour s'écarter du consensus esquissé en 1950, n'en avaient pas moins le droit au respect. Pour la plupart, ces « civilisations dissidentes » se situaient en dehors du territoire métropolitain européen et posaient ou plutôt perpétuaient, au travers de la Convention de Rome, le problème des colonies. Les colonies, ou ce qu'il en reste, ainsi que certains territoires européens qui leur sont assimilés continuent bien entendu à être régis par la disposition « coloniale » de la Convention européenne, à savoir par son article 63 qui fait l'objet de la présente étude. Des quatre paragraphes que compte cet article un seul néanmoins, sur lequel nous allons progressivement concentrer notre attention, contient une disposition de fond. L'article 63 § 3 énonce :

« Dans lesdits territoires les dispositions de la présente Convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales. »

(6) Cette politique jurisprudentielle est déjà fort ancienne. Voir à ce sujet : M.-A. EISSEN, « L'autonomie de l'article 14 de la C.E.D.H. dans la jurisprudence de la Commission » (*Mél. Modinos*, Paris, Pedone, 1968, pp. 122-145). Il faut signaler que la lettre même de l'article 14 ne laisse aucune marge de manœuvre aux organes de contrôle. Voir pour un contre-exemple l'article 26 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques.

(7) *G... et E... c. Norvège*, décision du 3 octobre 1983, *Décisions et rapports*, vol. 35, p. 30.

(8) *X... c. Irlande*, décision du 13 juillet 1970, *Recueil des décisions*, vol. 35, p. 137.

(9) *Jean-François Bideault c. France* (6 octobre 1986 ; *Décisions et rapports*, vol. 48, p. 232). András Baka croit en revanche que les articles 5 § 2 et 6 §§ 3a et 3° sont susceptibles d'appuyer des revendications minoritaires (« The Convention and the Protection of Minorities under International Law », in MACDONALD-MATSCHER-PETZOLD, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1993, pp. 875-888, en particulier p. 883).

(10) Arrêt du 23 juillet 1968 relatif à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, Série A, N° 6.

(11) *Fryske Nasjonale Partij c. Pays-Bas*, décision du 12 décembre 1985, *Décisions et rapports*, vol. 45, p. 240 ; également arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* du 2 mars 1987 (Série A, N° 113).



Cette disposition fait de prime abord subir une entorse aux droits de l'homme protégés par la Convention, quand il y va de son application outre-mer. Cet « aménagement » des droits de l'homme, dont la « légalité » et la légitimité peuvent par ailleurs être discutées, contribue, quant au fond, à la préservation des civilisations minoritaires, un droit collectif, qu'on le regrette ou non, ne pouvant être protégé qu'en rognant sur les droits individuels (12).

Dans cette optique, l'article 14 ne saurait être considéré comme le seul article de la Convention qui puisse avoir des incidences sur le statut des minorités nationales. L'article 63 autorisant certaines restrictions aux droits des personnes appartenant à certaines minorités nationales semble aller à l'encontre du principe de non-discrimination consacré dans l'article 14. L'application territoriale de l'article 63 (première partie) ainsi que la compatibilité de ses dispositions avec le droit international général (deuxième partie) vont faire l'objet de la présente étude.

#### PREMIÈRE PARTIE. — L'APPLICATION IMPARFAITE DE LA CONVENTION OUTRE-MER

L'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme dans les territoires d'outre-mer (13) est imparfaite à un double point de vue. Premièrement, à l'instar d'ailleurs d'autres Conventions du Conseil de l'Europe, elle ne s'applique à ces territoires que moyennant une déclaration expresse (14) de l'État contractant qui assure les relations internationales d'un territoire d'outre-mer et, deuxièmement, elle ne s'applique pas nécessairement dans son intégralité.

(12) Cf. Guy HAARSCHER, « Les droits collectifs contre les droits de l'homme » (*Revue trimes-trielle des droits de l'homme*, 1990, pp. 231-234) ; Peter JUVILER, « Are Collective Rights Anti-Human ? » (*Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1993, pp. 267-282). Dans une critique plus radicale du communautarisme, Rhoda E. HOWARD va jusqu'à y déceler les racines et les références culturelles du fascisme (« Cultural Absolutism and the Nostalgia for Community », in *Human Rights Quarterly*, 1993, pp. 315-338). *Contra*, mais de manière peut-être un peu trop optimiste, l'article 12 § 1 du projet de protocole additionnel à la C.E.D.H. portant sur les droits des minorités adopté par l'Assemblée parlementaire le 1<sup>er</sup> février 1993. Frédéric SUDRE établit une distinction entre droits collectifs et droits des collectivités (*Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1989, p. 122). Seuls les seconds seraient concernés par le présent article, mais nous entendons rester fidèles à la terminologie traditionnelle de « droits collectifs ».

(13) On parlera dans cet article indifféremment de colonies, de possessions ou bien de territoires d'outre-mer. Cette dernière expression ne saurait être systématiquement confondue avec les territoires d'outre-mer (T.O.M.) de la Constitution française. Chaque fois que nous nous référons aux T.O.M. français, cela devient clair du texte ou bien du contexte.

(14) L'article 63 § 1 de la Convention a la teneur suivante : « Tout État peut, au moment de la ratification ou à tout autre moment par la suite, déclarer, par notification adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, que la présente Convention s'appliquera à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales ».

§ 1<sup>er</sup>. — *L'extension de l'application de la Convention  
aux territoires d'outre-mer*

La clause des nécessités locales est applicable dans les seuls territoires auxquels les États contractants assurant les relations internationales desdits territoires décident d'étendre l'application de la Convention. Il y a donc lieu d'examiner la question sous un double aspect : l'aspect décisionnel ou subjectif, certes (II), mais d'abord l'aspect territorial ou objectif (I).

I. *Une application territorialement limitée*

L'article 63 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme parle de « *territoires dont il [l'État partie à la Convention] assure les relations internationales* ». La même formule se retrouve dans l'article 4 du Protocole N° 1 et dans l'article 5 du Protocole N° 4. Le Protocole N° 6 (article 5) et le Protocole N° 7 (article 6) se contentent en revanche du terme « *territoires auxquels s'appliquera le présent Protocole* », sans autre précision concernant les rapports entre l'État contractant et le(s) territoire(s) en question. On aura néanmoins du mal à voir dans les « *territoires* » des Protocoles N° 6 et N° 7 autre chose que les « *territoires dont l'État partie à la Convention assure les relations internationales* » (15).

Quoi qu'il en soit, cette dernière formule ne brille pas par sa clarté. Eu égard aux travaux préparatoires, elle est censée se référer aux territoires coloniaux ou, plus généralement, aux territoires d'outre-mer, que possédaient encore en 1950 plusieurs États européens membres du Conseil de l'Europe (Belgique, Danemark, France, Italie, Pays-Bas, Royaume-Uni). La formule de l'article 63 § 1 n'est donc que la forme édulcorée de la vieille « *clause coloniale* » (16) qui permettait à la métropole d'exclure telle ou telle colonie des bénéfices (ou, en revanche, des charges) qu'impliquait un traité par elle conclu.

L'expression « *assurer les relations internationales d'un territoire* », en tant qu'elle remplace la vieille « *clause coloniale* » (17), est pourtant trop pudique

(15) Les rapports explicatifs de ces Protocoles font du reste explicitement référence à l'article 63 de la Convention.

(16) On rappellera toutefois l'article 29 (« *Application territoriale des traités* ») de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités qui dispose : « *A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire* ». Cette disposition établissant une sorte de présomption en faveur de l'application des traités sur l'ensemble du territoire étatique laisse paraître la disposition de l'article 63 § 1 de la Convention de Rome comme une exception à la règle ou encore comme une espèce d'anachronisme. Voir pour une brève discussion sur ce point Pierre GONDECO, « Les D.O.M. et les T.O.M. devant la Commission » (*Revue des droits de l'homme*, 1970, pp. 670-680).

(17) Karl-Joseph PARTSCH, *Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention* (Berlin, Duncker & Humblot, 1966, p. 57) prend bien soin de distinguer la clause de l'article 63 de la clause coloniale ; Heinz GURADZE par contre la qualifie expressément de clause coloniale (*Die europäische Menschenrechtskonvention*, Berlin, Frankfurt am Mein, Verlag Franz Vehlen, 1968, p. 253).

et, peut-être à cause de cela, caractérisée par une trop grande ambiguïté. Tandis que la « clause coloniale » couvrirait tant bien que mal une réalité historique, économique et sociale tangible, la formule de l'article 63 § 1 semble couvrir une réalité bien plus vaste que celle de la « clause coloniale ». Ajoutons à cela qu'il n'y a plus de nos jours d'empires coloniaux au sens que ces termes revêtaient encore à l'époque de la signature de la Convention de Rome et la confusion devient inévitable.

C'est que l'expression « *assurer les relations internationales d'un territoire* » ne semble pas, du point de vue de la logique, connaître des limites. Le gouvernement du Royaume-Uni n'assure pas seulement les relations internationales des Iles Vierges britanniques et de Hong Kong, mais aussi du pays de Galles et de Kent ! (18) Ne pas poser des limites à l'article 63 § 1 aboutirait manifestement à des résultats absurdes. Or, la formule lapidaire de cet article, n'étant pas susceptible de fournir des indices utiles, il conviendrait, de prime abord, de nous référer au droit national des États parties pour comprendre le sens de celle-ci. C'est donc le droit constitutionnel de chaque État membre qui devrait désigner souverainement les territoires auxquels peuvent s'appliquer les dispositions de l'article 63.

Divers États ayant des possessions ultra-marines (Danemark (19), Royaume-Uni (20), Pays-Bas (21)) n'ont pas manqué d'étendre à un certain nombre d'entre elles l'application de la Convention en vertu de l'article 63 (22). Il ne serait par ailleurs pas correct de prendre les termes « pos-

(18) Une thèse séduisante a été avancée par F. G. JACOBS, *The European Convention on Human Rights* (Oxford, Clarendon Press, 1975, p. 233). Il soutient que l'article 63 s'applique uniquement aux territoires autonomes (« self-governing territories ») tandis que la Convention s'étend automatiquement aux « non-self-governing territories ». Il est néanmoins douteux que cette position ait jamais été adoptée par les États parties de la Convention. L'exemple de la France semble justement infirmer cette thèse. Voir aussi sur ce point la position nuancée de Laurids MIKÆLSEN, *European Protection of Human Rights* (Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1980), p. 95 et p. 97. Il est également à signaler que l'instrument « frère » de la Convention de Rome, la Charte sociale de Turin de 1961, emploie, dans son article 34 (« *Application territoriale* »), deux expressions : « *assurer les relations internationales* » et « *assumer la responsabilité internationale* » d'un territoire non métropolitain.

(19) Extension de la Convention au Groenland par une déclaration en date du 13 avril 1953.

(20) Extension à 42 territoires européens (Iles Anglo-Normandes, Ile de Man, Gibraltar, Chypre et Malte), africains, asiatiques et américains, la plupart desquels constituent aujourd'hui des États indépendants, par une déclaration en date du 23 octobre 1953. Des déclarations ultérieures ont ajouté à la liste d'autres territoires. On remarquera que la colonie importante de Hong-Kong n'a jamais figuré sur cette liste. Voir pour les détails-et les fluctuations-de la pratique britannique Christopher LUSH, « *The Territorial Application of the European Convention on Human Rights : Recent Case Law* » (*I.C.L.Q.*, 1993, pp. 897-908).

(21) Extension au Surinam et aux Antilles néerlandaises par une déclaration en date du 1<sup>er</sup> décembre 1955.

(22) L'Italie n'a jamais procédé à la déclaration de l'article 63 § 1 au profit du territoire somalien dont elle assurait encore les relations internationales au moment du dépôt de son instrument de ratification. Voir, *infra* pour la Belgique.

session » ou « territoire d'outre — mer » au pied de la lettre (23), bien que, dans le cas des trois pays précités, les possessions fussent séparées de la métropole par un espace maritime — vague référence à l'expression imagée des Anglo-saxons de « salt water colonialism ». Un autre État membre, la République fédérale d'Allemagne, a également étendu l'application de la Convention à un territoire, dont elle prétendait assurer les relations internationales, lequel n'était point un territoire d'outre-mer : c'était la fameuse « clause Berlin » (24).

La France constitue, dans ce contexte, un cas à part. Ayant opté depuis 1946 pour la politique d'assimilation complète des quatre vieilles colonies (Guadeloupe, Martinique, Guyane, Réunion), elle ne considère pas pour autant que les territoires d'outre-mer et, apparemment, les collectivités territoriales *sui generis* que sont aujourd'hui Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon constituent des territoires « étrangers » aux fins de la Convention européenne (25). Le principe de la République une et indivisible se trouve réaffirmé ainsi que le montre la phrase suivante contenue dans l'instrument français de ratification de la Convention (26) :

« Le Gouvernement de la République déclare en outre que la présente Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de la République, compte tenu, en ce qui concerne les territoires d'outre-mer, des nécessités locales auxquelles l'article 63 fait référence. » (27)

La complexité et la diversité des droits constitutionnels nationaux concernant le statut des possessions d'outre-mer devraient en principe rendre la Commission et la Cour européennes des Droits de l'Homme relativement souples ou, tout au moins, circonspectes quand il s'agirait de pén-

(23) Ces termes ne figurent d'ailleurs pas dans la rédaction de l'article 63 § 1. Dans sa décision du 30 mai 1961 rendue dans l'affaire *X... et Consorts c. Belgique*, la Commission devait constater que l'expression de l'article 63 § 1 « a succédé à d'autres termes plus restrictifs primitivement employés, tels que 'colonies' ou 'territoires non métropolitains' ; que l'on a tenté par ce moyen de faciliter, sans la rendre obligatoire, l'application des grands traités internationaux à des territoires possédant des statuts particuliers aussi divers que changeants ».

(24) R.A. MANN, « The Legal Status of Berlin Considered by the European Commission of Human Rights » (*I.C.L.Q.*, 1990, pp. 669-671). Il ne semble pas néanmoins que la R.F.A. ait eu précisément recours à l'article 63.

(25) G. DE LACHARRIÈRE évoquait pourtant la possibilité pour la France de ratifier des traités internationaux pour le seul territoire métropolitain qui comprendrait éventuellement les départements d'outre-mer (*Revue des droits de l'homme*, 1970, p. 684). Cela dit, il assurait que le Gouvernement français n'avait jamais eu l'intention de ratifier la Convention de Rome en excluant de son champ d'application les territoires d'outre-mer.

(26) Ratification intervenue assez tardivement : le 3 mai 1974. Voir : A. PELLET, « La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme » (*Revue du droit public*, 1974, pp. 1319-1379) et R. GOY, « La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme » (*Netherlands International Law Review*, 1975, pp. 31-50).

(27) Voir néanmoins pour le statut des départements d'outre-mer eux-mêmes l'article 73 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'outre-mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière ». Voir à ce sujet : F. MICLO, *Le régime législatif des départements d'Outre-Mer et l'Unité de la République* (Paris, Economica, 1982). Voir en revanche l'opinion de M. ROZAKIS jointe au rapport de la Commission du 20 janvier 1994, § 1 (affaire *Dorothee Piermont c. France*).

trer dans ce domaine. Tel ne semble pourtant pas être l'intention de la Commission si l'on en juge du moins de sa décision rendue dans l'affaire *X... et Consorts c. Belgique* en date du 30 mars 1961 (28).

Les requérants étaient des ressortissants belges installés au Congo belge où ils avaient fondé une société commerciale à responsabilité limitée. En avril 1960, le Gouvernement belge bloqua les avoirs que ses ressortissants détenaient dans les banques congolaises, tandis que, quelques mois plus tard, l'anarchie qui s'instaurait au Congo au lendemain de l'indépendance les contraignait à rentrer en Belgique en abandonnant sur place tous leurs avoirs. En mettant en cause le Gouvernement belge, les requérants invoquaient entre autres, l'article 1<sup>er</sup> du Protocole N° 1 qui énonce que :

*« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. »*

Les requérants répondaient à l'argument du Gouvernement défendeur, d'après lequel la Convention et le Protocole n'étaient pas applicables au Congo en l'absence de la notification prévue à l'article 63 § 1, que le Congo faisait, jusqu'à son indépendance, partie intégrante du territoire national, de telle sorte que la notification de l'article 63 § 1 était en l'espèce superflue.

La Commission, qui déboute finalement les requérants, signale, entre autres, que « *pareille conclusion méconnaît... le sens naturel et ordinaire des mots 'territoire dont [un État contractant] assure les relations internationales'* » et que, de toute façon, il ne faut pas « *assigner une importance déterminante à la nature de chacun de ces statuts* » (des territoires d'outre-mer). Enfin, et surtout, tout en estimant clair que le Congo belge entraînait dans la catégorie des territoires de l'article 63, elle considère comme superflu de rechercher si le Congo belge formait ou non partie intégrante du territoire national belge. La Commission se reconnaît en d'autres termes compétence pour invalider le choix constitutionnel d'un État membre concernant le statut, du moins aux fins de la Convention, de ses possessions d'outre-mer, au cas où ce choix contrarierait le « *sens naturel et ordinaire* ».

On observera pourtant que la Commission ne fait, dans la présente affaire, qu'épouser fidèlement les thèses du Gouvernement défendeur, alors qu'un doute concernant la justesse de celles-ci pouvait exister. C'est ainsi, du reste, qu'on peut considérer que cette décision s'inscrit dans la logique de la première période de fonctionnement du mécanisme conventionnel,

(28) Requête N° 1065/61. Décision publiée in *Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, vol. IV, p. 261. Voir pour des commentaires : François MONCONDUIT, *La Commission européenne des Droits de l'Homme* (Leyde, Sijthoff, 1965, pp. 213-214) ; Anne-Marie NAY-CADOUX, *Les conditions de recevabilité des requêtes individuelles devant la Commission européenne des Droits de l'Homme* (Paris-Turin, L.G.D.J., 1966, pp. 78-79) ; L. MIKAELESEN, *op. cit.*, p. 95 ; PARTSCH, *op. cit.*, p. 58, trouve la prise de position de la Commission peu convaincante pour ce qui est de la séparation, au sens de l'article 63, entre territoire métropolitain et territoires d'outre-mer.

logique qui, dans les faits, imposait à la Commission la tâche de ne pas trop contrarier les États parties, à tel point le recours individuel paraissait, à l'époque, révolutionnaire à la société internationale et redoutable aux États contre lesquels il se dirigeait. Or, c'est justement sous ces dehors de soumission inconditionnelle que la Commission réussit ici à affirmer sa compétence pour interpréter souverainement l'article 63 § 1.

Cependant, c'est le vague et le non documenté de l'expression « *sens naturel et ordinaire des mots* », expression qui comprend malgré tout une haute dose de subjectivité, qui constitue le maillon faible du raisonnement de la Commission (29). Ajoutons, en tout cas, que, dans l'affaire *sub examine*, la faiblesse de l'argument, pour ainsi dire, linguistique, était compensée, dans une grande mesure, par l'acceptation du point de vue officiel du Gouvernement belge qui était contre la thèse de l'applicabilité de la Convention au Congo. Argument « constitutionnaliste », fût-ce fabriqué *ad hoc* par le Gouvernement défendeur, cela permet peut-être de nuancer la portée de la jurisprudence *X... et Consorts c. Belgique*.

En effet, par la suite, dans l'arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni* (1978) (30), mais surtout dans l'arrêt *Gillow c. Royaume-Uni* (1986) (31), la Cour européenne des Droits de l'Homme prend très respectueusement en compte la pratique diplomatique et constitutionnelle de l'État défendeur concernant respectivement l'Île de Man (32) et l'Île de Guernesey, qui constituent, pour la Cour, des territoires au sens de l'article 63 § 1 de la Convention. Or, justement, suivant le « *sens naturel et ordinaire des mots* » (33), on serait tenté d'exprimer quelques doutes quant au caractère de territoires d'outre-mer de ces îles européennes !

On remarquera de suscroît que dans une décision *X... c. Royaume-Uni* (34) du 13 mai 1982 la Commission va un peu trop loin dans le respect

(29) On remarquera que la décision reproduit ici les termes de l'article 31 § 1 de la future-Convention de Vienne sur le droit des traités (« *Un traité doit être interprété... suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité...* »). Il nous sera néanmoins permis de signaler que le bien fondé de cette disposition a été mis en doute par la doctrine au vu plus particulièrement des enseignements de la linguistique. Voir pour une critique virulente des règles d'interprétation de la Convention de Vienne : Waldemar HUMMER, « Problemas jurídico-lingüísticos de la dicotomía entre el sentido 'ordinario' y el 'especial' de conceptos convencionales según la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 » (*Revista española de derecho internacional*, 1975, pp. 96-118).

(30) Arrêt de la Cour en date du 25 avril 1978, Série A, N° 26.

(31) Arrêt de la Cour en date du 24 novembre 1986, Série A, N° 109.

(32) La position de la Commission est toutefois plutôt ambiguë en la matière puisque, dans son rapport sur l'affaire *Tyrer* (Série B, p. 26, § 46), « elle n'estime pas devoir examiner le statut constitutionnel de l'île de Man par rapport au Royaume-Uni. Il suffit, aux fins de la présente requête, que le gouvernement britannique ait fait une déclaration en vertu de l'article 63 § 1. »

(33) A cet argument « naturaliste » de la Commission, mis en avant également dans l'affaire *Tyrer*, le Attorney General de l'Île de Man a très logiquement répondu en invoquant l'inaction complète à la déclaration du Royaume-Uni, faite en vertu de l'article 63 § 1, aussi bien de la part du Secrétaire général du Conseil de l'Europe que de la part des autres parties contractantes (Série B, p. 88).

(34) *Décisions et rapports*, vol. 28, p. 99.

des choix constitutionnels de l'État défendeur quand elle énonce : « *Cette extension [de la Convention] traduit l'idée que Jersey est traité comme un territoire dont le Royaume-Uni assure les relations internationales mais qui n'est pas en soi partie intégrante du Royaume-Uni* ». Cette affirmation de la Commission réussit à renverser le raisonnement. Ce n'est plus parce qu'un territoire est « d'outre-mer » que l'article 63 peut y être appliqué mais c'est parce que l'article 63 s'y applique qu'un territoire est (ou devient...) « d'outre-mer ». Outre que ce raisonnement heurte la logique, il a comme conséquence immédiate le désistement complet de la Commission. Heureusement, ainsi que l'attestent d'autres décisions ou arrêts qu'on examinera plus loin, cette jurisprudence est restée isolée, pour ce qui est du moins des possessions britanniques.

En sens inverse, la jurisprudence de la Commission et de la Cour semblent avoir entériné dès le début les choix politiques et constitutionnels de la France par rapport à ses départements d'outre-mer alors même qu'un respect plus scrupuleux du « *sens naturel et ordinaire* » aurait très bien pu amener à une conclusion différente. C'est ainsi que, chaque fois, que des D.O.M. français sont concernés, les organes de Strasbourg ne discutent même pas l'éventualité de la prise en compte des « *nécessités locales* » au sens de l'article 63 § 3 (35), « *nécessités* » allant éventuellement au-delà des « *mesures d'adaptation nécessitées par leur [des D.O.M.] situation particulière* », que prévoit déjà l'article 73 de la Constitution du 4 octobre 1958. On peut citer comme exemples l'arrêt *Ezelin c. France* (36) du 26 avril 1991 (par rapport à la Guadeloupe), ainsi que les décisions de la Commission *Luc Reinette c. France* (37) du 2 octobre 1989 (par rapport également à la Guadeloupe), *M... c. France* du 3 octobre 1989 (par rapport à la Réunion) (38) et *J.A. c. France* (39) du 1<sup>er</sup> septembre 1993 (par rapport à la Guyane).

Le sens large de la formule « *assurer les relations internationales* » pourrait aussi faire qu'elle s'applique, le cas échéant, au cas des quatre États lilliputiens de l'Europe occidentale que sont l'Andorre, Monaco, le Liechtenstein et Saint Marin, lesquels sont, ou ont été, et à des degrés divers, sous la protection de leurs puissants voisins. Toutefois, il n'est pas possible, dans le cadre de cette étude, d'examiner la question complexe des éventuels rapports indirects de ces mini-États avec la Convention de Rome et le Conseil

(35) Nous verrons plus loin que la prise en compte des *nécessités locales* est la conséquence directe de la déclaration de l'article 63 § 1.

(36) Série A, N° 202. Il est caractéristique que Vincent BERGER, lors d'une récente conférence donnée à l'Université de Lille (*La France et la Convention européenne des droits de l'homme* ; 8 février 1994), a justifié la non-application par la Cour, dans l'affaire *Ezelin*, de l'article 63 en s'appuyant sur la position du gouvernement français. On ne saurait être plus clair au sujet de l'interprétation nationale des termes de la Convention européenne. Il est vrai, d'autre part, ainsi qu'on le verra plus loin, qu'une interprétation suivant le « *sens naturel et ordinaire* » eût été ici politiquement très difficile...

(37) *Décisions et rapports* vol. 63, p. 189.

(38) *Décisions et rapports* vol. 67, p. 62.

(39) Requête N° 20648/92 ; décision non encore publiée.

de l'Europe. Il semble d'ailleurs que la pratique s'oriente vers l'affranchissement pur et simple de ces États vis-à-vis de leurs « protecteurs » par rapport tout au moins au Conseil de l'Europe. C'est dans ce sens qu'il faut interpréter la tardive adhésion du Liechtenstein et de Saint Marin au Conseil d'Europe, adhésion suivie aussitôt par la ratification de la Convention européenne des Droits de l'Homme (40). C'est également vers la même direction que s'orienteraient les Vallées d'Andorre (41), l'entité *a priori* la plus soumise à des liens de dépendance puisque l'un des deux coprinces est le Président de la République française. Historiquement donc, la disposition de l'article 63 § 1 n'a pu jouer aucun rôle en ce qui concerne ces entités (42).

Si largement qu'on puisse considérer l'expression de l'article 63 § 1, il n'est du reste pas possible pour un État contractant d'étendre l'application de la Convention à un territoire dont il n'assure pas, dans les faits, les relations internationales. Le cas-type, dans le contexte du Conseil de l'Europe, était jusqu'il y a encore peu la relation entretenue par la République fédérale d'Allemagne avec la République démocratique allemande. La loi fondamentale de 1949 et le Gouvernement de Bonn avaient beau ne pas voir dans la R.D.A. un État étranger, le Gouvernement fédéral n'a jamais songé à proclamer l'application de la Convention de Rome dans le territoire de l'ancienne Allemagne de l'Est. La raison n'en était pas seulement l'absence d'effectivité du contrôle des autorités fédérales sur la zone Est (or, sans un minimum de contrôle, on peut difficilement dire qu'on assure les relations internationales d'un territoire) ; c'était aussi la crainte du Gouvernement de

(40) Le Liechtenstein a adhéré au Conseil de l'Europe le 23 novembre 1978 et a ratifié la Convention le 8 septembre 1982. La République de Saint Marin a adhéré au Conseil de l'Europe et a ratifié la Convention le même jour, le 16 novembre 1988.

(41) La Commission a déjà eu à apprécier les liens juridiques unissant la Principauté d'Andorre avec la France et l'Espagne et par ce biais avec la Convention de Rome (décision du 12 décembre 1989, Requête N° 12747/87, *Jordi Drozd et Pavel Janousek c. France et Espagne*. (Commentaires de G. COHEN-JONATHAN et J.-P. JACQUE in *A.F.D.I.*, 1989, pp. 512-514). Dans son récent arrêt (N° 303, du 26 juin 1992), prononcé dans la même affaire, la Cour tranche le débat en déclarant la Convention inapplicable sur le territoire d'Andorre (Voir pour des commentaires : V. COUSSIRAT-FOUSTÈRE in *A.F.D.I.*, 1992, pp. 630-631 ; MERRILLS in *B.Y.B.I.L.*, 1992, pp. 589-592 ; G. COHEN-JONATHAN et J.-Fr. FLAUSS in *Revue trimestrielle des droits de l'homme.*, 1993, N° 17, pp. 87-115). Naturellement, la récente proclamation de souveraineté des Vallées est de nature à modifier la situation. Signalons enfin une récente décision de la Commission *Francisco Iribarne Pérez c. France* (Requête N° 16462/90, décision du 19 janvier 1994 non encore publiée), également relative à Andorre et qui déclare la requête partiellement recevable.

(42) Voir néanmoins la décision de la Commission en date du 14 juillet 1977 rendue dans l'affaire *X... et Y... c. Suisse* dans laquelle la responsabilité de la Suisse est reconnue pour des actes des autorités suisses accomplis au Liechtenstein en vertu d'un traité de 1923 incorporant le territoire du Liechtenstein au territoire douanier suisse (*Décisions et rapports*, 1978, vol. 9, p. 57). En revanche une décision *Jacques Meignan c. France* en date du 28 juin 1993 (non encore publiée ; requête N° 21392/93) déboute le requérant se plaignant des actions de fonctionnaires français à Monaco au motif que ces derniers, tout comme dans l'affaire *Drozd et Janoucek*, agissaient pour le compte de la Principauté, État indépendant non lié par la Convention. A signaler toutefois que la Principauté a entretemps adhéré au Conseil de l'Europe (le 10 novembre 1994) et signé, à la même date, la Convention de Rome.



Bonn de se voir régulièrement traduit devant la juridiction européenne de Strasbourg pour des actes et des activités sur lesquels il n'avait aucune emprise (43).

Une situation similaire prévaut aujourd'hui à Chypre, autre État divisé dans les faits et dont une partie seulement se trouve sous le contrôle de la République de Chypre, pays membre du Conseil de l'Europe et partie à la Convention. C'est peut-être eu égard aux problèmes signalés ci-dessus que le représentant cyprite avait fait initialement la déclaration suivante en acceptant la compétence de la Commission à être saisie de requêtes individuelles :

*« Au nom du Gouvernement de la République de Chypre, je déclare en outre que la compétence reconnue à la Commission en vertu de l'article 25 ne s'appliquera pas aux requêtes désignant la République de Chypre comme l'État défendeur et visant des actions ou omissions dont il est allégué qu'elles entraînent des violations de la Convention ou de ses Protocoles, lorsque les actions ou omissions concernent des mesures prises par le Gouvernement de la République de Chypre en vue de faire face aux nécessités de la situation résultant de l'invasion et de l'occupation militaires continues d'une partie du territoire de la République de Chypre par la Turquie. »*

Désirant ainsi se prémunir contre toute requête individuelle qui rendrait le Gouvernement cyprite responsable des agissements des autorités turques et cyprites-turques dans le Nord de l'île, le Gouvernement de Nicosie a cependant donné à sa déclaration une étendue extraordinaire et trop générale, ce qui a été relevé, à juste titre, par la doctrine (44). On notera néanmoins que, par une lettre en date du 12 janvier 1993 adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe (45), Chypre revient sur sa réserve for-

(43) Ainsi, par exemple, dans la requête N° 448/1959, le requérant se plaignait que les autorités de la R.F.A. avaient inscrit dans son casier judiciaire une condamnation prononcée par un tribunal de la R.D.A. La Commission a débouté le requérant, dans sa décision du 2 juin 1960, parce que, tout en reconnaissant qu'elle n'était pas compétente *ratione loci*, elle a refusé de se placer, comme le requérant le lui demandait, dans le cadre des articles 6 et 7 de la Convention. Elle a notamment considéré que la simple inscription dans le casier judiciaire d'un jugement étranger ne signifiait pas que le requérant avait été traduit en justice par l'autorité procédant à cette inscription, seul cas couvert par les articles 6 et 7 de la Convention (*Recueil des décisions de la Commission*, vol. 3, p. 1). Voir pour des commentaires A. NAY-CADOUX, *op. cit.*, p. 77.

(44) Claudio ZANGUÌ, « La déclaration de la Turquie relative à l'article 25 de la Convention européenne des Droits de l'Homme » (*R.G.D.I.P.*, 1989, pp. 69-95, en particulier p. 92). Signalons également que, pour l'essentiel, la déclaration cyprite était superflue vu la position de la Commission. Ainsi, par exemple, on peut lire dans sa décision *George Vearncombe et al. c. Royaume-Uni* en date du 18 janvier 1989 (*Décisions et rapports*, vol. 59, p. 186) : « Les actes accomplis par un État occupant (militaires, notamment) sont généralement imputables à cet État et non à l'État occupé » (voir sur cette décision : Georg NOLTE, « Rechtsschutz gegen Akte der Besatzungsmächte in West-Berlin. Zur Vearncombe — Entscheidung der europäischen Kommission für Menschenrechte », in *ZaöRV*, 1989, pp. 499-511). La conjonction des déclarations cyprite et turque (voir *infra*) rendait en tout cas douteuse la protection des droits de l'homme dans la partie Nord de l'île, comme devaient le suggérer les avocats de la « victime » dans une affaire *B... c. Royaume-Uni* (*Décisions et rapports*, vol. 64, p. 278). La Commission n'a pas répondu à cette argumentation dans sa décision du 10 février 1990.

(45) *Feuille d'information*, N° 32, p. 3.

mulée encore lors du renouvellement de son acceptation des requêtes individuelles en 1991.

A l'inverse des cas allemand et cyprite, il se peut qu'un État étende l'application de la Convention, en vertu de l'article 63, à un territoire dont il assure le contrôle et, par là-même, les relations internationales. Le cas type serait bien sûr une situation résultant d'une occupation militaire. La question peut évidemment se poser si les autorités du Conseil de l'Europe, avant tout son Secrétaire général, dépositaire de la Convention, mais aussi, si le cas se présente, la Commission et la Cour européennes, doivent reconnaître la validité de la déclaration faite en vertu de l'article 63 et s'appliquant à un territoire occupé militairement. De difficiles problèmes de reconnaissance internationale seraient alors à résoudre, mais, dans la mesure où les droits de l'homme sont une valeur en soi et ne dépendent pas de considérations plus particulièrement politiques, une telle déclaration devrait être admise parce que protectrice des droits de l'homme (46).

Cela aurait pu être le cas de l'occupation de la partie Nord de l'île de Chypre par la Turquie, mais, comme on le sait, ce dernier pays n'a jamais songé à y étendre l'application de la Convention d'autant plus qu'il n'a pas formellement rattaché ce territoire à la métropole. Bien au contraire, un État autonome fédéré cyprite turc y a vu le jour en 1975 auquel a succédé, en 1983, une République turque du Nord de Chypre, formellement État indépendant mais qui n'a pas été reconnu par la communauté internationale.

Il y a tout lieu de croire que l'État occupant, en l'espèce la Turquie, loin d'appliquer la Convention dans le territoire occupé, fera tout pour éviter qu'une telle application puisse avoir lieu, tant les violations des droits de l'homme sont fréquentes dans les territoires occupés — et Chypre est loin de constituer une exception. Or, c'est à ce moment qu'intervient l'article 1er de la Convention de Rome qui est rédigé dans les termes suivants :

« *Les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la présente Convention.* »

L'application de cet article dans les territoires occupés ne constitue plus une hypothèse d'école depuis que la Commission l'a explicitement reconnu dans sa décision du 26 mai 1975 rendue dans l'affaire *Chypre c. Turquie*, où l'on peut lire (47) :

(46) *Contra* J.E.S. FAWCETT, *The Application of the European Convention of Human Rights* (Oxford, Clarendon Press, 1969, p. 19) qui soutient que la Commission est, de par sa composition, incompétente pour procéder à un tel acte de reconnaissance à moins qu'elle n'y soit autorisée, dans un cas donné, par le Comité des Ministres.

(47) Requêtes 6780/1974 et 6950/1975 (*Annuaire...*, 1975, P. 82). Voir pour des commentaires G. COHEN-JONATHAN et J.-P. JACQUE, *in A.F.D.I.*, 1976, pp. 128-131. Voir aussi la décision de la Commission du 10 juillet 1978 ainsi que son rapport du 4 octobre 1983 sur la troisième requête *Chypre c. Turquie* (*Décisions et rapports*, vol. 13, p. 223 et vol. 77-A, p. 5), de même que la décision du 4 mars 1991 *Chrysostomos et autres c. Turquie* (*Revue universelle des droits de l'homme*,

« ... les ressortissants d'un État, y compris les navires et aéronefs enregistrés relèvent partiellement de sa juridiction où qu'ils se trouvent et... les représentants d'un État, y compris les agents diplomatiques ou consulaires et les forces armées, non seulement demeurent sous sa juridiction quand ils sont à l'étranger, mais... 'relèvent de la juridiction' de cet État toute personne et tout bien, dans la mesure où ces représentants exercent leur autorité sur ces personnes ou sur ces biens. La responsabilité de l'État est engagée dans la mesure où par leurs actes ou omissions ils portent atteinte à ces biens ou à ces personnes » (48).

Cette décision, qui ne fait que reprendre, tout en l'amplifiant, la jurisprudence déjà établie de la Commission dans sa décision *X... c. R.F.A.* du 25 septembre 1965 (49) étend la responsabilité des États contractants, du moins pour les actes de leurs agents, ni plus ni moins à tout l'univers. Mieux dit, cette jurisprudence détache la responsabilité des États de tout support territorial. (50) (51)

Or, si la responsabilité de l'État partie à la Convention devient, pour ainsi dire, universelle, s'appliquant, par exemple, sur les bateaux qui arbo- rent son pavillon, sur les avions et même sur les engins spatiaux qui y sont

1991, pp. 193-204, § 34 ; *Décisions et rapports*, vol. 68, p. 216 ; voir pour des commentaires : Jörg POLAKIEWICZ, « Anmerkung zur Zulässigkeitsentscheidung der Europäischen Kommission für Menschenrechte im Fall Chrysostomos u. a. / Türkei vom 4. März 1991 », in *Z.a.ö.R.V.*, 1991, pp. 145-155 et Carlo FOCARELLI, « Accettazione 'condizionata' della competenza della Commissione europea dei diritti umani », in *R.D.I.*, 1994, pp. 92-113).

(48) Cf. la réserve de la Turquie émise à propos de l'article 25 de la Convention. Le paragraphe 1 de cette réserve limitait initialement la compétence de la Commission aux obligations concernant les actes ou omissions « commis à l'intérieur des frontières du territoire auquel s'appliquait la Constitution de la République de Turquie ». Il est facile de voir que cette réserve visait à écarter les requêtes individuelles concernant des actes ou omissions survenus dans la partie Nord de l'île de Chypre. En ce sens Iain CAMERON, « Turkey and Article 25 of the European Convention on Human Rights » (*I.C.L.Q.*, 1988, pp. 887-925, en particulier p. 890). Dans la nouvelle déclaration souscrite en vertu de l'article 25 (lettre du 15 juin 1992 publiée in *Feuille d'information*, N° 30, 1993, p. 7), la compétence de la Commission se limite aux actes ou omissions « commis à l'intérieur des frontières du territoire national de Turquie ». Rien n'indique évidemment que cette réserve, déjà contestable d'un point de vue politique, serait plus conforme au droit de la Convention que la précédente. Voir *infra* concernant la validité de ces réserves.

(49) *Recueil des décisions de la Commission*, vol. 17, p. 42. La Commission, tout en considérant la requête comme manifestement mal fondée, ne se prive pas d'émettre l'avis « qu'à certains égards, les ressortissants d'un État contractant relèvent de sa 'juridiction' même lorsqu'ils ont leur domicile ou leur résidence à l'étranger ; qu'en particulier, les représentants diplomatiques et consulaires de leur pays d'origine exercent à leur sujet une série de fonctions dont l'accomplissement peut, le cas échéant, engager la responsabilité de leur pays sur le terrain de la Convention ».

(50) Selon Gérard COHEN-JONATHAN (*La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Aix-en-Provence, Economica-Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 95), le champ d'application de la Convention dépasse le cadre territorial de l'État et suit l'exercice des compétences étatiques. D'ailleurs, dans sa décision précitée *George Vearncombe c. Royaume-Uni*, la Commission s'exprime clairement : « Le terme 'juridiction' n'est pas équivalent ni limité au territoire national de l'État concerné ».

(51) Voir aussi la décision de la Commission du 28 mai 1975 rendue sur la requête de *Ilse Hess c. Royaume-Uni* (*Décisions et rapports*, vol. 2, p. 72) dans laquelle la responsabilité d'un État partie pour des actes par lui accomplis à l'étranger est réaffirmée. On peut aussi rappeler les décisions plus récentes *George Vearncombe c. Royaume-Uni* et *Luc Reinette c. France* déjà citées. Par contre, dans une décision du 9 décembre 1989 *Andrew Kapas c. Royaume-Uni* (*Décisions et rapports*, vol. 54, p. 201), la Commission semble exiger une « ingérence directe » du gouvernement défendeur.

enregistrés, sur les *res nullius* (Antarctique...) (52) et même à l'étranger, comment expliquer que sa responsabilité ne peut être mise en cause (53) pour des faits survenus dans une partie de son propre territoire, dût-elle, cette dernière, se trouver outre-mer ? Le paradoxe engendré par la contradiction entre les articles 1er et 63 de la Convention semble ainsi être de taille. Une différence substantielle subsiste néanmoins entre les deux situations quand on songe à la fréquence des possibilités pour la responsabilité de l'État d'être mise en cause dans les territoires d'outre-mer où les autorités de l'État se trouvent en contact permanent avec la population. Il est en revanche beaucoup plus rare que de tels contacts aient lieu à l'étranger, où, de surcroît, c'est, en principe, la compétence territoriale de l'État étranger qui est seule applicable, au détriment de la compétence personnelle de l'État partie à la Convention dont la responsabilité est alléguée. Quant aux bateaux et avions, il est normal qu'ils suivent le régime de droit commun, bien qu'on puisse prendre en compte l'éventualité d'un pavillon maritime d'un territoire d'outre-mer. Dans ce dernier cas, il est évident que la Convention s'appliquera dans le bateau ou sur l'avion uniquement si l'État a étendu l'application de celle-ci à ce territoire. La Convention s'y appliquera en outre compte tenu des « *nécessités locales* » de l'article 63 § 3.

Quoi qu'il en soit, le « paradoxe » (54) que nous avons relevé ne peut s'expliquer finalement que par la considération suivante, et ce malgré les termes non point négatifs mais affirmatifs dans lesquels est rédigé l'article 63 § 1 : bien plus que permettre l'extension de la Convention outre-mer, l'article 63 semble bien permettre sa non-extension. Cela devient plus clair quand on examine les conditions de forme que la mise en œuvre de cet article nécessite.

## II. Une application soumise à des conditions de forme

Seule une déclaration expresse de l'État partie à la Convention peut étendre l'application de la Convention aux territoires dont il assure les relations internationales. Il convient de distinguer la déclaration tendant à l'application de la Convention en général (A), des notifications concernant les compétences de la Commission ainsi que la juridiction obligatoire de la Cour européenne des Droits de l'Homme (B).

(52) Selon Menno J. VAN EMDE BOAS (« The Impact of the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms on the Legal Order of the Netherlands. A Survey », *Netherlands International Law Review*, 1966, pp. 337-373, en particulier p. 350), « *'within their jurisdiction' is a broader concept than 'within the territory of a State'* ».

(53) A moins bien sûr que l'État ne fasse la déclaration prévue à l'article 63 § 1.

(54) LUSH, *op. cit.*, p. 906, parle, à cet égard, de « *internal inconsistency* » de la Convention.

### A. La notification déclarant la Convention applicable

#### a) Une notification expresse

Le formalisme de la disposition de l'article 63 § 1 est indéniable. Seule une notification expresse adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe a pour effet d'étendre l'application de la Convention à un ou à plusieurs territoires (55). Cette solution a été accueillie assez tôt par la Commission, qui, chargée du « filtrage » des requêtes (recevabilité...), aura plus souvent que la Cour l'occasion de se prononcer sur cette question.

Aussi la Commission a-t-elle pu juger à propos de la prétendue responsabilité de la Belgique par rapport à des événements survenus au Congo belge que des actes émanant des autorités belges et concernant l'extension de la Convention au Congo belge n'avaient pas en définitive comme résultat d'engager la responsabilité de la Belgique étant donné que la notification expresse mentionnée à l'article 63 § 1 faisait défaut. Il s'agissait pourtant en l'occurrence d'une loi publiée en bonne et due forme au *Moniteur belge* (loi du 13 mai 1955, article 4 relatif à l'extension de la Convention, mais non pas du Protocole N° 1, seul invoqué par les requérants, au Congo belge) (56). Cela montre qu'une mesure purement interne ne suffit pas à étendre l'application de la Convention outre-mer. L'article 63 § 1 impose aux États d'extérioriser leur volonté (57).

Plus récemment, cependant, des développements autour d'une affaire portée devant la Cour ont remis en question la clarté cristalline de l'exigence de notification expresse. En effet, dans l'affaire *Gillow c. Royaume-Uni* (58), la Commission n'avait vraisemblablement pas examiné d'office

(55) En l'absence d'une telle notification, la Commission est incompétente *ratione loci*. Voir pour un exemple récent concernant la non-extension de la Convention à Hong Kong la décision d'irrecevabilité en date du 12 mars 1990 prononcée dans l'affaire *Bui Van Thanh et autres c. Royaume-Uni* (*Décisions et rapports*, vol. 65, p. 330).

(56) La décision de la Commission rendue dans l'affaire *X... et Consorts c. Belgique* est rédigée en des termes si généraux qu'on peut facilement appliquer le raisonnement de la Commission relatif à la non-application de la Convention à la non-application du Protocole au Congo belge. Il aurait été en tout cas impossible pour la Belgique d'étendre à ce territoire l'application du Protocole sans y avoir étendu préalablement la Convention elle-même.

(57) Il est vrai pourtant que le représentant de la Belgique, en déposant le 14 juin 1955 au Secrétariat Général du Conseil de l'Europe l'instrument de ratification de la Convention, avait bien pris soin de réserver le cas de l'extension de la Convention « à un territoire dont la Belgique assure les relations internationales ».

(58) Les époux Gillow, autrefois domiciliés à Guernesey, avaient fait l'objet de poursuites judiciaires pour avoir voulu réintégrer leur domicile après une longue absence de l'île. D'après le Gouvernement défendeur, les lois locales restrictives en matière d'occupation d'une certaine catégorie de logements étaient justifiées par le souci de procurer des logements aux personnes ayant des liens étroits avec Guernesey ou occupant un emploi jugé essentiel au bien-être économique et social de l'île. Voir pour des commentaires de la décision de la Commission dans cette affaire G. COHEN-JONATHAN et J.-P. JACQUE, « Activités de la Commission européenne des Droits de l'Homme » (*A.F.D.I.*, 1985, pp. 432-434). Voir également pour des commentaires de l'arrêt de la Cour rendu dans cette affaire : V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme » (*A.F.D.I.*, 1987, pp. 240-242); P. ROLLAND (*Clunet*, 1987, pp. 803-806); J. G. MERRILLS (*B.Y.B.I.L.*, 1987, pp. 455-458).

l'applicabilité du Protocole N° 1 à l'île de Guernesey et, ayant jugé la requête recevable (59), avait saisi la Cour. Ce n'est que devant la Cour que le Royaume-Uni a signalé — « *tout en exprimant son profond regret de le faire à un stade aussi avancé de l'instance* » (60) — qu'il n'avait pas étendu l'application du Protocole N° 1 à l'île de Guernesey. Le délégué de la Commission a déclaré à ce moment qu'il fallait considérer le Gouvernement défendeur comme ayant accepté *ad hoc* la compétence de la Cour pour examiner l'affaire au regard du Protocole N° 1. La Cour, pour sa part, tout en ne considérant pas la remarque du Royaume-Uni comme une exception préliminaire, « *exception que sa tardiveté empêcherait du reste d'accueillir* » (61), procéda à un examen d'office de l'applicabilité du Protocole à Guernesey. Cet examen aboutit bien sûr au rejet du recours des époux Gillow fondé sur la prétendue violation de l'article 1er du Protocole N° 1, bien que la Cour leur donnât finalement raison en s'appuyant sur l'article 8 de la Convention (qui, elle, était bel et bien applicable à l'île de Guernesey), dont la violation avait d'ailleurs été reconnue par le Royaume-Uni.

On peut toutefois légitimement s'interroger si, premièrement, la Cour aurait examiné d'office l'applicabilité du Protocole à Guernesey (question sur laquelle aussi bien la Commission que, jusqu'à un certain point, le Gouvernement défendeur se seraient mépris (62)), si ce dernier avait omis de signaler la non-extension du Protocole à ce territoire. Deuxièmement, la solution aurait-elle été la même si la Cour n'avait pas pu s'appuyer sur l'article 8 de la Convention pour donner raison aux Gillow ? Ou aurait-elle au contraire cautionné l'avis du délégué de la Commission qui admettait l'acceptation tacite et *ad hoc* de l'application du Protocole de la part du Gouvernement ?

Il est à cet égard remarquable que le délégué de la Commission eût pu avancer la théorie de l'acceptation tacite et *ad hoc* du Gouvernement, quant à l'applicabilité du Protocole sur un territoire de l'article 63, se fondant sur l'absence de réactions du Gouvernement. Quoi qu'on puisse penser de la justesse d'une telle thèse, force est de constater que l'application *ad hoc* de la Convention ou de ses Protocoles, qu'elle corresponde à une acceptation implicite ou explicite du Gouvernement défendeur, excède nettement la

(59) Il est vrai que les requérants n'avaient pas seulement invoqué le Protocole N° 1 (article 1<sup>er</sup>) mais aussi la Convention (article 8).

(60) § 60 de l'arrêt de la Cour.

(61) § 61 de l'arrêt de la Cour.

(62) Cela ne saurait trop surprendre. Le jeu-heureusement pas trop continu de notifications d'applicabilité accompagnées de réserves et de déclarations interprétatives, de modifications, de renouvellements, de non-renouvellements, de dénonciations et de changements de statut d'un certain nombre de territoires (l'exemple de Saint-Pierre-et-Miquelon est éloquent à cet égard) par rapport à la Convention et ses quatre Protocoles contenant des règles « matérielles » de droit a tout pour créer une certaine confusion. Le rôle du Secrétariat Général, chargé d'y mettre de l'ordre, est à l'évidence crucial.

lettre de l'article 63 § 1 (et, bien sûr, des dispositions équivalentes des Protocoles).

Certes, les enseignements du droit international général pourraient facilement écarter cette thèse, puisque « *les limitations à l'indépendance ne se présumement pas* » (63), mais des considérations spécifiques au droit international des droits de l'homme permettent d'éclairer la question sous un autre jour. Il est manifeste que la notification, dont parle l'article 63 § 1, est antérieure à la requête et à l'examen de l'affaire. L'acceptation de l'applicabilité de la Convention sur les territoires de l'article 63 dans un cas d'espèce déterminé est, en l'absence de la notification de l'article 63 § 1, d'une part, une mesure favorisant la protection des droits de l'homme et, en tant que telle, elle devrait être applaudie ; cela ne va pas, d'autre part, sans risques non plus dans la mesure où cela présuppose (et légitime !) une sélection d'affaires (déjà en instance !) à propos desquelles la Convention serait applicable, sélection opérée par le seul Gouvernement défendeur, suivant que celui-ci décide de réagir ou de ne pas réagir. Une discrimination suivant les requérants serait ainsi à craindre.

b) *Entrée en vigueur de la Convention dans les territoires d'outre-mer*

Selon l'article 63 § 2 de la Convention de Rome :

« *La Convention s'appliquera au territoire ou aux territoires désignés dans la notification à partir du trentième jour qui suivra la date à laquelle le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe aura reçu cette notification.* »

Cette disposition est à comparer avec celle de l'article 66 § 3 qui prévoit l'entrée en vigueur de la Convention « *dès le dépôt de l'instrument de ratification* ». Ce retard d'un mois dans la mise en œuvre de la Convention dans les « colonies » par rapport à la mise en œuvre en métropole est à peine justifiable. S'il pouvait encore être justifié au début du siècle en considération de la lenteur des moyens de transport et de communication, il peut paraître de nos jours, au mieux saugrenu, au pire discriminatoire vis-à-vis des territoires de l'article 63 qui, parfois, tels l'île de Man ou les Iles Anglo-Normandes ne se trouvent qu'à quelques encablures des côtes métropolitaines. Il ne saurait non plus être justifié par une prétendue consultation des autorités locales, toute véritable consultation ayant lieu avant et non après la prise de décision. Un dernier argument « justificatif » aurait trait à une certaine incapacité des autorités locales de mettre en œuvre la Convention sur le territoire, mais, alors, dans ce cas, le délai de 30 jours paraîtrait trop court : soit il s'agit de modifications à apporter à la législation locale et cela aurait dû être envisagé avant l'entrée en vigueur de la Convention sur le territoire soit il s'agit de changements à apporter au comportement des

(63) *Lotus*, C.P.J.I., 7 septembre 1927, Série A-1°, Rec., p. 18.

autorités, voire de la société, locales et cela nécessiterait (au mieux !) plusieurs années.

Sensibles peut-être à une telle argumentation, les États membres du Conseil de l'Europe ont supprimé les retards d'entrée en vigueur pour ce qui est des Protocoles N° 6 et N° 7. Ces Protocoles entrèrent en vigueur dans les mêmes délais en métropole et dans les territoires de l'article 63 (64).

Un problème particulier peut surgir par rapport à l'entrée en vigueur des Protocoles N° 1 et N° 4, étant donné que ces Protocoles sont muets sur cette question. Tous deux renvoient certes à l'article 63 § 1 de la Convention et assimilent par conséquent la déclaration d'extension des Protocoles aux territoires à la déclaration d'extension de la Convention aux mêmes territoires (article 4 § 3 du Protocole N° 1 et article 5 § 3 du Protocole N° 4) ; mais le fait qu'aucun renvoi n'est effectué à l'article 63 § 2, relatif à l'entrée en vigueur de la Convention dans les territoires, ne permet pas, de prime abord, d'étendre les dispositions de cet article aux Protocoles N° 1 et N° 4. Cependant, selon l'article 5 du Protocole N° 1 et l'article 6 du Protocole N° 4, les États considéreront les articles de chacun de ces Protocoles, y compris les articles se référant aux territoires d'outre-mer, « *comme des articles additionnels à la Convention et toutes les dispositions de la Convention s'appliqueront en conséquence* ». C'est donc par ce biais que le délai de 30 jours à compter de la déclaration sera respecté avant l'entrée en vigueur des Protocoles N° 1 et N° 4 dans les territoires. Cela, traduisant une fois encore, des conceptions périmées concernant les rapports métropole — « colonies » désavantage ces dernières par rapport à la première. En effet, pour ce qui est du territoire métropolitain, les Protocoles N° 1 et N° 4 entrent en vigueur dès le dépôt de l'instrument de ratification (65).

c) *Fin d'application de la Convention dans les territoires d'outre-mer*

L'application de la Convention et de ses Protocoles dans les territoires de l'article 63 peut, en principe, prendre fin soit par retrait de la déclaration (i), soit parce que le territoire en question cesse d'être un territoire dont l'État partie à la Convention assure les relations internationales (ii).

(64) Le Protocole N° 7 entre en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de deux mois après la date de la déclaration en ce qui concerne le territoire (article 6 § 2) ou le dépôt de l'instrument de ratification en ce qui concerne la métropole (article 9 § 2). Les délais d'entrée en vigueur du Protocole N° 6 se ramènent au premier jour du mois qui suit la déclaration (article 5 § 2) ou la ratification (article 8 § 2). Il aurait été souhaitable, en ce qui concerne le Protocole N° 6 (abolition de la peine de mort), de prévoir son entrée en vigueur dès la déclaration ou la ratification. Il serait en effet insoutenable de procéder à une exécution de peine capitale pendant le délai d'entrée en vigueur de ce Protocole.

(65) Il s'agit respectivement des articles 6 § 1 et 7 § 1. Une autre différence entre la Convention et les Protocoles tient au fait que l'État désireux d'étendre l'application de ces instruments aux territoires d'outre-mer doit attendre le dépôt de l'instrument de ratification pour ce faire en ce qui concerne la Convention cependant qu'il peut le faire dès la signature quand il s'agit des Protocoles.



i) Le retrait de la déclaration d'application de la Convention aux territoires de l'article 63 est assimilé par l'article 65 § 4 à la dénonciation de la Convention et est, dans les faits, une sorte de dénonciation partielle (66). Les conditions générales de dénonciation de la Convention posées par l'article 65 §§ 1 et 2 sont par conséquent applicables dans ce cas de figure. Ce retrait ne peut donc prendre effet qu'après l'expiration d'un délai de cinq ans à partir de la date d'entrée en vigueur de la Convention à l'égard d'un territoire et moyennant un préavis de six mois.

Bien que la Convention ne prévoit pas expressément la possibilité d'extension de l'application de la Convention à un territoire pour une durée limitée, il ne fait pas de doute que cette possibilité reste ouverte. Or, le non-renouvellement de la déclaration équivaut dans les faits à un retrait de ladite déclaration. Dans ce cas, et pour assurer la cohésion du système (sinon les dispositions de l'article 65 § 1 pourraient être facilement contournées), il faut admettre que toute extension provisoire de la Convention à un territoire d'outre-mer doit avoir une durée minimum de cinq ans. Qu'il s'agisse d'un retrait ou d'un non-renouvellement de la déclaration, l'État auteur de la déclaration n'est du reste aucunement libéré de ses obligations pour tout fait qui, pouvant constituer une violation de ses obligations, aurait été accompli pendant la période d'application de la Convention (argument *ex* article 65 § 2).

Les Protocoles N° 1, N° 4 et N° 7 prévoient, outre la possibilité du retrait, la faculté pour un État d'apporter des modifications au contenu de la déclaration en vertu de laquelle un Protocole est applicable à un territoire d'outre-mer (respectivement, articles 4 § 2, 5 § 2 et 6 § 3). On remarquera que la faculté de modifier la Convention n'est pas reconnue aux États par rapport à ces territoires. Cela s'explique, comme on le verra, par la nature différente des obligations qu'assument les États sous la Convention et sous les Protocoles vis-à-vis des territoires d'outre-mer.

On observera également que la faculté d'apporter des modifications à la déclaration fait défaut dans le Protocole N° 6 aussi. Cela est censé s'expliquer par la nature particulière de ce Protocole, qui prévoit notamment l'abolition de la peine de mort (67).

Notons enfin que le retrait de la déclaration prend effet en ce qui concerne les Protocoles N° 6 et N° 7 dans les mêmes conditions qu'a pris effet l'entrée en vigueur de ces Protocoles dans les territoires d'outre-mer (68). Les Protocoles N° 1 et N° 4 ne contenant pas de dispositions relatives à la date à partir de laquelle le retrait de la déclaration prend effet, il faudra considérer que le délai d'application minimum de cinq ans avec

(66) A consulter : J.-Fr. FLAUSS, « La Convention européenne des droits de l'homme. A propos de la dénonciation des protocoles » (*Les petites affiches*, 9 janvier 1989, pp. 8-10).

(67) Voir néanmoins nos observations *infra*.

(68) Voir respectivement les articles 5 § 3 et 6 § 3.

préavis de six mois devra être respecté (combinaison des articles 5 du Protocole N° 1 et 6 § 1 du Protocole N° 4 avec l'article 65 § 1 de la Convention). Par la même combinaison d'articles, auxquels on peut ajouter les articles 6 du Protocole N° 6 et 7 § 1 du Protocole N° 7, on arrive à la conclusion que les dispositions de l'article 65 § 2 (responsabilité pour faits accomplis avant le retrait de la déclaration) est également valable en ce qui concerne les Protocoles.

ii) Des changements importants concernant l'application de la Convention et des Protocoles dans les territoires de l'article 63 ont lieu quand l'État partie à la Convention cesse d'assurer les relations internationales de ces territoires. Il faudra distinguer, à cet effet, deux éventualités.

— *Le territoire colonial devient partie intégrante du territoire métropolitain*

Dans ce cas, la Convention, loin de cesser de s'y appliquer, s'y applique désormais dans sa pureté originelle, débarrassée en particulier de la prise en compte des « nécessités locales ». Tout dépend évidemment ici de la volonté de l'État d'intégrer pleinement en son sein l'ex-colonie. La Commission et la Cour européennes des Droits de l'Homme semblent devoir respecter les choix constitutionnels des États parties, ainsi que le montre, *prima facie*, l'arrêt de la Cour *Barfod c. Danemark* du 22 février 1989 (69) en ce qui concerne les rapports du Groenland avec le Danemark. Ces rapports sont du reste les seuls qui, à ce jour, illustrent ce cas de figure. En effet, le Danemark a été le premier État partie à la Convention à étendre l'application de la Convention à sa colonie qu'était alors le Groenland (déclaration du 7 avril 1953). Peu de temps après, le 5 juin 1953, le Groenland devenait pourtant partie intégrante du Danemark. La Cour, dans son arrêt *Barfod*, évitant soigneusement de s'immiscer dans le débat constitutionnel interne, débat qui a gagné en vigueur à la suite du retrait du Groenland de la C.E.E., ne se prive tout de même pas, en dehors de toute référence à l'article 63, de « découvrir » des « nécessités locales » qui, apparemment, jouent un rôle non négligeable dans le rejet de la requête du sieur Barfod (70). Il semblerait donc que la Cour penche désormais en faveur de la thèse de l'existence objective de « nécessités locales » dans un territoire détaché géographiquement et culturellement de la métropole. Or, si l'on considère que la prise en compte des « nécessités locales » est la caractéristique principale de l'application de la Convention dans les territoires de l'article 63, l'on n'est pas loin de penser que l'arrêt *Barfod* effectue, et, cette fois-ci, au niveau de la Cour, un retour discret à la jurisprudence *X... et Consorts c. Belgique* qui permettait aux organes de Strasbourg d'invalider les choix

(69) Série A, N° 149. Voir pour des commentaires J. G. MERRILLS, « Desisions on the European Convention on Human Rights » (*B.Y.B.I.L.*, 1989, pp. 523-526) ; P. ROLLAND, *Chronique...*, (*Clunet*, 1990, pp. 707-709). Voir également *infra* p. 73.

(70) Il est vrai que les mots « nécessités locales » ne sont en aucun moment prononcés.

constitutionnels des États parties. Le fait que l'arrêt *Barfod* donne raison au Gouvernement défendeur (tout comme d'ailleurs la décision *X... et Consorts*), ne fait que rendre plus facile la tâche à la Cour (ou bien à la Commission), pour ce qui est de l'examen des rapports entre un État partie et les territoires qui en dépendent.

Dans sa décision *Chrysostomos et autres c. Turquie*, déjà citée, la Commission, se référant à l'article 63, parle, dans un *obiter dictum*, de « territoires qui ne font manifestement pas partie [du]... territoire métropolitain » (§ 37). L'adverbe « manifestement » implique que la Commission, mais aussi la Cour, peut procéder à une vérification des liens entre métropole et territoires d'outre-mer, même si ce contrôle devait être un contrôle minimum. Dans le cas *Barfod*, ce contrôle était sans doute facilité par la large autonomie dont jouit le Groenland depuis la loi du 17 novembre 1978. On rappellera que l'article 73 de la Constitution française de 1958 concernant les D.O.M. n'a visiblement pas été estimé suffisant pour considérer que ceux-ci font manifestement partie du territoire non métropolitain. Ce qui nous amène à dire que la Commission et la Cour européennes recherchent toujours tout au moins un début de preuve constitutionnelle de relâchement des liens entre métropole et « colonies ».

— *Le territoire colonial accède à l'indépendance*

Ici, il faudra distinguer deux cas de figure.

1° *Le territoire est européen*

Dans ce cas, rien n'empêche qu'il succède à la Convention européenne des Droits de l'Homme, pourvu bien entendu que l'ex-puissance coloniale eût étendu l'application de la Convention à ce territoire antérieurement à son accession à l'indépendance et que l'État nouvellement indépendant réaffirme son appartenance au Conseil de l'Europe.

La Convention elle-même est muette sur la question de la succession d'États. Pour ce qui est des successions d'États susceptibles d'avoir lieu à l'avenir, la Convention de Vienne du 22 août 1978 relative à la succession d'États en matière de traités pourrait s'avérer d'une certaine utilité (71). Il ne faut en tout cas pas perdre de vue que le droit de la Convention de Vienne est purement dispositif, de telle sorte que les États concernés pourront prévoir un autre système (72).

La pratique de succession d'États, dans l'aire géographique couverte par le Conseil de l'Europe, concerne principalement deux territoires britanniques, Chypre et Malte, qui ont accédé à l'indépendance, respectivement, en

(71) Surtout ses articles 8, 9 et 10.

(72) Article 7.

1960 et en 1964. Aussi bien Chypre que Malte ont d'ailleurs écarté implicitement la théorie de la succession à la Convention européenne en choisissant d'adhérer au Conseil de l'Europe et de signer et ratifier la Convention de Rome à des dates postérieures à leur accession à l'indépendance (73). Dans le cas de Malte cependant, certains parlementaires maltais de l'opposition avaient soutenu la théorie de la succession à la Convention, théorie qui semble avoir eu la sympathie de l'Assemblée consultative, mais qui a été écartée par les autres organes du Conseil de l'Europe et, apparemment, par la doctrine (74).

Cet « échec » de la théorie de la succession à la Convention dans les cas de Chypre et de Malte ne préjuge cependant en rien de sa possible application dans de futurs cas de successions d'États en Europe (75), sous réserve bien entendu de certains « ajustements » techniques. Ainsi, par exemple, il faudra tenir compte de la disposition de l'article 20 de la Convention et élire un nouveau membre à la Commission provenant de l'État nouvellement indépendant (76). Il faudra aussi considérer que les éventuelles « nécessités locales » (article 63 § 3), qui altéreraient l'application de la Convention sur le territoire, disparaissent à partir du moment où ce territoire devient indépendant (77).

(73) Chypre a ratifié la Convention le 6 octobre 1962 et Malte le 23 janvier 1967.

(74) Marc-André EISSEN, « The Independence of Malta and the European Convention on Human Rights » (*B.Y.B.I.L.*, 1965-66, pp. 401-410).

(75) Voir cependant Heribert GOLSONG, « Implementation of International Protection of Human Rights » (*R.C.A.D.I.*, 1963/III, vol. 110, pp. 7-151) qui semble exclure, du point de vue de la théorie déjà, la succession d'États européens relativement à la Convention (p. 56). Ciron TORNARITIS est d'ailleurs du même avis que lui (« La Convention européenne des Droits de l'Homme dans l'ordre juridique de la République de Chypre », in *Actes du 4<sup>e</sup> Colloque international sur la C.E.D.H.*, Rome 1975, Strasbourg 1976, pp. 61-73, en particulier p. 63). Dans sa déclaration du 3 février 1970 rendue dans l'affaire *X... c. Royaume-Uni* (*Recueil des décisions de la Commission*, vol. 32, p. 12), la Commission a bien dit que « however, the Convention ceased to apply to Malta under Article 63 when Malta became an independent State on 21 September 1964 ». On signalera que cette phrase peut être interprétée comme signifiant que ce n'est pas la Convention en tant que telle qui a cessé de s'appliquer à l'État nouvellement indépendant, mais la Convention « under Article 63 », c'est-à-dire la Convention « corrigée » par la prise en compte des « nécessités locales ». Il se peut, d'autre part, qu'on ne se trouve pas ici devant une décision de principe, mais, plus prosaïquement, devant la constatation que le Gouvernement maltais n'a pas voulu adhérer à la théorie de la succession à la Convention. La théorie de la succession d'États à la Convention européenne des Droits de l'Homme semble en tout cas soutenue par A. N. PAPADOPOULOS, *La pratique chypriote en matière de succession d'États aux traités* (Thèse, Genève, Nicosie, Zavallis Press, 1976, p. 110). Naturellement, le cas de la succession de la République tchèque et de la Slovaquie à la Tchécoslovaquie n'est pas du tout comparable, mais il semble bien que, dans ce cas, les deux nouveaux États aient succédé à la Fédération par rapport à la Convention de Rome. Voir *Feuille d'information* N° 32, p. 1. Voir pour des détails Jean-François FLAUS, « Convention européenne des droits de l'homme et succession d'État aux traités : une curiosité, la décision du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en date du 30 juin 1993 concernant la République tchèque et la Slovaquie », in *Revue Universelle des droits de l'homme*, 1994, pp. 1-5.

(76) « La Commission se compose d'un nombre de membres égal à celui des Hautes Parties Contractantes. La Commission ne peut comprendre plus d'un ressortissant du même État. »

(77) *Contra* M.-A. EISSEN, « The Independence of Malta... », p. 408.

Le nouvel État ne pourra, en revanche, se prévaloir de son droit d'apporter des réserves à la Convention. Il devra se contenter, à la limite, de confirmer les réserves qu'avait émises l'ex-puissance coloniale. C'est surtout cette limitation du pouvoir du nouvel État qui risque fort de le détourner de la théorie de la succession à la Convention. Cette théorie présente en tout cas l'indéniable mérite de ne pas rompre la continuité de l'application de la Convention sur le territoire en question, avec tout ce que cela implique en matière de protection des droits de l'homme (78).

## 2° *Le territoire n'est pas européen*

Dans ce cas non plus, la Convention ne contient pas de dispositions expresses. On peut néanmoins tirer argument de l'article 65 § 3 (79) pour conclure que les territoires extra-européens de l'article 63 qui accèdent à l'indépendance, cessant *eo ipso* d'appartenir au Conseil de l'Europe (80), perdent en même temps la possibilité de se prévaloir de la théorie de la succession d'États pour se considérer liés par la Convention. Ce n'est pas un hasard si la doctrine, unanime, voit dans la Convention européenne des Droits de l'Homme une des conventions les plus « fermées » du Conseil de l'Europe.

Pendant, le désir de certains États du Tiers Monde — ex-territoires (81) de l'article 63 de s'obstiner à être liés par la Convention a, au fond, quelque chose de bien touchant qui mériterait d'être encouragé. Les droits de l'homme, valeur tout de même universelle, gagneraient si la Convention continuait à s'y appliquer. De toute manière, les droits de l'homme ont *a priori* beaucoup plus besoin du mécanisme juridictionnel de la Convention de Rome dans ces pays que dans les pays des ex-métropoles. La lettre de la Convention faisant toutefois obstacle, l'Assemblée parlementaire

(78) Ainsi, par exemple, les parlementaires maltais, qui soutenaient la continuité de l'application de la Convention à Malte en invoquant la théorie de la succession à la Convention, se plaignaient de ce que le droit à la liberté d'expression n'avait pas été respecté lors de la campagne électorale qui avait eu lieu entre l'indépendance de Malte et la signature de la Convention par ce pays. De même, le requérant dans l'affaire *X... c. Royaume-Uni* (Requête N° 3813/1968 déjà citée) était obligé d'attaquer le Gouvernement du Royaume-Uni pour des actes ayant eu lieu à Malte entre la date de l'indépendance et la date de la ratification de la Convention par le Gouvernement maltais. Evidemment, comme la Commission n'a pas pu établir sa compétence *ratione personae* vis-à-vis du Royaume-Uni (article 1er de la Convention), elle a déclaré cette requête irrecevable (décision du 3 février 1970).

(79) « ...cesserait d'être Partie à la présente Convention toute Partie Contractante qui cesserait d'être membre du Conseil de l'Europe ».

(80) Argument *ex* article 4 du statut du Conseil de l'Europe. Voir pour un exemple *X... c. Royaume-Uni* (décision du 18 juillet 1974 *in Décisions et rapports*, vol. 46, p. 112) par rapport à la non-application de la Convention aux Bahamas postérieurement à l'indépendance de cet archipel.

(81) Cela a été par exemple le cas du Surinam. Voir à ce propos M.-A. EISEN, « Surinam and the European Convention on Human Rights » (*B.Y.B.I.L.*, 1978, pp. 200-201). Voir aussi du même auteur : « Malawi and the European Convention on Human Rights » (*B.Y.B.I.L.*, 1968-69, pp. 190-192).

taire, sensibilisée sur ce point, avait adopté le 17 mai 1962 la Recommandation N° 316 (1962) relative à l'adhésion d'États non membres du Conseil de l'Europe à la Convention européenne des Droits de l'Homme. L'Assemblée y invitait le Comité des ministres à examiner cette question particulièrement pour « *les États qui possèdent les qualifications nécessaires* ». Le Comité des ministres ne devait jamais donner suite à cette Recommandation. D'obscures raisons budgétaires semblent y avoir fait obstacle (82).

*B. Les notifications concernant les requêtes individuelles et la juridiction obligatoire de la Cour*

La déclaration de l'article 63 § 1 relative à l'application de la Convention aux territoires d'outre-mer n'équivaut pas à une acceptation de compétence de la Commission pour connaître des requêtes individuelles. L'extension de la compétence de la Commission par rapport à ces territoires ne peut être opérée, suivant l'article 63 § 4 qui renvoie à l'article 25 de la Convention, que moyennant une déclaration expresse.

On comprend mal pourquoi cette déclaration est nécessaire du moment que l'État a déjà reconnu la compétence de la Commission pour être saisie de requêtes individuelles par rapport au territoire métropolitain, ce qui était, sans doute, un pas important vers la protection internationale des droits de l'homme, un pas que bien des États parties ont mis longtemps à franchir (83). Revenir en arrière, sous couvert de l'article 63 § 4, ne pourra être interprété que comme une discrimination vis-à-vis des territoires d'outre-mer (84).

Les États parties à la Convention, avec l'exception notable de la France (85), ont d'ailleurs mis à contribution la possibilité que leur offre cette disposition en vue de différer la saisine directe de la Commission par les habitants des « colonies ». Aussi les Pays-Bas ont-ils mis 18 ans pour reconnaître cette compétence de la Commission par rapport aux Antilles néerlandaises (86) tandis que le Royaume-Uni a mis 23 ans par rapport à l'île de Jersey, 14 ans par rapport à la plupart de ses colonies, mais 3 ans seulement par rapport aux Iles Falklands, aux Iles Cayman et aux Iles Turques et Caïques. Il est aussi à signaler que, par rapport à quelques terri-

(82) M.-A. EISSEN, « Surinam... », p. 201.

(83) La France a mis environ 7 ans pour accepter la compétence de la Commission prévue à l'article 25, Chypre a mis 29 ans et la Turquie 33 ans !

(84) Cela ne fait aucun doute quand on envisage la pratique britannique. Selon E. Bevin, ministre, à l'époque, des affaires étrangères, la clause de l'article 63 § 4 « *could in certain respects be one of the most mischievous clauses to which it is possible to be a party* » (cité par Geoffrey MARSTON, « THE UNITED KINGDOM'S PART IN THE PREPARATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, 1950 », in *I.C.L.Q.*, 1993, pp. 796-826, en particulier p. 825).

(85) Les rapports qu'entretient la France métropolitaine avec ses « possessions » d'outre-mer font néanmoins de ce pays un cas spécial.

(86) Les Pays-Bas ont été en tout cas le premier État à faire la déclaration de l'article 63 § 4, et ce par rapport à Surinam (1964).

toires, il n'y a pas eu reconnaissance de la compétence de la Commission pour connaître des requêtes individuelles, ou bien, cette reconnaissance, étant limitée dans le temps et ayant expiré, n'a pas été renouvelée (87).

Cette discrimination concernant les territoires dépendants revêt une importance d'autant plus grande que, pour la presque totalité des affaires, dont la Commission a eu à connaître, elle s'est appuyée sur la requête individuelle des articles 25 et 63 § 4. On peut dire que, en l'absence de la déclaration prévue à l'article 63 § 4, c'est pratiquement tout le contrôle européen de la protection des droits de l'homme dans les « colonies » qui fait défaut, la Convention ne jouant plus son rôle qu'en tant que partie du droit interne des colonies (88), dans le seul cas des États bien sûr qui ont intégré la Convention dans leur droit interne.

Rien n'est prévu expressément dans les Protocoles concernant la compétence de la Commission pour connaître des requêtes individuelles par rapport aux territoires d'outre-mer, mais il faut considérer que la règle de l'article 63 § 4 (déclaration expresse) s'y applique également (89).

En ce qui concerne ensuite la juridiction obligatoire de la Cour relative aux territoires, l'article 63 reste muet (ainsi d'ailleurs que les Protocoles). La pratique des États, acceptée apparemment par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, qui est le dépositaire de la Convention, va dans le sens d'une exigence d'une déclaration expresse à cet effet, suivant les modalités de l'article 46. Il est donc théoriquement possible de reconnaître la compétence de la Commission pour connaître des requêtes individuelles et de ne pas reconnaître la juridiction obligatoire de la Cour ou vice-

(87) Voir un exemple in *Décisions et rapports*, vol. 11, p. 111 (décision du 4 octobre 1977 rendue dans une affaire *X... c. Royaume-Uni* prononçant l'irrecevabilité de la requête pour cause de non-renouvellement de la déclaration britannique prévue à l'article 63 § 4 par rapport à l'île de Dominique). Rien n'empêche par contre que la Commission se déclare compétente pour connaître d'une requête introduite avant la déclaration prévue à l'article 63 § 4 pourvu que ladite requête porte sur une situation continue (décision *X... c. Royaume-Uni* du 29 septembre 1976 in *Décisions et rapports*, vol. 7, p. 102 ; il s'agissait de l'île de Jersey).

(88) Il semble en effet pratiquement exclu qu'une affaire concernant un territoire de l'article 63 puisse arriver devant la Commission par le biais d'une requête interétatique. On sait que la possibilité ouverte aux États de saisir la Commission d'une violation alléguée des droits de l'homme dans un État cocontractant a été jusqu'à présent rarement exploitée. On signale toutefois qu'au temps où la Convention était applicable à plusieurs possessions britanniques en Afrique, possessions qui ne bénéficiaient pas de la déclaration de l'article 63 § 4, les amis d'un détenu politique en Nyassalande avaient suggéré à un autre État partie à la Convention (l'Islande !) de saisir la Commission à propos de cette affaire. La Commission n'a jamais été saisie pour la simple raison que le détenu fut entretemps relâché. On avance l'hypothèse que la crainte du Royaume-Uni de voir la Commission s'immiscer dans ses affaires coloniales a joué son rôle dans le relâchement du détenu (Karel VASAK, *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Paris, L.G.D.J., 1964, pp. 257-258). Signalons toutefois une affaire interétatique qui a été bel et bien portée devant la Commission. Il s'agit des requêtes de la Grèce contre le Royaume-Uni concernant l'état des droits de l'homme dans la colonie britannique de Chypre (déposées en 1956 et en 1957). Les liens particuliers unissant la Grèce à cette île méditerranéenne ne sont de toute évidence pas étrangers à l'initiative hellénique.

(89) Cf. les articles 5 du Protocole N° 1, 6 § 1 du Protocole N° 4, 6 du Protocole N° 6 et 7 § 1 du Protocole N° 7.

versa (90). Toutefois, à notre connaissance, les déclarations des articles 63 § 4 et 46 ont eu lieu chaque fois en même temps (ou, au contraire, ne sont jamais intervenues ni l'une ni l'autre) (91).

§ 2. — *Nature juridique et portée de la clause des « Nécessités locales »*

Le but de l'article 63 n'est pas seulement de permettre l'extension territoriale de la Convention — ou, au contraire, de permettre sa non-extension, tout dépend finalement du point de vue auquel on se place ; il vise aussi à adapter les normes de la Convention au niveau de civilisation différent qui, dans l'esprit des rédacteurs de la Convention, prévaut dans les territoires d'outre-mer.

Après donc les discriminations concernant certains points de forme et de procédure (besoin de déclaration expresse, entrée en vigueur différée, etc.), dont souffrent les territoires d'outre-mer, voici maintenant une « discrimination » touchant au fond de la Convention. Il convient d'examiner la nature juridique de la clause des « nécessités locales » (I) avant de procéder à l'examen approfondi de ce concept (II).

I. *La nature juridique de la clause*

Les termes de l'article 63 § 3 « *les dispositions de la présente Convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales* » sont très clairs et ne laissent apparemment aucune place au doute. La prise en considération des nécessités locales dans l'application de la Convention est une obligation qui incombe aux États par rapport aux territoires d'outre-mer dans lesquels bien entendu la Convention est devenue applicable. La clause des « nécessités locales » accompagne, pour ainsi dire, naturellement toute extension de la Convention outre-mer. Nul besoin donc de procéder à une déclaration expresse visant à la prise en compte des nécessités locales. La déclaration de l'article 63 § 1 qui étend la Convention sur le(s) territoire(s) désigné(s) contient implicitement la clause des « nécessités locales ».

Il s'ensuit que toute déclaration, faite du reste de manière superfétatoire, indiquant qu'un État entend tenir compte de ces nécessités locales a tout au plus le caractère d'une déclaration interprétative (92) ne liant certaine-

(90) *Contra* VAN EMDE BOAS, *op. cit.*, p. 352 et Vincenzo STARACE, « La juridiction « obligatoire » de la Cour européenne des droits de l'homme » (*in Les clauses facultatives de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Bari, edizioni Levante, 1974, pp. 225-254, en particulier pp. 247-248).

(91) L'intérêt pratique d'une juridiction obligatoire de la Cour par rapport à un territoire de l'article 63 et en l'absence de la déclaration de l'article 63 § 4 ne pourrait en tout cas qu'être minime. Elle pourrait jouer seulement en cas de saisine de la Commission par une requête intertatiq.

(92) *Contra* PARTSCH, *op. cit.*, p. 57, qui parle de réserves (*Vorbehalte*). Voir à ce sujet : Gordon Mc RAE, « The Legal Effects of Interpretative Declarations » (*B.Y.B.I.L.*, 1978, pp. 155-173).



ment pas la Commission ou la Cour de Strasbourg quant à l'existence réelle de nécessités locales sur un territoire donné. Cette déclaration n'est en tout cas pas une réserve, ce qui signifie qu'elle est affranchie des conditions assez restrictives posées par l'article 64 (93) pour l'acceptation des réserves (94).

Ainsi, en particulier, la déclaration interprétative en question peut être adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe non seulement au moment de la signature ou du dépôt de l'instrument de la ratification de la Convention, mais aussi au moment de la déclaration de l'article 63 § 1 (ce qui est, tout de même, assez logique) et, enfin, à tout autre moment par la suite, par exemple au moment de la déclaration de l'article 63 § 4, qui confère, comme on l'a déjà vu, compétence à la Commission pour connaître des requêtes individuelles. On mesure l'importance de la distinction entre déclaration interprétative et réserve quand on se rappelle les objections du Secrétaire Général, mais aussi de plusieurs États membres, quant à la validité des réserves de la Turquie émises au moment de la déclaration prévue à l'article 25 (extension de la compétence de la Commission pour connaître des requêtes individuelles par rapport, certes, ici, au territoire métropolitain) (95).

Le système semble cohérent et ne va pas à l'encontre de l'impératif de sécurité juridique du moment que, comme on le verra, la déclaration interprétative d'un État concernant les nécessités locales n'engage ni la Commission ni la Cour. Ces dernières doivent examiner d'office s'il existe ces nécessités locales susceptibles d'altérer l'application de la Convention, et cela

(93) L'article 64 de la Convention dispose : « § 1. Tout État peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article.

§ 2. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en question ».

(94) Voir pour un avis apparemment différent les déclarations des Gouvernements belge (14 juin 1955) et néerlandais (31 août 1954) faites lors du dépôt de leur instrument de ratification de la Convention. Ainsi, suivant la notification du Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, « le Représentant de la Belgique (des Pays-Bas) a déclaré qu'au cas où son Gouvernement ferait dans l'avenir, en vertu de l'article 63 de la Convention, une déclaration étendant l'application de la Convention à un territoire dont la Belgique (les Pays-Bas) assure(nt) les relations internationales, le Gouvernement belge (néerlandais) pourrait faire accompagner cette déclaration de réserves imposées par les nécessités locales ». On peut formuler deux remarques à propos de ces déclarations. Premièrement, la prise en compte des nécessités locales n'est point une faculté pour la métropole mais bel et bien une obligation et, deuxièmement, la déclaration éventuellement formulée qui ferait appel aux nécessités locales ne peut en aucun cas être qualifiée de réserve au sens technique du terme. Non seulement à cette époque (qui n'avait encore vu que très partiellement les développements de la Commission du droit international concernant le droit des traités) mais aussi plus tard, nous constatons une certaine fluctuation des termes employés (déclaration ? déclaration interprétative ? notification ? réserve ?) et ce n'est que très récemment, dans le cadre qui nous occupe ici, que la Cour européenne des Droits de l'Homme a commencé à décanter les idées. Cf. l'arrêt *Belilos c. Suisse* du 29 avril 1988 (Série A, N° 132, mais aussi le rapport de la Commission dans l'affaire *Temeltasch c. Suisse* en date du 5 mai 1982 (*Décisions et rapports*, vol. 26, p. 217 et vol. 31, p. 120).

(95) Voir, entre autres, Iain CAMERON, *op. cit.*, et Claudio ZANGUÌ, *op. cit.*

parce que justement les organes juridictionnels de Strasbourg sont tenus d'appliquer les règles de la Convention ; la prise en compte des nécessités locales en est une (96).

Si l'on continue la comparaison entre les réserves et les déclarations interprétatives au sujet des nécessités locales, l'on constate que les déclarations interprétatives peuvent avoir un caractère général (97) et, contrairement aux réserves, ne comportent pas nécessairement un bref exposé de la loi ou bien de la « nécessité locale » qui les justifieraient, dans un cas concret. Mais la grande différence consiste dans le fait que la réserve doit correspondre à une loi qui soit à la fois contraire à la Convention et en vigueur au moment de la formulation de la réserve. Cette disposition, qui vise à l'évidence à l'unification progressive des droits européens des droits de l'homme, empêche l'émission de réserves correspondant à des lois promulguées postérieurement au moment de la signature ou au moment de la ratification de la Convention (seuls moments où l'émission de réserves est valable) et, par conséquent, empêche, indirectement, la promulgation de nouvelles lois contraires à la Convention. Les déclarations interprétatives au sujet des nécessités locales, n'étant pas des réserves, ne sont évidemment pas concernées par cette disposition, de telle sorte qu'elles peuvent être souscrites quand elles correspondent à de nouvelles nécessités locales. Ce concept des nécessités locales peut en effet être évolutif.

L'obligation de prise en compte des nécessités locales peut cependant être écartée par l'État partie à la Convention par le biais justement d'une réserve. Une telle réserve serait bien entendu soumise aux conditions de validité indiquées à l'article 64 et qu'on vient de rappeler brièvement mais, tandis que la disposition de l'article 64 interdit l'émission de réserves correspondant à des lois nouvelles contraires à la Convention et contribue de la sorte à l'unification du droit européen, c'est, dans notre cas, la réserve écartant les nécessités locales qui contribue à l'unification de ce droit. Mais est-ce que le droit des territoires d'outre-mer, droit qui sera le cas échéant d'origine coutumière, fait bien partie du droit commun européen ? C'est apparemment par la négative que la Convention répond, du moment qu'elle admet que les nécessités locales peuvent, outre-mer, altérer le contenu des dispositions de la Convention, censée, elle, représenter le « noyau dur » du droit commun européen.

C'est, en revanche, sous un jour différent que la clause des « nécessités locales » apparaît dans les Protocoles additionnels à la Convention. Il convient de distinguer, à cet effet, les Protocoles N° 1 et N° 4 du Protocole N° 7. Le Protocole N° 6, vu la particularité de son objet, appelle, quant à lui, un examen à part.

(96) Voir néanmoins *infra* sur le caractère souple de la prise en compte des nécessités locales.

(97) Voir à cet effet la déclaration française *supra*.

L'article 4 § 1 du Protocole N° 1 est ainsi rédigé :

*« Toute Haute Partie Contractante peut, au moment de la signature ou de la ratification du présent Protocole ou à tout moment par la suite, communiquer au Secrétariat Général du Conseil de l'Europe une déclaration indiquant la mesure dans laquelle il s'engage à ce que les dispositions du présent Protocole s'appliquent à tels territoires qui sont désignés dans ladite déclaration et dont il assure les relations internationales » (98).*

Cette disposition donne l'impression, comme elle est rédigée, qu'il ne s'agit ici pour la Haute Partie Contractante que de communiquer une seule déclaration au Secrétariat Général. A mieux y regarder pourtant, on s'aperçoit qu'il s'agit en fait de deux déclarations qu'il importera de distinguer, sans que cela ne porte préjudice à la faculté qu'ont bien entendu les États de communiquer les deux déclarations en même temps, en les joignant, par exemple, dans le même document.

La première déclaration étend l'application du Protocole aux territoires désignés. Les problèmes juridiques qu'elle peut soulever ont déjà été examinés et nous n'entendons pas y revenir. Mais, à côté de cette première déclaration, une seconde serait indispensable qui indiquerait *« la mesure dans laquelle [l'État] s'engage à ce que les dispositions du présent Protocole s'appliquent à [de] tels territoires »*. La formule de l'article 4 § 1 du Protocole N° 1 soulève deux questions qui sont, en réalité, étroitement liées : quel est le degré d'application du Protocole dans les territoires d'outre-mer si l'État omet de communiquer la seconde déclaration ? Quelle est la nature juridique de cette dernière ?

On devrait considérer, en réponse à la première question, que le Protocole s'applique dans tous ses éléments aux territoires d'outre-mer. Si l'État, qui assure leurs relations internationales, voulait exclure telle ou telle disposition du Protocole, il n'avait qu'à le déclarer expressément ; cela d'autant plus que l'article 4 § 2 du Protocole lui confère le droit de *« communiquer une nouvelle déclaration modifiant les termes de toute déclaration antérieure »*. La plénitude d'application devient ainsi, pour ce qui est des Protocoles N° 1 et N° 4, la règle, la dérogation devenant l'exception. Cela suffit pour différencier sensiblement l'application de ces Protocoles de l'application de la Convention. On se rappellera que, pour ce qui est de la Convention, la non-plénitude de son application (clause des *« nécessités locales »*...) est la règle. Cette différence entre la Convention et les Protocoles, intervenant avec à peine deux ans de distance en ce qui concerne le Protocole N° 1 a dû être perçue par l'Assemblée parlementaire, qui avait milité jadis pour l'application intégrale de la Convention dans les *« colonies »*, comme une belle revanche prise sur le Comité des Ministres, qui avait pu imposer ses vues restrictives à travers l'article 63 de la Convention. Ainsi, donc, peu

(98) Cet article correspond, à de très légères différences rédactionnelles près, à l'article 5 § 1 du Protocole N° 4.

avant et peu après la grande vague de décolonisation de 1960 (99), un réel « progrès » dans l'égalité juridique de la métropole et des « colonies » semble s'accomplir.

Cela n'empêche évidemment pas les États de procéder à la « seconde » déclaration et de fixer la mesure dans laquelle le Protocole sera appliqué outre-mer. La nature juridique de cette déclaration découle tout naturellement des considérations que nous venons d'exposer. Si la plénitude dans l'application du Protocole est la règle, toute déclaration tendant à modifier la règle ne peut équivaloir qu'à une réserve, dans la mesure où, par le biais d'une réserve, un État «  *vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application* » (article 2 § 1 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités). Les dispositions de l'article 64 de la Convention seront dès lors applicables à cette déclaration (100).

La particularité du Protocole N° 7 tient au fait qu'il prévoit deux cas de figure correspondant à deux sortes de territoires auxquels il peut être étendu. L'article 6 § 1 de ce Protocole se réfère à une catégorie de territoires sur lesquels l'application de la Convention s'effectue en même temps qu'en métropole (101). L'assimilation de ces territoires à la métropole est pourtant faite seulement *ratione temporis* ; elle aurait pu être parfaite s'il n'y avait pas la clause «  *la mesure dans laquelle [l'État] s'engage à ce que les dispositions du présent Protocole s'appliquent* ». La formule de l'article 6 § 1 du Protocole N° 7 est identique, à de légères différences rédactionnelles près, aux formules employées dans les Protocoles N° 1 et N° 4 et n'appelle aucune observation supplémentaire.

(99) Le Protocole N° 1 date de 1952 ; le Protocole N° 4 de 1963. On lira avec profit les développements substantiels de Jacques VELU et de Rusen ERGEC concernant l'application territoriale des Protocoles (*La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 48-50).

(100) L'instrument de ratification de la France comporte la déclaration suivante (déclaration identique pour les Protocoles N° 1 et N° 4) : «  *Le Gouvernement de la République déclare que le présent Protocole s'appliquera à l'ensemble du territoire de la République, compte tenu en ce qui concerne les territoires d'outre-mer, des nécessités locales auxquelles l'article 63 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales fait référence* ». La France semble ainsi ignorer l'autonomie des Protocoles N° 1 et N° 4 par rapport à la Convention sur ce point précis. Il se peut que sa vague référence aux «  *nécessités locales* » ne corresponde pas tout à fait à ce qu'« attendent » ces deux Protocoles des États contractants. La déclaration détaillée du Royaume-Uni concernant la mesure dans laquelle il entend appliquer le Protocole N° 1 à certains territoires d'outre-mer (en date du 22 février 1988) est à cet égard plus conforme à la lettre et à l'esprit de ce Protocole. On remarquera que le Royaume-Uni qualifie expressément de «  *réserves* » les restrictions qu'il entend apporter à certains «  *droits* » outre-mer (Guernesey, Gibraltar, Anguilla, Iles Vierges britanniques, Iles Cayman, Montserrat, Sainte-Hélène, Dépendances de Sainte-Hélène et Iles Turquess-et-Caïques ; voir, pour des détails, *infra*).

(101) «  *Tout État peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, désigner le ou les territoires auxquels s'appliquera le présent Protocole, en indiquant la mesure dans laquelle il s'engage à ce que les dispositions du présent Protocole s'appliquent à ce ou à ces territoires.* »

L'article 6 § 2 du Protocole N° 7 se réfère, par contre, à une deuxième catégorie de territoires auxquels l'application du Protocole peut être étendue à un moment postérieur à la signature ou au dépôt de l'instrument de ratification. Ce décalage dans l'application *ratione temporis* du Protocole n'est pas le seul : il y en a un autre, beaucoup plus important, qui se rapporte aux conditions même d'application du Protocole. Dans la mesure où l'article 7 § 1 du Protocole prescrit l'application *mutatis mutandis* des dispositions de la Convention aux dispositions de ce Protocole, il s'ensuit que l'article 63 § 3 contenant la clause des « nécessités locales » s'applique dans les territoires de l'article 6 § 2.

La différence entre les deux catégories de territoires, ceux de l'article 6 § 1 et ceux de l'article 6 § 2, devient de la sorte tangible. Le Protocole s'applique intégralement à la première catégorie de territoires, à moins qu'une réserve de l'État ne vienne limiter le degré d'applicabilité du Protocole. Dans les territoires de l'article 6 § 2 en revanche il y a une présomption de non-application intégrale du Protocole, puisque, en l'appliquant, on devra tenir compte des « nécessités locales ».

Chaque État est sans doute libre de « classer » tel ou tel territoire dans la première ou dans la deuxième catégorie. La pratique montre néanmoins que la disposition de l'article 6 § 1 est plus familière à la France qui a tendance à assimiler *prima facie* ses territoires d'outre-mer à la métropole, quitte à émettre des réserves concernant tel ou tel aspect du texte conventionnel. La disposition de l'article 6 § 2 correspond par contre davantage à la pratique britannique (102) et, dans une certaine mesure, à la pratique néerlandaise (103), qui persistent à distinguer clairement le territoire métropolitain des colonies.

Il est probable que le Protocole N° 7 ait voulu prendre en considération ces pratiques divergentes (104). Il est par ailleurs à signaler que la classification d'un territoire dans une catégorie plutôt que dans une autre n'est pas une opération définitive. Bien au contraire, l'article 6 § 3 donne la possibilité à l'État partie de modifier son point de vue initial.

Que cette distinction entre deux catégories de territoires ait entendu suivre les divergences des pratiques étatiques ou non, toujours est-il qu'elle

(102) Voir A. H. ROBERTSON, *Human Rights in Europe* (Manchester University Press, 1963, p. 109).

(103) Des consultations intensives ont eu lieu entre La Haye et les possessions des Pays-Bas aux Amériques (Antilles, Surinam) avant que la Convention ne reçoive application dans ces territoires, cela dans le respect des dispositions constitutionnelles du Royaume. Voir VAN EMDE BOAS, *op. cit.*, p. 351 et E.A. ALKEMA, «The European Convention on Human Rights and the Netherlands Legal Order» (*Netherlands Review of International Law*, 1976, pp. 317-328).

(104) D'après le paragraphe 40 du rapport explicatif relatif au Protocole N° 7, la formulation de l'article 6 de ce Protocole tient compte des dispositions figurant dans le modèle de clauses finales adopté par le Comité des Ministres en février 1980. La distinction de deux « sortes » de territoires d'outre-mer figure désormais dans un grand nombre de conventions conclues au sein du Conseil de l'Europe.

constitue un affinement des méthodes d'élaboration des Protocoles. A l'uni-dimensionnalisme de la Convention elle-même (nécessités locales = principe de la différence entre métropole et colonie) et des Protocoles N° 1 et N° 4 (principe de la similitude entre métropole et colonie), le Protocole N° 7 fait succéder une conception moins manichéenne des choses : tous les territoires d'outre-mer ne sont pas pareils, il est donc légitime que l'État intéressé puisse choisir le mode d'application du Protocole dans chacun d'entre eux séparément.

Ces nuances appréciables apportées à la pratique du Conseil de l'Europe correspondent du reste historiquement à une évolution des conceptions européennes concernant les civilisations qu'on peut appeler indigènes. En 1950, date de la rédaction de la Convention, l'accent était mis sur la dissemblance entre les civilisations européenne et indigènes, dissemblance fondée bien sûr sur la prétendue infériorité congénitale des secondes par rapport à la première. Ensuite, la décolonisation réduisant radicalement le nombre des territoires d'outre-mer, l'accent était plutôt placé sur le — nécessaire — rapprochement des deux civilisations. Dans la troisième phase, enfin, la phase actuelle, sans que les efforts assimilationnistes aient véritablement cessé, la particularité des civilisations indigènes est reconnue et, dans une certaine mesure, protégée.

La même classification des territoires dans deux catégories est par ailleurs mise en œuvre par le Protocole N° 6, signé en 1983, soit un an avant le Protocole N° 7. La particularité du Protocole N° 6, qui concerne l'abolition de la peine de mort, empêche néanmoins la formulation de clauses du style « *la mesure dans laquelle l'État s'engage à...* ». Il est évident que la peine de mort, soit elle est abolie soit elle ne l'est pas. Il est donc, de prime abord, logique que la formule que nous avons rencontrée dans l'article 6 § 1 du Protocole N° 7 fasse ici défaut (105). Il serait, par conséquent, tout aussi logique d'écarter l'application *mutatis mutandis* de l'article 63 § 3 de la Convention (« nécessités locales ») à l'article 5 § 2 du Protocole N° 6, qui se réfère à ce qu'on peut appeler la pratique britannique (territoires clairement distingués, aux fins juridiques, du territoire métropolitain), bien que la rédaction de l'article 6 du Protocole N° 6 semble privilégier une solution inverse.

(105) Si le caractère absolu de l'abolition de la peine de mort consacré à l'article 1er du Protocole ne peut logiquement admettre d'« aménagements » ni de solutions intermédiaires faisant par exemple référence à des « nécessités locales », il n'en va pas de même de l'article 2 de ce Protocole qui dispose : « *Un État peut prévoir dans sa législation la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ;...* ». Les notions de « guerre » et de « danger imminent de guerre » (guerre déclarée, guerre civile, opérations de police menées par l'armée ?) sont susceptibles de divers « aménagements » mais, comme on l'a déjà dit, le Protocole N° 6 semble écarter cette solution.

## II. *Le concept des « Nécessités locales »*

Les « nécessités locales » constituent, à l'évidence, une notion clef pour l'application de la Convention dans les territoires d'outre-mer. La brève disposition de l'article 63 § 3 soulève néanmoins plusieurs questions auxquelles, eu égard au mutisme du texte, il revient au juriste et, *occasione data*, aux organes de contrôle de Strasbourg, de répondre.

### A. *Un concept difficilement saisissable*

La Convention, pas plus d'ailleurs que le Protocole N° 7, qui se réfère implicitement aux « nécessités locales », ne contient aucune définition de ce concept ni du reste d'indices qui serviraient à le cerner de façon indubitable. Ce n'est, par conséquent, que de façon indirecte, qu'on peut tenter de le saisir (a). La preuve de l'existence et du contenu concret des « nécessités locales » reste enfin une question ouverte (b).

#### a) *Distinction du concept des « nécessités locales » d'autres concepts voisins*

Il est intéressant de noter que l'article 63 § 3 parle bien de « nécessités locales » et non pas de conditions, circonstances ou coutumes locales. Pendant les travaux préparatoires de la Convention, des voix s'étaient élevées à l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe contre cette disposition au motif que le terme « nécessités locales » pourrait être interprété comme « nécessités politiques », justifiant ainsi, dans les territoires coloniaux de l'époque, toute sorte d'ingérence de la part des puissances coloniales. Ce n'est pas un hasard si les adversaires les plus résolus au maintien de cette disposition dans le texte de la Convention étaient, à l'instar de Léopold Sédar Senghor (106), des représentants des « colonies » (107).

Cette crainte de voir la Convention sérieusement amputée dans les territoires d'outre-mer, quand la métropole déciderait (si elle décidait un jour) de l'étendre à ceux-ci, est historiquement une des raisons qui empêchait la France, surtout sous la IV<sup>e</sup> République, de ratifier la Convention. Un avis émis par l'Assemblée de l'Union Française le 6 avril 1954 comportait un « considérant » formulé comme suit :

(106) « J'entends encore M. Senghor », disait, devant le Sénat français, Maurice SCHUMAN, à l'époque ministre des affaires étrangères, « s'écrier à propos de l'article 63 : 'Ce serait une offense à la dignité des peuples d'autre-mer !' » (*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 14, p. 923).

(107) Voir Karel VASAK, « De la Convention européenne à la Convention africaine des Droits de l'homme » (*Revue juridique et politique d'outre-mer*, 1962, pp. 59-76, en particulier pp. 61-62) ; du même auteur : « The European Convention of Human Rights Beyond the Frontiers of Europe » (*I.C.L.Q.*, 1963, pp. 1206-1231, en particulier pp. 1207-1209) ; également du même auteur : *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Paris, L.G.D.J., 1964, pp. 252-254) ; Pierre GONDEC, « Les DOM et les TOM devant la Convention » (*Revue des droits de l'homme*, 1970, pp. 670-686, en particulier p. 672).

« *Même dans le cas d'extension de ladite Convention aux territoires ci-dessus visés, le paragraphe 3 de l'article 63, en déclarant que son application se fera 'en tenant compte des nécessités locales', ouvre le champ à l'arbitraire, et vide cette extension de toute portée pratique* » (108).

Il faut dire que la crainte d'un détournement de la clause des « nécessités locales » n'était pas sans fondement, si on se rappelle que l'article 63 § 4 permettait à la métropole de ne pas reconnaître à la Commission compétence pour connaître des requêtes individuelles, comme ce fut d'ailleurs pendant longtemps le cas dans les possessions britanniques et néerlandaises. Or, en l'absence de la déclaration prévue à l'article 63 § 4, la Convention n'avait qu'une valeur interne (sauf le cas assez peu probable d'internationalisation de l'affaire que pouvait opérer une requête interétatique) et la clause des « nécessités locales » recevait, par voie de conséquence, une interprétation purement nationale.

La crainte engendrée par la clause des « nécessités locales » apparaît rétrospectivement comme mal-fondée, surtout à partir du moment où les organes de contrôle de Strasbourg ont eu la faculté de la soumettre à leur contrôle. Il faut dire d'emblée que la jurisprudence de la Commission et de la Cour est rare à ce sujet. La jurisprudence de la Cour, en particulier, se réduit, pour l'essentiel, à un seul arrêt, concernant l'application de la Convention à l'île de Man, territoire dont le Royaume-Uni assure les relations internationales au sens de l'article 63 § 1 de la Convention et sur lequel celle-ci était applicable en vertu d'une déclaration britannique ayant été formulée pour la première fois en 1953. Le fait que cet arrêt *Tyrer* (109), datant de 1978, soit pratiquement le seul dans lequel la Cour (et, bien sûr, avant elle, la Commission) se livre à un examen approfondi de l'article 63 § 3 lui confère un intérêt particulier (110). Par ailleurs, d'autres considérations importantes de la Cour, contenues dans cet arrêt et concernant avant tout la notion de « peine dégradante » de l'article 3, achèvent de faire de cet

(108) Voir le texte de l'avis en annexe à l'article de Karel VASAK, « Historique des problèmes de la ratification de la Convention par la France » (*Revue des droits de l'homme*, 1970, pp. 558-566).

(109) Voir pour des commentaires D. J. HARRIS, « Decisions on the European Convention on Human Rights » (*B.Y.B.I.L.*, 1978, p. 309) ; Graham ZELICK, « Corporal Punishment in the Isle of Man » (*I.C.L.Q.*, 1978, pp. 665-671) ; David BONNER, « The Beginning of the End for Corporal Punishment ? » (*The Modern Law Review*, vol. 42/5, September 1979, pp. 580-586) ; Patrice ROLAND, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme », (*Clunet*, 1980, pp. 459-460) ; Robert PELLOUX, « L'affaire irlandaise et l'affaire Tyrer devant la Cour européenne des droits de l'homme » (*A.F.D.I.*, 1978, pp. 379-402, en particulier pp. 400-402) ; Vincent BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Sirey, 3<sup>e</sup> édition, 1991, pp. 12-14 ; Barry PHILLIPS, « The Case for Corporal Punishment in the United Kingdom : Beaten into Submission ? » (*I.C.L.Q.*, 1994, pp. 153-163). Voir également les commentaires de G. COHEN-JONATHAN et de J.-P. JACQUE sur la décision de la Commission dans la même affaire (*A.F.D.I.*, 1978, p. 405).

(110) Ainsi qu'on le verra, l'importance de l'arrêt *Gillow* par rapport à l'analyse de la notion des nécessités locales est bien moindre.



arrêt, pourtant rendu dans une affaire quelque peu « folklorique », un véritable arrêt de principe (111).

Les faits de cet arrêt sont les suivants. Le sieur Tyrer, ressortissant britannique et habitant à l'île de Man, a été condamné par un tribunal local, et en conformité avec la législation mannoise, à une peine de fustigation, peine qui, du reste, a été effectivement exécutée. La Commission, ayant été saisie par le sieur Tyrer sur la base des articles 63 § 4 et 25 de la Convention, a jugé sa requête recevable et a déferé l'affaire à la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Un des axes essentiels de la défense du Royaume-Uni consistait justement dans l'invocation des « nécessités locales » qui, selon lui, rendaient le châtement corporel subi par Tyrer conforme à la Convention européenne des Droits de l'Homme, même si ledit châtement corporel devait rentrer dans la catégorie des « peines dégradantes » interdites par l'article 3 de la Convention. L'Attorney General de l'île de Man a, en particulier, soutenu devant la Cour que « *si l'on tient dûment compte de la situation locale dans l'île... le recours aux châtements judiciaires corporels sur une échelle limitée (112) continue à se justifier comme moyen de dissuasion et que, partant, le Royaume-Uni ne violerait pas la Convention* » (§ 37). Il a ensuite fait état de l'opinion publique mannoise, favorable, selon lui, au maintien des châtements corporels dans des cas bien définis (§ 37).

La Cour a pourtant estimé que l'Attorney General n'avait pas réussi à fournir « *la preuve manifeste et décisive d'une nécessité* ». La Cour ne peut, en particulier, « *estimer que les convictions et l'opinion publique locale fournissent en soi pareille preuve* » (§ 38). La Cour constate enfin que l'Attorney General de l'île de Man a parlé plutôt de circonstances et situations que de nécessités (§ 38).

Il ressort de cela que la Cour entend interpréter le terme « nécessités locales » de manière restrictive. Elle fait surtout une nette distinction entre les circonstances ou conditions locales et les « nécessités locales ». Les premières sont insuffisantes au regard de l'article 63 § 3 et n'exercent de ce fait aucune influence sur l'application de la Convention dans les territoires de l'article 63. En revanche, quand lesdites circonstances et conditions atteignent le niveau de « nécessités locales », elles peuvent prétendre à une adaptation des dispositions de la Convention.

Il serait cependant erroné de vouloir voir dans les « nécessités locales » des circonstances ou des conditions locales particulièrement intenses ; c'est que

(111) Voir Frédéric SUDRE, « La notion de « peines et traitements inhumains ou dégradants », dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des Droits de l'Homme (*R.G.D.I.P.*, 1984, pp. 825-889, en particulier pp. 853-854).

(112) Étaient passibles de la peine de fustigation seuls les jeunes et les adolescents de moins de 18 ans, de sexe masculin (le requérant invoquait à ce propos l'article 14 de la Convention) qui avaient commis un délit comportant des violences.

la différence entre ces notions n'est pas une simple différence de degré d'intensité ; elle est également qualitative. En effet, les notions de « circonstances » et de « conditions » ou encore de « situations » locales revêtent un caractère relativement neutre et statique. Les « nécessités », par contre, impliquent quelque chose de pressant voire d'urgent et revêtent un caractère dynamique en s'orientant vers la recherche d'une solution à un problème donné. Les « nécessités » relèvent même l'existence d'un problème, chose que ne font pas forcément les « conditions » ou les « circonstances ».

Aussi la jurisprudence de la Cour instaure-t-elle un véritable test de résultat utile que les « conditions locales » sont tenues de passer et de réussir pour pouvoir accéder au rang de « nécessités locales ». Dans son arrêt *Gillow*, la Cour refuse de qualifier de contraire à la Convention (à l'article 8) une loi de l'île de Guernesey imposant des restrictions relatives aux permis d'occupation de logements du moment que cette loi tendait « au bien-être économique de l'île » (§ 54) (113). Dans l'affaire *Tyrer*, l'Attorney General de l'île de Man a par ailleurs tenté de justifier le maintien de la loi prescrivant les châtiments corporels comme un moyen efficace de maintien de l'ordre public. Il ressort de tout cela que la notion de « nécessités locales » est à interpréter de manière stricte, tant et si bien que la dérogation à la Convention pour cause de « nécessités locales » est — doit être ! — une opération rare. Selon la formule de l'arrêt *Gillow*, « la notion de nécessité implique un besoin social impérieux » (§ 55) (114).

Si toutefois la manière restrictive d'envisager les « nécessités locales » représente, du moins à première vue, une garantie pour la protection des droits de l'homme, placer trop haut la barre risque d'aliéner certains gouvernements locaux dans la mesure où cela tend à niveler les différences existant entre le pays d'outre-mer et la métropole. C'est ce qui s'est passé d'ailleurs à propos de l'île de Man à la suite de l'arrêt *Tyrer* où la Cour a refusé de voir une quelconque « nécessité locale » justifiant le châtiment corporel dans l'île, tout comme elle a refusé de voir des différences notables entre cette île et la métropole. Cette prise de position n'a pas seulement braqué l'opinion mannoise, mais aussi l'opinion britannique en général, contre la Cour (115) ; elle a aussi provoqué le non-renouvellement pour l'île

(113) Voir aussi pour le point de vue de la Commission sur une loi analogue en vigueur dans l'île de Jersey la décision *Dun c. Royaume-Uni* (16 mai 1985 ; *Décisions et rapports*, vol. 43, p. 204).

(114) Il faut dire que bien d'autres arrêts de la Cour comportent cette définition. Ainsi, à titre d'exemple, l'arrêt *Lingens c. Autriche* (8 juillet 1986, Série A, N° 103, § 39) ou bien l'arrêt *Barthold c. R.F.A.* (25 mars 1985, Série A, N° 90, § 55).

(115) ZELICK, *op. cit.*, p. 665 ; Marc-André EISSEN, « La Cour Européenne des droits de l'homme » (*R.D.P.*, 1986, pp. 1539-1597, en particulier, pp. 1593-1594). Des députés britanniques, adeptes des peines corporelles, sont même allés jusqu'à demander à ce que le Royaume-Uni ne se conformât tout simplement pas à cette « most extraordinary decision » (cités par David KINLEY, *The European Convention on Human Rights. Compliance without Incorporation*, Dortmund, Aldershot, 1993, p. 43).

de Man de la déclaration de l'article 63 § 4 (116). On peut supposer que les organes de Strasbourg seront amenés à considérer la clause des « nécessités locales » avec infiniment plus de précautions à l'avenir (117) (118).

b) *La preuve des « nécessités locales »*

Un premier problème qui se pose en matière de preuve des « nécessités locales » concerne l'objet même de cette preuve. Il n'est pas difficile de voir qu'il faudra chaque fois prouver d'abord l'existence de « nécessités locales » et, ensuite, établir le contenu concret de celles-ci. Il n'est pas exclu néanmoins qu'il faille, dans un cas d'espèce, mesurer l'intensité des « nécessités locales », puisque, comme le suggère l'arrêt *Tyrrer* et comme on le verra par la suite, l'action des « nécessités locales » peut varier suivant leur degré d'intensité.

Pour ce qui est des moyens de preuve, la procédure de la Cour est caractérisée par une grande souplesse. Dans l'affaire *Tyrrer*, après avoir refusé l'invitation du Gouvernement mannois de procéder à une visite des lieux en vue « de se procurer des renseignements de première main sur les conditions et nécessités locales dans l'île de Man » (§ 6), visite qui, selon la Cour, « ne s'imposait pas grâce aux renseignements très complets fournis à la Cour » (§ 8), celle-ci examine un certain nombre d'arguments de l'Attorney General de l'île de Man tendant à prouver l'existence de « nécessités locales ». On ne peut pourtant qu'être étonné de la pauvreté de l'argumentation des autorités mannoises. Celles-ci s'appuyaient, pour l'essentiel, sur l'état de l'opinion publique dans l'île, plus particulièrement sur un débat à Tynwald, le Parlement local, et sur une pétition qui révélait une forte majorité en faveur de la conservation des châtiments judiciaires corporels dans des cas bien définis (§ 37).

Cette subjectivisation de la preuve des « nécessités locales » est écartée sans ménagement par la Cour, qui « ne peut estimer que les convictions et l'opinion publique fournissent en soi pareille preuve » (§ 38) (119). Il ne peut y avoir en effet de « nécessités locales » simplement parce que les autorités

(116) Le Royaume-Uni et l'île de Man ne sont que tout récemment revenus sur leur décision. Voir la déclaration du gouvernement britannique in *Feuille d'information*, N° 32, p. 4.

(117) BONNER, *op. cit.*, p. 584 ; voici le commentaire de R.R. CHURCHILL et J.R. YOUNG, « Compliance with Judgements of the European Court of Human Rights and Decisions of the Committee of Ministers : the Experience of the United Kingdom », 1975-1987 (*B.Y.B.I.L.*, 1991, pp. 283-346, en particulier p. 287) : « ... it is difficult to resist the conclusion that concern for Manx sensibilities has weighed more with the U.K. Government than a fullhearted commitment to its international obligations ».

(118) On notera néanmoins que la Isle of Man Court of Appeal dans son arrêt *Teary (Sergeant of Police) c. O'Callaghan* (1991) a réformé une décision d'une juridiction mannoise inférieure ayant à nouveau imposé une peine de fustigation (cité par Andrew CLAPHAM, *Human Rights in the Private Life*, Oxford, Clarendon Press, 1993, pp. 63-64). Ainsi donc, l'arrêt *Tyrrer*, ne serait-ce qu'indirectement, n'a pas été sans influencer cette île britannique réfractaire.

(119) On notera que la Commission est plus conciliante sur ce point lorsqu'elle admet la possibilité que « pareille conviction puisse constituer une circonstance locale » (§ 37 de l'arrêt de la Cour).

voire les populations locales croient qu'il y en a. La thèse contraire aboutirait à un résultat inadmissible : il suffirait que les autorités locales invoquent l'existence de « nécessités locales » pour paralyser toute action de contrôle des organes de Strasbourg. Des pans entiers du mécanisme judiciaire de la Convention seraient ainsi condamnés, ce qui justifierait, de surcroît, les pires des craintes des adversaires de la clause de l'article 63 § 3.

On peut par ailleurs comparer ici la clause des « nécessités locales » de la Convention avec la clause « la mesure dans laquelle l'État s'engage... » des Protocoles. Cette dernière clause, qui, mise en œuvre par un État, a, comme on l'a vu, la nature juridique d'une réserve, peut couvrir un domaine plus vaste que les « nécessités locales » *stricto sensu*. L'État reste virtuellement libre de choisir le degré d'application des Protocoles. Ce faisant, il peut bien sûr invoquer des « nécessités locales » et, de toute façon, une espèce de nécessité motive toujours, quant au fond, l'adoption de mesures législatives ou autres. Il n'en reste pas moins que les « nécessités locales » de l'article 63 § 3 constituent un concept soumis aux pouvoirs de contrôle et de vérification de la Commission et de la Cour. La réserve qui fixerait « la mesure dans laquelle... » échappe, en revanche, à tout pouvoir de censure de la part de la Commission et de la Cour (120). C'est cela le revers de la médaille du principe de l'assimilation de la métropole et des « colonies » consacré dans les Protocoles (exception faite de l'article 6 § 2 du Protocole N° 7).

Cela dit, la vérification par la Cour de l'existence de « nécessités locales » ne va pas jusqu'à refuser toute pertinence à la législation locale. Bien au contraire, la notion de marge d'appréciation des autorités locales est profondément enracinée dans la jurisprudence de la Cour, surtout quand il s'agit de vérifier le caractère « nécessaire » d'une mesure. Aussi la Cour estime-t-elle, dans son arrêt *Gillow*, « le législateur de Guernesey mieux placé que le juge international pour supputer les conséquences d'un relâchement des contrôles » concernant l'occupation de logements à loyer modéré (§ 56). Il y a ici un petit paradoxe (121). La Cour accepte comme preuve des « nécessités locales », bien que le mot ne soit pas prononcé, une loi locale. Or, c'est justement la conformité de cette loi à la Convention européenne qui est mise en cause par les époux *Gillow*. La Cour limite peut-être indûment sa compétence bien qu'on comprenne qu'il ne lui soit pas facile d'entrer dans les détails de la vie locale. Mais, si l'on veut tirer les conséquences extrêmes

(120) Sauf bien sûr au cas où la réserve en question contredirait le but et l'objectif du traité (Cf article 19 c de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

(121) Le paradoxe « de voir la Cour invoquer, à l'appui de son interprétation, la législation interne dont elle a la charge de contrôler la conformité au droit de la Convention » a déjà été relevé par W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH (« La référence au droit interne des États contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme » (*Revue internationale de droit comparé.*, 1980. pp. 317-335, en particulier p. 319). Dans l'arrêt *Gillow* pourtant référence n'est pas faite au droit des États membres du Conseil de l'Europe (cas de figure auquel l'éminent juriste belge se référait), mais à la seule législation de l'État défendeur.

de ce raisonnement — renoncement de la Cour, l'on retombe dans le piège ci-dessus dénoncé : la simple invocation d'une loi suffirait pour établir en droit l'existence de « nécessités ».

Si l'on compare maintenant la jurisprudence *Gillow* (1986) avec la jurisprudence *Tyrer* (1978), l'on voit que la Cour procède avec un certain empirisme. *In re Tyrer*, il y avait aussi bien la loi que le sentiment populaire qui militaient en faveur de l'existence des « nécessités locales ». *In re Gillow*, on n'invoque que la loi (le sentiment populaire n'y apparaît, pour ainsi dire, pas). Et, pourtant, dans l'arrêt *Tyrer*, la Cour conclut que la loi ne s'appuie pas sur des « nécessités locales », tandis que, dans l'arrêt *Gillow*, sa conclusion est très exactement la contraire. L'empirisme de la Cour a manifestement trait au domaine de la vie sociale dans laquelle la loi intervient. Si c'est l'article 3 de la Convention (interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains et dégradants) qui est mis en cause, la Cour devient tout de suite tatillonne et soumet volontiers à son pouvoir de vérification l'existence alléguée de « nécessités locales ». Dans d'autres domaines (où des droits moins fondamentaux sont en cause ?), la Cour peut laisser faire en accordant aux autorités locales une marge d'appréciation plus ou moins large. Comme l'admet du reste explicitement l'arrêt *Gillow*, « l'étendue de la marge d'appréciation dont jouissent les autorités nationales dépend... de la nature du droit en cause » (§ 55).

Nul doute par ailleurs que l'empirisme de la Cour témoigne également de son embarras quand on en vient à la preuve du contenu des « nécessités locales », embarras sans doute supérieur à celui du juge du for qui doit établir le contenu concret de la loi étrangère applicable dans un cas d'espèce suivant les règles normales du droit international privé (122).

Toutefois, l'empirisme de la Cour de Strasbourg ne s'arrête pas à la nature du droit de l'homme que les « nécessités locales » alléguées tenteraient de mettre en cause. Retenir ou non l'existence de « nécessités locales » dépend aussi de la nature du territoire d'outre-mer concerné.

Déjà la Commission a eu l'occasion d'écarter, dans l'affaire *Wiggins* (1976) (123) l'application de l'article 63 § 3 et donc constater l'inexistence de « nécessités locales » dans l'île de Guernesey au motif qu'il n'y avait pas « entre cette île et le Royaume-Uni de différences sociales ou culturelles notables... qui pourraient être prises en considération pour l'application des articles invoqués ». Une formule similaire se retrouve dans la décision de la Commission *in re Tyrer*. Le délégué de la Commission a en outre plaidé devant la Cour, dans la même affaire, que « l'on ne saurait en réalité s'appuyer sur l'article 63 § 3 pour des territoires aux liens et affinités aussi étroits que l'île de Man et le Royaume-Uni » (§ 37).

(122) La raison en sera le caractère souvent coutumier du droit local avec tout ce que cela implique en matière de contradictions et d'incertitudes juridiques.

(123) Requête N° 7456/1976, *Décisions et rapports*, vol. 13, p. 40.

Dans son arrêt rendu dans cette même affaire, la Cour préfère établir un parallèle non plus entre le « territoire d'outre-mer » (l'île de Man) et « sa » métropole (le Royaume-Uni), mais entre ce territoire et « la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe » (§ 38) pour relever que :

[l'île de Man] « a toujours figuré dans la famille des nations européennes et on doit la considérer comme un titulaire à part entière du 'patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit' auquel se réfère le préambule de la Convention » (§ 38). Et la Cour de conclure que « le système instauré par l'article 63 tendait pour l'essentiel à répondre au fait qu'au moment où l'on a rédigé la Convention il était encore des territoires coloniaux dont le niveau de civilisation ne permettait pas, pensait-on, la pleine application de cet instrument » (§ 38).

Ce recours aux travaux préparatoires n'est, à vrai dire, pas tout à fait opportun. N'est-ce pas la Convention de Vienne sur le droit des traités qui limite le recours aux travaux préparatoires aux seuls cas où l'interprétation du traité par d'autres moyens laisse le sens ambigu ou obscur ou elle conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou bien déraisonnable (article 32) ? Même si l'idée maîtresse des rédacteurs de la Convention de Rome était la prise en considération des « nécessités locales » prévalant dans les pays du Tiers Monde, il est difficile d'admettre que les colonies britanniques ou danoises (le Groenland) situées en Europe ne devaient pas être couvertes par l'article 63 § 3. Tenir compte des nécessités locales lors de l'application de la Convention dans ces « colonies » n'est ni manifestement absurde ni déraisonnable ni contraire au « sens ordinaire » des termes de la Convention. La pratique britannique (et, autrefois, danoise par rapport au Groenland) est déjà ancienne et n'a apparemment jamais été mise en cause par le dépositaire de la Convention ou par les autres États membres du Conseil de l'Europe. Il se peut donc que la Cour ait dépassé, dans son arrêt *Tyrer*, le cadre de ses compétences. Les réactions virulentes du Gouvernement mannois, manifestement attaché à la défense des particularismes de son pays (particularismes, il faut croire et espérer, qui vont bien au-delà du maintien des peines judiciaires dégradantes), peuvent de la sorte trouver une justification. Cela d'autant plus que, si l'on suivait la jurisprudence de la Cour dans l'arrêt *Tyrer* (ou celle de la Commission dans ses décisions *Tyrer* et *Wiggins*), l'on aboutirait à la réduction à néant de la disposition de l'article 63 § 3 par rapport aux « territoires d'outre-mer » européens ; l'on irait ainsi à l'encontre du principe d'interprétation bien établi de l'effet utile.

Les termes de l'arrêt *Tyrer* sont en effet si généraux que l'existence de « nécessités locales » dans des territoires tels que l'île de Man devient une pure hypothèse d'école tant et si bien qu'on peut parler d'une véritable présomption d'inexistence de « nécessités locales » au sens de l'article 63 § 3. Or,

force est de constater que cette présomption (124) ne s'appuie aucunement sur la lettre du texte conventionnel ni, finalement, sur les travaux préparatoires ou sur la pratique du Conseil de l'Europe.

L'arrêt *Gillow* tente d'ailleurs de désamorcer la crise de confiance aux organes de Strasbourg qu'a apparemment provoquée l'arrêt *Tyrrer* dans les colonies britanniques situées en Europe (mais peut-être aussi dans les territoires non-européens relevant de l'article 63). Dans cet arrêt, il est souvent fait allusion aux « conditions locales », notamment à l'exiguïté et à la surpopulation de l'île de Guernesey qui obligent le Gouvernement local à prendre des mesures restrictives concernant l'octroi de permis d'habiter des logements à loyer modéré. La jurisprudence *Tyrrer* n'en est pas pour autant dénoncée dans la mesure où l'arrêt *Gillow* évite soigneusement de se référer à l'article 63 de la Convention ou d'employer même l'expression « nécessités locales ». Cela est d'autant plus remarquable que la Cour examine attentivement la question de l'applicabilité du Protocole N° 1 à l'île.

On peut donc dire, en guise de conclusion, que, dans la phase actuelle de sa jurisprudence, la Cour a assoupli la présomption d'inexistence de « nécessités locales » dans les « colonies » situées en Europe. On peut, de toute façon, en tirer un argument *a contrario* et dire que, dans les « colonies » situées dans d'autres parties du monde, la présomption d'existence de « nécessités locales », suivant d'ailleurs la lettre de la Convention, serait la règle. Il est à observer cependant que dans l'arrêt *Ezelin c. France* les dispositions de l'article 63 n'ont aucunement été prises en considération. Si l'on peut encore considérer que l'assimilation des D.O.M. au territoire métropolitain, traditionnellement effectuée par la France, a joué un rôle majeur dans la non-prise en compte d'éventuelles « nécessités locales » (125), l'on est en revanche surpris de voir la Commission, tout comme le gouvernement défendeur, passer une nouvelle fois sous silence la clause de l'article 63 § 3 dans deux affaires relatives au T.O.M. de la Nouvelle Calédonie : *Céline Tjibaou c. France* (126) et *Mayat et Boi c. France* (127).

De même, par ailleurs, la Commission ne se prononce pas sur l'existence de « nécessités locales » en Polynésie française et en Nouvelle Calédonie dans

(124) Voir pourtant en faveur de cette présomption : G. MERRILLS, *The Development of International Law by the European Court on Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 1988, p. 132).

(125) Position pas tout à fait convaincante. Voir *supra*.

(126) Décision d'irrecevabilité pour non-épuisement des voies de recours internes en date du 6 septembre 1990 ; *Décisions et rapports*, vol. 66, p. 198.

(127) Décision d'irrecevabilité pour non-épuisement des voies de recours internes en date du 4 mars 1991 ; *Décisions et rapports*, vol. 69, p. 212. Il se peut par ailleurs que ce soit précisément le motif de non-épuisement des voies de recours internes qui ait motivé la non-invocation de l'article 63 § 3, ce dernier jouant surtout quand le fond d'une affaire est examiné. La remarque vaut également pour l'affaire *Tjibaou c. France*.

sa décision du 3 décembre 1992 *Dorothee Piermont c. France* (128) qui déclare les requêtes recevables. Contrairement à la Commission et à la requérante, le gouvernement français se réfère à plusieurs reprises à l'article 63 quoique, semble-t-il, il n'envisage pas cette disposition comme base autonome ou suffisante pour sa défense (129). Il paraît en tout cas que la France pourrait très bien supplanter, dans un proche avenir, le Royaume-Uni en tant que partie contractante grande pourvoyeuse de contentieux relatif à l'article 63.

### B. *Un concept dont l'action reste incertaine*

La Convention n'indique nulle part quel est le domaine couvert par la clause des « nécessités locales » ni d'ailleurs quelle peut être la fonction de cette clause. La tâche d'y apporter des éclaircissements incombe, une fois encore, à la jurisprudence et à la doctrine.

#### a) *Le domaine des « nécessités locales »*

La formule de l'article 63 § 3 est on ne peut plus globale. Ce sont « les dispositions de la présente Convention » qui « seront appliquées en tenant compte des nécessités locales ». On peut donc penser que les « nécessités locales » n'affecteront pas seulement l'application des dispositions décrivant les droits protégés par la Convention (en somme, le Titre I de la Convention), mais aussi l'application des dispositions disant comment ces droits seront protégés au niveau européen, autrement dit les dispositions concernant des questions de procédure.

En réalité, on voit mal comment la deuxième catégorie de dispositions peut être affectée par les « nécessités locales ». Tout d'abord, un certain nombre de dispositions de l'article 63 lui-même concernent des questions de procédure au sens large du terme (entrée en vigueur de la Convention dans les territoires en question, compétences de la Commission, etc.) (130). Mais, surtout, il eût été intolérable de prévoir deux poids et deux mesures dans la mise en œuvre du mécanisme juridictionnel de Strasbourg suivant que la Convention s'applique en métropole ou dans les « colonies ». Une justice moins juste pour ces dernières a dû tout de même être étrangère aux pères de la Convention.

(128) Deux requêtes jointes, N° 15773/89 et 15774/89. Décision non encore publiée. Il en va de même dans le rapport de la Commission adopté le 20 janvier 1994 (non encore publié dans la recueil).

(129) Un exemple de l'argumentation gouvernementale : « *Il en va d'autant plus ainsi que l'article 63 de la Convention l'autorise [le gouvernement français] à prendre en compte la situation propre de ces territoires en matière d'ordre public et c'est en cela que les « nécessités locales » ont une incidence sur les faits de la cause.* »

(130) Cela est encore plus vrai en ce qui concerne les Protocoles.



Il n'en reste pas moins que, même dans le Titre I de la Convention, pourtant décrivant les droits protégés, un certain nombre d'articles (articles 14 — 18) ne contiennent pas à proprement parler des droits protégés mais des dispositions modulant l'application des articles 2 — 13. Dans la mesure où les articles 14 — 18 « décrivent », eux aussi, quoique de manière complémentaire et non point autonome, les droits protégés, ils peuvent subir l'influence des « nécessités locales ». Ainsi, par exemple, des « nécessités locales » (caractère particulièrement belliqueux des « indigènes » (131), diffusion anormale d'armes à feu, etc.) (132) peuvent décider les autorités à prendre — et les organes de Strasbourg à cautionner — plus facilement des mesures dérogeant à leurs obligations conventionnelles dans un territoire d'outre-mer qu'en métropole en vertu de l'article 15 de la Convention, de même qu'elles peuvent considérer que le terme « nation » dans la phrase « *danger public menaçant la vie de la nation* » (article 15) peut désigner un territoire de l'article 63 envisagé séparément (133).

Souvent, en effet, les « nécessités locales » exerceront leur influence à travers les dérogations autorisées à un droit protégé, en agrandissant notamment l'étendue et/ou la fréquence de ces dérogations. Ainsi, par exemple, l'article 4 de la Convention, tout en interdisant le travail forcé ou obligatoire (§ 2), refuse de considérer comme tel « *tout service requis dans le cas de... calamités qui menacent... le bien-être de la communauté* » (§ 3 c). Si donc un territoire d'outre-mer est régulièrement dévasté par des typhons ou d'autres fléaux calamiteux, la décision des autorités d'instaurer un travail

(131) La France a implicitement soutenu dans l'affaire *Dorothee Piermont* que des « nécessités locales » provisoires devraient être prises en compte (« *contexte politique particulièrement tendu de ces territoires [Polynésie française et Nouvelle Calédonie] en cette période électorale* » ; Rapport précité, § 36). Il n'est pas sûr qu'une telle conception puisse être cautionnée.

(132) Est-ce que des facteurs exogènes peuvent constituer des nécessités locales au sens de l'article 63 § 3 ? Dans l'affaire *Amekrane c. Royaume-Uni*, le gouvernement britannique a, entre autres, fondé l'extradition au Maroc du général Amekrane, responsable d'un attentat contre le roi du Maroc, sur l'éventualité de « *conséquences sérieuses pour la population et le territoire de Gibraltar* » à cause notamment de l'approvisionnement du Rocher par le Maroc ainsi que, accessoirement, de la présence de nombreux ressortissants marocains sur ce territoire. Certes, la décision de la Commission en date du 11 octobre 1973 (*Recueil des décisions*, vol. 44, p. 101) déclare la requête de la veuve (le général a été exécuté par les autorités marocaines) recevable, mais, comme le débat ne se place jamais dans le cadre de l'article 63 de la Convention, il est difficile d'en tirer de quelconques conclusions.

(133) En ce sens E. LAUTERPRACHT, « *The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law-European Convention on Human Rights. Suspension of its Application to Cyprus* » (*J.C.L.Q.*, 1956, pp. 432-434). Le Royaume-Uni a souvent invoqué l'article 15 pour arrêter des mesures d'urgence dans un certain nombre de territoires dont il assurait les relations internationales. Il en va de même de la France pour ce qui est de la Nouvelle-Calédonie dans une période récente. Or, il est clair que ce n'était pas la vie de la nation française toute entière qui était menacée par les événements sur le « Caillou ». Il arrive d'autre part que l'état d'urgence soit instauré en vertu de l'article 15 non pas sur l'ensemble du territoire métropolitain, mais sur une partie seulement, comme, par exemple, sur sept provinces en proie aux troubles en Turquie du Sud-Est. On pourrait exprimer des doutes quant à la conformité de ces mesures à la lettre (et, peut-être, à l'esprit de l'article 15) qui conçoit apparemment le « *danger public menaçant la vie de la nation* » d'une manière globale et non pas sélective suivant telle ou telle autre province. La seule exception vise à cet égard les territoires de l'article 63.

obligatoire pour les habitants en vue de lutter contre ces fléaux sera « couvert » par la Convention. Les « nécessités locales », fondées, dans ce cas, sur un facteur extérieur aux humains, assouplissent de la sorte l'interdiction générale du travail forcé ou obligatoire.

Toutefois, ce ne sont pas tant les « nécessités locales » qui s'appuient sur des éléments naturels (134) qui nous intéressent ici, mais celles qui s'appuient sur un ordre social différent de celui de la métropole, voire sur un stade de civilisation — prétendu — inférieur à celui de la métropole, comme le suggère l'arrêt *Tyrer*. On se rappellera qu'aussi bien dans l'affaire *Tyrer* que dans l'affaire *Gillow* les « nécessités locales » avaient une forte connotation sociale puisque les lois mises en cause concernaient respectivement le maintien de l'ordre et le bien-être économique du territoire (135).

Il serait hasardeux de dresser ici une liste des droits protégés par la Convention qui pourront subir l'influence plus ou moins grande des « nécessités locales ». On ne peut s'empêcher d'autre part de penser que leur influence sera plus particulièrement ressentie dans la protection des droits portant sur le statut personnel et sur la famille, c'est-à-dire, en gros, sur les droits garantis par les articles 8 et 12 de la Convention ainsi que sur l'article 5 du Protocole N° 7 (136). Les États s'orientent parfois spontanément vers ces dispositions pour expliquer ce qu'ils entendent par « nécessités locales » (137).

(134) J. E. S. FAWCETT (*op. cit.*, p. 342) estime que les « nécessités locales » de l'article 63 § 3 se réfèrent « *primarily to permanent or organic characteristics of a territory and would not extend to temporary features.* »

(135) Il est vrai que dans l'affaire *Gillow*, les « nécessités locales » s'identifiaient en partie au moins à l'exiguïté de l'île de Guernesey (élément naturel !). Il en va de même dans les affaires précitées *Wiggins* (île de Guernesey), *Dun* (île de Jersey) et *Herrick* (également île de Jersey ; décision du 11 mars 1985, *Décisions et rapports*, vol. 42, p. 275).

(136) Article 8 § 1 : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile...* ». Article 12 : « *A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.* » Article 5 du Protocole N° 7 : « *Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution....* ». On signalera que, dans sa décision *G. et B. c. Norvège* déjà citée (voir *supra*, note 7) la Commission a pu déclarer, dans une affaire concernant des Lapons norvégiens : « *La Convention ne garantit aucun droit spécifique aux minorités, mais méconnaître un mode de vie particulier des minorités peut poser un problème sur le terrain de l'article 8.* »

(137) La déclaration qui accompagne la ratification par la France du Protocole N° 7 est caractéristique qui énonce : « *L'article 5 ne doit pas faire obstacle à l'application du droit local dans la collectivité territoriale de Mayotte et des territoires de Nouvelle-Calédonie et des îles Wallis et Futuna... Le Protocole N° 7 à la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de la République, compte tenu, en ce qui concerne les territoires d'outre-mer et la collectivité territoriale de Mayotte des nécessités locales auxquelles l'article 63 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales fait référence.* ». D'autres États ne se sentent en revanche pas obligés d'expliquer leur position sur ce point. Le Danemark et le Royaume-Uni ne se sont même pas référés aux « nécessités locales », la Belgique, les Pays-Bas et, en d'autres cas, la France s'y sont référés de manière tout à fait générale et abstraite. La déclaration des Pays-Bas du 29 novembre 1955, selon laquelle la Convention s'appliquait au Surinam et aux Antilles néerlandaises à l'exception de l'article 6 § 3 c (concernant le droit à l'assistance judiciaire gratuite), même si elle se fondait sur une « nécessité locale » (par exemple, manque d'avocats en nombre suffisant) s'apparentait à tout point de vue à une réserve au sens de l'article 64. Cette réserve a depuis été levée.

Il n'y a pas par ailleurs, à notre connaissance, de jurisprudence européenne sur ce point. On relèvera en tout cas une affaire *V.R. (et quatre autres) c. Royaume-Uni* relative au statut des enfants naturels en matière de succession dans le droit de Guernesey (138). Une indéniable discrimination y est instaurée entre enfants légitimes et enfants naturels en ce que ces derniers ne peuvent hériter en l'absence d'une disposition testamentaire expresse. Certes, la décision de la Commission ne place pas la problématique dans le cadre des nécessités locales de l'article 63 et l'on sent l'organe européen quelque peu soulagé de pouvoir faire l'économie de ce débat difficile. En effet, la requête est déclarée irrecevable sur la base de l'article 26 (violation de la règle de six mois) !

Les droits portant sur le statut personnel au sens large de ce terme présentent en tout cas une indéniable particularité par rapport aux autres droits protégés par la Convention et qui les rend idoines à subir l'influence des « nécessités locales » ; c'est qu'il s'agit de droits de nature plus particulièrement civile qui tranchent avec les droits qu'on peut qualifier de politiques *largo sensu*. Les uns n'intéressent immédiatement que l'individu, les autres intéressent la communauté toute entière (139). Il est donc logique que les autorités fassent une place plus grande aux « nécessités locales » quand il s'agit de droits intéressant principalement l'individu et que les organes de Strasbourg reconnaissent plus facilement la place ainsi faite.

#### b) *La fonction des « nécessités locales »*

Comme l'a explicitement reconnu la Commission dans sa décision rendue à la suite de la requête interétatique *Chypre c. Turquie*, « le but de l'article 63 n'est pas seulement l'extension territoriale de la Convention, mais aussi son adaptation... aux différences culturelles et sociales » des territoires d'outre-mer. Et la Commission d'invoquer comme preuve la disposition de l'article 63 § 3 elle-même. Cet avis de la Commission rejoint ainsi le passage de l'arrêt *Tyrer* déjà cité où la Cour parle de « niveau de civilisation » des territoires coloniaux qui « ne permettait pas, pensait-on, la pleine application de cet instrument ». On peut enfin rappeler la définition de la « nécessité » comme d'un « besoin social impérieux » donnée par l'arrêt *Gillow*.

(138) Requête N° 20777/92 ; décision du 1<sup>er</sup> septembre 1993 non encore publiée.

(139) Cela ne veut pas dire qu'il n'y pas de domaines « politiques » dans lesquels l'influence des « nécessités locales » peut se faire sentir. Le domaine du droit pénal en serait un. Ainsi, par exemple, les anciennes autorités juridiques au Groenland ne réagissaient pas tant au délit qu'au délinquant. Les sanctions se décernaient individuellement et se fondaient sur l'examen global du délinquant, de sa famille, de son milieu social et de sa fonction sociale. Même le Code criminel actuellement en vigueur au Groenland (pourant, pour ce qui est de la Convention, désormais partie intégrante de la métropole...) se caractérise de particularités indéniables en ce qu'il ignore, par exemple, l'autorité de la chose jugée : il serait loisible d'examiner indéfiniment les dossiers, de raccourcir les peines ou de les repenser pour aller dans le sens de l'objectif du Code : que le délinquant ne reproduise pas le comportement antisocial indésirable (Elaine SCHUCHTER, « Paix arctique et justice danoise au Groenland » (*Droit et société*, 1987, N° 5, pp. 75-88).

Or, différences sociales et culturelles, niveaux de civilisation différents, besoins sociaux impérieux présupposent, implicitement certes mais assez clairement, l'existence, dans le territoire, d'un groupe humain qui a des caractéristiques spécifiques par rapport aux caractéristiques des gens de la métropole. Ces traits socio-culturels distinctifs doivent évidemment se répercuter sur le plan juridique (au moins dans les domaines couverts par la Convention) et être tellement enracinés dans la mentalité des individus du groupe que la dérogation par rapport à la norme de la Convention puisse être justifiée.

On ne doit pas d'autre part voir dans cet assouplissement de la Convention une largesse et une condescendance vaguement paternalistes de la part des rédacteurs de la Convention. *A fortiori*, et avec le recul, on ne doit pas y voir non plus un moyen détourné de perpétuer, sur le plan des droits de l'homme, le joug colonial. Il serait intéressant de nous éloigner de tout européocentrisme et nous placer du point de vue des groupes indigènes qui n'étaient et, peut-être ne sont toujours pas disposés à accepter une convention conçue pour l'Europe (occidentale) par des Européens (occidentaux). La prise en compte des « nécessités locales » serait, dans cette optique, la *condition sine qua non* de l'extension de la Convention à certains territoires d'outre-mer (140).

Une place implicite certes et modeste, mais bien réelle, est ainsi faite à d'autres civilisations que celles de l'Europe occidentale, à des civilisations « dissidentes », bref à des minorités culturelles. Cela mérite d'être relevé étant donné une certaine aversion qui caractérise la Convention et qui a, plus généralement, caractérisé par le passé les activités du Conseil de l'Europe par rapport au concept même de minorités.

Le jacobinisme européen de la civilisation européenne une et indivisible cède néanmoins le pas dans le cas des possessions extra-européennes, sans doute parce qu'il s'y sent moins concerné et, par conséquent, moins menacé. Peut-être nourrissait-il aussi, en son temps, le secret espoir d'une rapide et complète décolonisation. Il n'avait probablement pas prévu l'évolution historique qui a voulu que certaines possessions subsistent outre-mer, lesquelles, de Gibraltar à Mayotte, résistent à tout vent de décolonisation et reposent la prise en compte des « nécessités locales » en des termes nouveaux. Plus grave, les « nécessités locales » frappent désormais au cœur de l'Europe : grâce d'abord aux chevaux de Troie que sont Gibraltar, l'île de

(140) Cf. le commentaire de M. BAILLY rapporté par la *Revue des droits de l'homme*, 1970, p. 685 : « Je pense pour ma part que la Convention européenne doit être écartée en ce qui concerne les Territoires et les Départements d'Outre-mer : il suffit de se rapporter au préambule de cette Convention pour constater qu'il fait état du patrimoine commun. Juridiquement, on peut intégrer les Départements et les Territoires d'Outre-mer au Territoire de la République Française, mais on ne peut pas intégrer les populations de ces territoires, du point de vue de la civilisation, du point de vue de leur morale, du point de vue de leurs mœurs.... Je pense que c'est la Convention elle-même qui ne convient pas à ces pays d'Outre-mer. »

Man, l'île de Jersey, l'île de Guernesey (et, demain, l'île de Corse ?) et grâce ensuite à une jurisprudence qui prend de plus en plus en compte les conditions locales dans l'application *in concreto* de la Convention, en dehors de toute référence, cela va de soi, à l'article 63. Mais la légalité et les limites d'une telle jurisprudence doivent être étudiées à part.

## DEUXIÈME PARTIE. — LA LÉGALITÉ DE LA CLAUSE DES « NÉCESSITÉS LOCALES »

Le terme « légalité » se référant à une disposition d'un traité international peut de prime abord surprendre. On est en effet habitué à rencontrer ce terme dans le droit interne et dans un contexte de rapports hiérarchiques entre différentes règles juridiques. Or, c'est précisément notre intention, dans cette partie de notre étude, d'examiner certaines questions se rapportant à la compatibilité de la clause des « nécessités locales » d'abord avec le reste des dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme et ensuite avec les dispositions d'autres instruments portant sur les droits de l'homme.

### § 1<sup>er</sup>. — *La légalité « interne » des « nécessités locales »*

La difficile compatibilité de la clause des « nécessités locales » avec les autres dispositions de la Convention européenne (I) ne doit pas occulter la question de légalité soulevée par leur prise en compte dans les seuls territoires d'outre-mer, situation qui peut aboutir inversement à une discrimination à la défaveur des territoires métropolitains (II).

#### *I. Compatibilité des « nécessités locales » avec les autres dispositions de la Convention*

L'examen de cette compatibilité n'aura manifestement d'incidences pratiques aboutissant à la limitation de l'action des « nécessités locales » que si l'on peut établir des rapports hiérarchiques entre la clause de l'article 63 § 3 et les dispositions décrivant les droits de l'homme protégés.

##### *A. Des rapports hiérarchiques entre les dispositions de la Convention ?*

Est-ce que toutes les dispositions d'un traité international donné se trouvent sur un pied d'égalité ? La question est à l'évidence loin d'être académique. Une réponse négative, c'est-à-dire une réponse qui hiérarchiserait les diverses dispositions du traité, apporterait une contribution appréciable au cas où l'on constaterait une contradiction entre lesdites dispositions.

Il y a plusieurs façons d'« interroger » un traité pour qu'il nous révèle la hiérarchie (ou, en revanche, l'absence de hiérarchie) entre ses règles.

On peut tout d'abord faire appel à la théorie de *jus cogens*. Les dispositions du traité qui refléteraient d'une manière ou d'une autre des règles de droit impératif auraient, de ce fait même, la primauté sur toutes les autres dispositions. Or, il est difficile de distinguer entre règles impératives et règles non-impératives parmi les dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Si la tendance de conférer aux droits de l'homme le caractère de *jus cogens* se généralisait (141), il n'en resterait pas moins que cela ne nous avancerait guère quant à la hiérarchisation des droits de l'homme et, de manière concomitante, des dispositions visant à leur protection. A la limite, notre question initiale se présenterait sous une autre forme : quels sont les rapports hiérarchiques entre plusieurs règles de droit impératif ?

Une autre méthode permettant de clarifier les rapports entre des dispositions contradictoires est de tirer argument du domaine fermé aux réserves. Les dispositions qui ne peuvent faire l'objet de réserves sont ainsi censées avoir un caractère plus « solide » que les autres ; en cas de conflit, elles auraient, par conséquent, la primauté (142). Or, l'article 64 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui traite des réserves, n'établit aucun domaine fermé à celles-ci (143). Cette méthode, qui n'est tout de même pas exempte d'un certain empirisme, n'est donc d'aucune utilité ici.

Une troisième méthode permettant de départager deux droits qui se contredisent serait d'attribuer à l'un d'eux une valeur supérieure. Mais deux problèmes émergent ici : qui va « noter » les droits de l'homme ? Selon

(141) Voir à cet égard le cinquième rapport à la Commission du droit international de Roberto Ago portant sur la responsabilité des États. L'éminent juriste italien qualifie de « crime international » la violation grave d'une obligation internationale ayant pour objet « le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (article 18 § 3 a ; *Annuaire de la C.D.I.*, 1976, vol. II, 1ère Partie, p. 57). Il est vrai pourtant que la Commission n'a finalement accepté comme acte constitutif d'un crime international que « la violation grave et à une large échelle d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain, comme celle interdisant l'esclavage, le génocide, l'apartheid » (article 19 § 3 c du Projet d'articles sur la responsabilité des États de 1976, *Annuaire de la C.D.I.*, 1976, vol. II, 2<sup>e</sup> Partie, p. 70). Voir aussi les commentaires de la C.D.I. sur l'article 5 de la Deuxième Partie (Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale) du projet d'articles sur la responsabilité des États (*Annuaire de la C.D.I.*, 1985, vol. II, 2<sup>e</sup> Partie, pp. 26-27). On retiendra en tout cas que, si les droits de l'homme constituant des règles impératives sont ceux énoncés à l'article 19 adopté à titre provisoire (esclavage, génocide, apartheid), seule l'interdiction de l'esclavage est formellement admise par la Convention de Rome (article 4). Ce droit fait en plus partie du « noyau dur » de la Convention (article 15 § 2). Le génocide et l'apartheid pourraient néanmoins être concernés par la théorie des droits protégés par ricochet.

(142) Dans son célèbre arrêt du 20 février 1969 sur le plateau continental de la mer du Nord, la Cour internationale de justice tire ainsi argument d'une disposition de la Convention de 1958 sur le plateau continental qui n'autorise pas les réserves aux trois premiers articles de la Convention pour considérer les dispositions de ces articles comme valables *erga omnes* en vertu du droit coutumier (*Rec.*, 1969, pp. 38-39, § 63).

(143) Le Protocole N° 6 constitue à cet égard une exception. Son article 4 interdit toute réserve.

quels critères ? A supposer que ce soient, dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme, les organes de contrôle de Strasbourg, et avant tout la Cour européenne, qui seraient chargés de cette mission, il n'est pas difficile de voir une réelle gêne de la Cour dans ce domaine. Aussi est-ce, dans la pratique, à la doctrine qu'il est revenu d'examiner la question, bien que, pour le moment, peu nombreux soient les auteurs qui s'attellent à cette tâche (144). L'effort des auteurs se dirige principalement « contre » les droits de l'homme dits de « troisième génération », droits à forte connotation sociale (droit au développement, à la nourriture, à un environnement sain, à la paix...) (145). Il est possible que le refus ou tout au moins la subordination des droits de la « troisième génération » aux droits de l'homme « classiques » (civils et politiques) se fasse dans un contexte idéologique bien marqué : celui du néolibéralisme, de telle sorte que le débat sur la hiérarchie des droits de l'homme risque de s'entacher d'une haute dose de subjectivité.

C'est en tout cas à une méthode mixte, combinant des éléments de la deuxième et de la troisième méthode ci-dessus examinées, que la Cour européenne a eu recours, dans son arrêt *Tyrrer*, pour résoudre la contradiction entre deux dispositions, celle de l'article 3 (interdiction des peines dégradantes) et celle de l'article 63 § 3 (aménagement des droits de l'homme, dans les « colonies », dû à l'influence des « nécessités locales ») (146). Des hésitations semblent pourtant caractériser le raisonnement de la Cour, hésitations qui en diminuent évidemment d'autant la valeur d'arrêt de principe de son arrêt du 25 avril 1978.

Cependant, plusieurs conditions semblent justifier ces hésitations. On en mentionnera comme première la difficulté même pour la Cour de se prononcer de manière tranchée sur la question de rapports hiérarchiques entre les dispositions de la Convention. Les plaidoiries des autorités mannoises, fort habiles sur ce point, évitent d'une part, dans la mesure du possible, de poser en des termes clairs la contradiction entre les articles 3 et 63 § 3 de

(144) Voir pourtant Theodor MERON, « On a Hierarchy of International Human Rights » (*A.J.I.L.*, 1986, pp. 1-23). Selon d'autres auteurs, il est par contre inadmissible d'établir des distinctions hiérarchiques entre les droits de l'homme qu'on devrait au contraire envisager dans leur globalité. Ainsi, par exemple, René-Jean DUPUY dans une conférence prononcée le 14 novembre 1990 à l'Université de Nice sur le thème : *Droits de l'Homme : valeur européenne ou universelle ?* L'éminent juriste français rappelait à cet égard l'hostilité de René CASSIN contre toute idée de hiérarchisation des droits de l'homme ainsi que son combat pour la reconnaissance de l'universalité et de l'indivisibilité des droits de l'homme.

(145) Voir Philip ALSTON, « A Third Generation of Solidarity Rights : Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law ? » (*Netherlands International Law Review*, 1982, pp. 307-322 ; du même auteur : « Conjuring Up New Human Rights : A Proposal For Quality Control » (*A.J.I.L.*, 1984, pp. 607-621).

(146) D'aucuns peuvent objecter que l'article 63 § 3 contenant une simple disposition de procédure ne peut être comparée avec l'article 3 contenant, lui, un droit matériel. La réponse a déjà été donnée *supra* : la prise en compte des « nécessités locales » lors de l'application de la Convention n'est pas une simple convenance, mais un véritable droit instauré au profit de minorités (mais majoritaires sur leur propre territoire) socio-culturelles d'outre-mer.

la Convention. Pour l'Attorney General de l'île de Man, le « *châtiment judiciaire corporel tel qu'on l'a pratiqué dans l'île de Man à l'égard du requérant ne revêt pas un caractère dégradant* » (question objective) et, de toute façon, « *la majorité [des habitants de l'île de Man] ne considère pas cette peine comme dégradante* » (question subjective ; § 37). Ce n'est qu'en second lieu que l'article 63 § 3 est invoqué, ce qui oblige la Cour à examiner d'abord si la peine de fustigation subie par le requérant correspond à une peine dégradante au sens de l'article 3 (147). Mais déjà le choc entre cet article et l'article 63 § 3 est quelque peu amorti.

La Commission n'aide pas davantage la Cour à résoudre la contradiction en question. En effet, la Commission avait exprimé l'avis suivant dans son rapport du 14 décembre 1976 :

*« Sous l'angle de l'article 63 § 3 de la Convention, il n'y avait entre l'île de Man et le Royaume-Uni aucune différence sociale ou culturelle importante qui pût présenter un intérêt pour l'application de l'article 3 en l'espèce ».*

La Commission, en refusant l'applicabilité même, dans le cas d'espèce, de l'article 63 § 3, en niant, en d'autres termes, l'existence de « *nécessités locales* » prend le contre-pied du raisonnement de l'Attorney General (qui refusait, lui, l'existence d'une peine dégradante) ; mais aussi bien elle que lui aboutissent au même résultat : en niant la pertinence de l'un des deux facteurs du conflit, le conflit lui-même ne peut avoir lieu.

Cela dit, la proposition de la Commission n'est pas purement négative. En refusant *in concreto* l'applicabilité de l'article 63 § 3, elle laisse subsister *in abstracto* la possibilité d'une éventuelle primauté des « *nécessités locales* », si évidemment des « *nécessités locales* » (148) existent. C'est la même position, toute en nuances, que défend le délégué principal de la Commission devant la Cour. Il dit bien « *que l'on a du mal à imaginer la possibilité de se fonder sur des caractéristiques locales pour légitimer une infraction à l'article 3* », mais il ajoute aussitôt une qualification réductrice : « *quant à la situation locale dans l'île* ». On remarquera qu'il parle de « *caractéristiques* » et de « *situation* » locales ; il évite de parler de « *nécessités locales* », une catégorie qu'il sait supérieure à celles qu'il mentionne.

La démarche de la Cour, on l'a déjà dit, semble hésitante. Elle énonce ainsi au § 31 de l'arrêt : « *Surtout, la Cour doit y insister, le recours à des peines contraires à l'article 3 n'est jamais admissible quels que soient leurs effets dissuasifs* ». Pourtant, un peu plus loin (§ 38), elle pose la question de la contradiction entre les deux articles : « *Le problème à résoudre consiste*

(147) Signalons ici que le juge britannique Sir Gerald FITZMAURICE ne se réfère presque pas à l'article 63 § 3 si ce n'est que pour exprimer un léger doute quant à l'inapplicabilité de cet article à des territoires comme l'île de Man. Il s'efforce au contraire, tout au long de sa longue opinion dissidente, de montrer que la peine infligée au requérant ne tombe pas sous la coupe de l'article 3.

(148) Argument *ex subjonctif* du passé (« *qui pût présenter* » ; « *which could be relevant* »).



donc à savoir s'il existe dans l'île de Man des nécessités locales au sens de l'article 63 § 3, telles que malgré son caractère dégradant... la peine incriminée n'enfreindrait pas l'article 3 ». Si l'article 3 avait bien le caractère absolu que lui prête le § 31 de l'arrêt, alors pourquoi poser la question de ses rapports avec l'article 63 § 3 ? La question semble purement rhétorique, puisque, un peu plus loin, dans le même paragraphe 38, la Cour donne une réponse identique à celle donnée plus tôt dans le paragraphe 31 de l'arrêt. Elle y énonce notamment :

*« Enfin et surtout, même si l'on ne pouvait préserver l'ordre dans l'île de Man sans recourir aux châtiments judiciaires corporels, cela n'en rendrait pas l'emploi compatible avec la Convention. Ainsi que l'a rappelé la Cour, l'article 3 énonce une prohibition absolue et d'après l'article 15 § 2 les États contractants ne peuvent y déroger, fût-ce en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation. Nulle nécessité locale touchant au maintien de l'ordre public ne saurait non plus, aux yeux de la Cour, donner à l'un de ces États, en vertu de l'article 63 § 3, le droit d'user d'une peine contraire à l'article 3. »*

La primauté de l'article 3 semble ainsi bien établie. La Cour se fonde en particulier sur le caractère non « dérogeable » de l'interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains et dégradants (149). La non-dérogação s'appuie sur deux facteurs, un négatif et un positif. Le premier est l'absence de toute disposition qui, au sein même de l'article 3, en viendrait à en assouplir le caractère absolu. Cela a dû d'autant plus frapper la Cour que la plupart des autres droits sont finalement des droits qualifiés, des droits auxquels d'autres dispositions de l'article même qui les énonce permettent de déroger. De facteur positif on peut du reste qualifier le fait que l'article 3 soit nommément cité à l'article 15 § 2 de la Convention. La plupart des droits de l'homme protégés par la Convention et par les Protocoles peuvent être suspendus en vertu de l'article 15 qui traite des périodes de guerre ou des cas d'autres dangers publics menaçant la vie de la nation ; l'État, qui met en œuvre l'article 15 est pourtant tenu de s'abstenir de l'exercice d'actes condamnés par l'article 3. Cela suffit pour conférer à l'article 3 un incontestable statut de supériorité par rapport à d'autres dispositions de la Convention, en tout cas par rapport à l'article 15. Mais cela suffit-il pour en faire une disposition intouchable en toute circonstance ? Le paragraphe 38 *in fine* de l'arrêt *Tyrrer* semble bien le suggérer, mais ce n'est, somme toute, que de manière prétorienne que la Cour subordonne les « nécessités locales » à l'interdiction des peines dégradantes. En effet, du point de vue de la logique abstraite, on ne voit pas pourquoi cette interdiction en cas de proclamation de l'état de siège implique son non-assouplissement par la prise en compte des « nécessités locales », du moment que les rapports d'inégalité manifeste entre l'article 3 et l'article 15 sont valables à

(149) Pour Frédéric SUDRE (*La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 1990, P.U.F., « Que sais-je ? », p. 25), l'article 15 § 2 établit une « hiérarchie formelle des droits de l'homme en distinguant des droits intangibles et des droits conditionnels ».

l'intérieur du Titre I de la Convention. L'article 63 § 3, se situant à l'extérieur de ce Titre, est extérieur aux rapports tissés entre ces deux articles. En clair, ce qui est valable pour la métropole ne l'est pas forcément pour les territoires d'outre-mer.

Il se peut que, dans le subconscient de la Cour, le fait que l'île de Man ne constitue tout simplement pas un « véritable » territoire d'outre-mer influe sur la conclusion à laquelle elle arrive. Mais cela c'est reposer la question de l'existence des « nécessités locales » dans l'île de Man. A la limite, la Cour n'aurait nul besoin de se livrer à des *obiter dicta* concernant les rapports *in abstracto* entre l'article 3 et l'article 63 § 3, du moment qu'elle avait déjà conclu à l'inexistence de « nécessités locales » au sens de l'article 63 § 3. Le paragraphe 39 de l'arrêt *Tyrer*, qui met un point final à l'examen de cette question, est ainsi instructif qui énonce :

« La Cour constate, par ces motifs, qu'il n'existe pas de nécessités locales influant sur l'application de l'article 3 dans l'île de Man, et, en conséquence, que le châtiment judiciaire corporel subi par le requérant a violé cet article » (150).

Quelles sont finalement les conclusions que nous pouvons tirer de cette « valse-hésitation » de la Cour ?

Il va de soi, tout d'abord, que le conflit entre l'article 3 et les « nécessités locales » peut être pris comme exemple du conflit latent entre les « nécessités locales » de l'article 63 § 3 et n'importe quel droit consacré dans le Titre I de la Convention. Le fait qu'il s'agisse ici d'un droit particulièrement « fort » rend la tâche de l'interprète à la fois plus facile et plus difficile. Plus facile parce que le besoin ressenti par la Cour d'invoquer le caractère « fort » (151) de ce droit laisse les droits moins « forts » protégés par la Convention relativement démunis face à l'action des « nécessités locales », lesquelles semblent ainsi pouvoir les moduler et les assouplir à loisir.

La tâche devient cependant plus difficile quand on en vient au conflit entre les « nécessités locales » et les droits « forts ». On comprend que c'est moralement particulièrement pénible pour la Cour de justifier les peines dégradantes (et pourquoi pas la torture demain ?) en invoquant de quelconques « nécessités locales ». Il est d'autre part difficile pour elle de fonder *infra legem* la primauté des droits « forts » sur la prise en compte obligatoire des « nécessités locales ». L'ébauche d'une jurisprudence *praeter legem* est sûrement la bienvenue dans ce domaine, mais elle gagnerait à être menée de manière plus audacieuse. Revenir en arrière sur l'absence de « nécessités locales » dans l'île de Man, ainsi que le fait le § 39 de l'arrêt *Tyrer*, jette une

(150) D. J. HARRIS (*B.Y.B.I.L.*, 1978, p. 310) commente ainsi la solution de la Cour : « Presumably too, [Tyrer] is a reasonable European rather than a reasonable Briton or Manx man. It is this perhaps that is the key to the Court's conclusion that judicial punishment is degrading to an extent warranting the attention of Article 3. »

(151) Les autres droits « forts » suivant l'article 15 § 2 sont le droit à la vie, l'interdiction de l'esclavage et le principe *nullum crimen nulla poena sine lege*.

ombre sur la clarté de ce droit prétorien en gestation. La question reste par conséquent entière : s'il y a vraiment des « nécessités locales » au sens de l'article 63 § 3, pourra-t-on déroger à l'article 3 et aux autres droits « forts » de la Convention ?

### B. *Les limites de l'action des « nécessités locales »*

Comme on le sait déjà, les dispositions de la Convention seront appliquées dans les territoires de l'article 63 « *en tenant compte des nécessités locales* ». Cette formule apparaît comme assez modérée. Elle veut dire que les organes de contrôle du Conseil de l'Europe disposent d'une certaine marge de manœuvre concernant l'effet que les « nécessités locales » peuvent exercer sur l'application des dispositions de la Convention. Il en va d'ailleurs de même des États quand ils appliquent la Convention dans leur droit interne. Même si l'existence de « nécessités locales » est prouvée de manière certaine, ce qui, suivant la jurisprudence *Tyrer*, ne sera pas chose simple, leur effet n'ira pas jusqu'à la négation complète du droit protégé. Toute sorte d'aménagements et de variantes peuvent donc être conçus entre la négation et l'application stricte — comme en métropole — de la disposition concernée. On peut raisonnablement supposer que l'intensité de la « nécessité locale » ne sera pas étrangère à l'effet que celle-ci pourra exercer.

Cela demeure vrai même si l'on envisage la version anglaise de cette disposition qui penche vers une prise en considération plus fidèle des « nécessités locales » (152) ; car « *seront appliquées en tenant compte...* » ne signifie point que la substance même des dispositions de la Convention change. Les dispositions applicables restent à l'évidence les mêmes. Le « noyau dur » de l'obligation de l'État ne peut que subsister ; seuls les contours de cette obligation peuvent varier dans une certaine mesure.

Cela, qui constitue aussi une première limite à l'action adaptative plutôt que corrosive des « nécessités locales » n'est pas sans rappeler que celles-ci impliquent d'une part l'existence réelle d'un problème — en principe — social et qu'elles tendent d'autre part à la solution de ce même problème. Ainsi, dans l'affaire *Tyrer*, la « nécessité locale » invoquée était une question de maintien de l'ordre dans l'île de Man, maintien de l'ordre assuré, d'après l'opinion publique mannoise, grâce aussi à l'effet dissuasif que la peine judiciaire corporelle ne manquait pas d'exercer. Dans l'affaire *Gillow*, le problème était l'exiguïté du territoire et la surpopulation dans l'île de Guernesey, deux facteurs censés rendre nécessaire une législation restrictive d'occupation de logements sociaux.

Or, l'article 18 de la Convention de Rome pose en des termes très clairs une règle que, croyons-nous, la jurisprudence de la Cour et de la Commis-

(152) « *The provisions of this Convention shall be applied in such territories with due regard, however, to local requirements.* » (c'est nous qui soulignons).

sion n'aurait de toute façon pas manqué d'établir. Cet article est ainsi conçu :

« *Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées aux-dits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues.* » (153)

Il faudrait peut-être relever ici, que les « nécessités locales » de l'article 63 § 3 ne peuvent en définitive s'analyser que comme des restrictions à des droits. Si elles peuvent théoriquement militer en faveur d'une extension des droits protégés, du fait même que la Convention ne représente chaque fois que la norme minimale de protection des droits de l'homme (154), elles restent indifférentes à la possibilité d'extension de la protection des droits. Si tant est donc que la prise en compte des « nécessités locales » aboutit, dans un cas concret, à une restriction des droits et libertés protégées par la Convention, cette prise en compte est limitée par l'obligation de ne pas excéder le but qui lui est assigné. Ainsi, la législation de l'île de Guernesey concernant l'occupation des logements sociaux devait avoir comme seul but le bien-être économique de l'île (155) ; elle ne pouvait constituer un moyen de lutte contre l'immigration, quoique bien sûr elle pouvait, de manière secondaire, et par ricochet, affecter ce domaine aussi.

Toutefois, le respect scrupuleux du but auquel correspondent les restrictions instaurées en vertu de l'article 63 § 3 ne justifie pas non plus une extension illimitée de ces restrictions. Comme le note la Cour, dans son arrêt *Tyrer*, « *quand bien même les châtiments judiciaires corporels présenteraient les avantages que leur attribue l'opinion publique locale, rien ne montre à la Cour que l'on ne puisse préserver l'ordre dans l'île de Man sans les utiliser* » (§ 38). C'est par conséquent à une véritable économie des moyens qu'appelle la Cour. Les restrictions ne doivent affecter les droits protégés que dans le strict minimum.

Une limite essentielle à l'action des « nécessités locales » est en outre posée par leur caractère... local. La notion de « localisation » des « nécessités locales » ne va certes pas sans poser des problèmes. L'image idéale véhiculée

(153) Certes, l'article 18 fait formellement partie du Titre I de la Convention, mais ses termes mêmes lui assignent une fonction qui « couvre » toutes les dispositions de la Convention. Que cette disposition soit appliquée en tant qu'article 18 ou en tant que principe général que l'article 18 ne fait qu'énoncer à propos d'une partie seulement des dispositions conventionnelles, le résultat est manifestement le même.

(154) L'article 60 de la Convention énonce clairement cette fonction de la Convention : « *Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux Droits de l'Homme et aux Libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie Contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie Contractante est partie.* »

(155) Ces logements étaient en effet réservés aux personnes ayant avec l'île des liens étroits ou y occupant un emploi essentiel pour la communauté. Voir sur cette législation des Iles Anglo-Normandes Pierre E. J. FIORI, « Protection de l'insularité des îles Anglo-Normandes interne et dans le cadre de la Communauté européenne » (*Revue de la science administrative de la Méditerranée occidentale*, 1989, pp. 248-253).

par l'article 63 § 3 n'est sans doute autre que celle d'une petite île perdue au milieu de l'océan et habitée par une seule communauté humaine avec bien entendu ses traits culturels et juridiques particuliers. Les quelques représentants de la métropole (fonctionnaires, gendarmes, juges...) ne pourront évidemment « polluer » l'innocence de ces bons sauvages mais déjà la question se pose : les coutumes des indigènes, éventuellement élevées au rang de « nécessités locales », devront-elles influencer sur l'application de la Convention quand il s'agit des représentants de la métropole ? La lettre de l'article 63 § 3 militerait en faveur d'une réponse affirmative mais on se doute que cela n'a pu être l'intention des rédacteurs de la Convention. Les mêmes problèmes se poseront d'ailleurs s'il ne s'agit pas d'un seul territoire isolé mais d'un archipel ou d'un ensemble d'archipels ou encore d'un territoire assez grand pour qu'il soit habité de plusieurs populations aux us et coutumes assez différents. Dans tous ces cas, il est manifeste qu'on assiste à une fragmentation territoriale des « nécessités locales », fragmentation qui souvent n'aura rien à voir avec le découpage administratif de tel ou tel autre territoire d'outre-mer.

La réponse pourrait être donnée qu'il faut chaque fois envisager non point le territoire, l'île, etc. en tant que tels mais l'endroit très précis (le village...) où l'incident qui est à la base de l'affaire s'est produit. Mais cette réponse suscite à son tour de nouvelles questions : *quid*, par exemple, quand il ne s'agit pas d'un village d'indigènes mais d'une ville, plus ou moins grande, au mélange des populations inévitable (Nouméa...) ? Comment circonscrire d'autre part la localisation de l'« incident » au cas, par exemple, où les deux futurs époux viennent de deux communautés culturelles différentes où les conditions pour fonder une famille (article 12 de la Convention) diffèrent ? Il serait peut-être raisonnable de revenir, dans de tels cas, à l'application de la règle de la Convention pure, débarrassée de toute influence locale. Ainsi à partir du moment où la personne cherche son époux dans une communauté culturellement différente de la sienne, elle manifeste son intention de rompre l'isolement socio-culturel dans lequel elle était censée se plaire jusqu'alors, preuve, s'il en est, que les us et coutumes de sa communauté ne constituent plus pour elle une « nécessité » au sens de l'article 63 § 3 (156).

(156) Voir à cet égard l'article 75 de la Constitution française du 4 octobre 1958 qui stipule : « Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun... conservent leur statut personnel tant qu'il n'y ont pas renoncé. » Cf. Alain BOYER, « L'article 75 de la Constitution du 4 octobre 1958 : Une limite à la constitutionnalisation du statut civil de droit commun ? » (*Revue de recherche juridique*, 1994, pp. 386-399). Voir aussi l'arrêt de la Cour de Cassation française du 6 février 1991 (*Dalloz-Sirey*, 1992, p. 93 avec des observations de G. ORFILA).

## II. « Nécessités locales » outre-mer et en métropole

La prise en compte — obligatoire qui plus est — des « nécessités locales » dans l'application de la Convention outre-mer ouvre incontestablement une brèche dans l'unité du système de la Convention. Mais est-ce que cette brèche est circonscrite aux seuls territoires d'outre-mer ? L'exportation des « nécessités locales » en métropole pourrait tout d'abord suivre les flux migratoires d'outre-mer en métropole. Les « nécessités locales » devenant contagieuses pourraient du reste affecter la métropole sans aucune référence à des communautés d'immigrés.

### A. Le cas des immigrants en métropole

Un des effets majeurs de la décolonisation et surtout de la crise économique dans les pays du Tiers monde a été le renforcement sans précédent des flux migratoires en direction des pays du « Nord ». Tous les pays membres du Conseil de l'Europe en sont affectés, les ex-puissances coloniales bien sûr mais aussi des pays qui n'ont jamais eu des colonies.

La constitution de communautés d'immigrés compactes dans les pays du Conseil de l'Europe pose déjà le problème des règles juridiques applicables dans les rapports intra-communautaires. Ce problème est résolu dans une certaine mesure par l'application des règles du droit international privé qui renvoient parfois à des règles matérielles d'un droit étranger. On remarquera néanmoins que l'exception de l'« ordre public » a toujours empêché la prise en compte de certaines des caractéristiques les plus distinctives des communautés allogènes. Une certaine tolérance des tribunaux, surtout d'ailleurs en Grande-Bretagne, semble pourtant se faire jour ces dernières années (157).

Inutile cependant de dire que toute tolérance à l'égard des valeurs juridiques et morales des communautés d'immigrés qu'elle émane du judiciaire ou du législatif se situe en dehors des obligations que la Convention européenne des Droits de l'Homme impose aux États parties (158). Cela est évidemment sans préjudice de la possibilité accordée à des ressortissants étrangers qu'ils résident ou non sur le territoire d'un État partie à la Convention de saisir la Communauté européenne en alléguant la responsabilité de cet État (159).

(157) Voir Sebastian POULTER, « Ethnic Minority Customs, English Law and Human Rights » (*I.C.L.Q.*, 1987, pp. 589-615).

(158) On peut néanmoins se demander si le concept de la dignité humaine ne pouvait être invoqué et pris en considération dans certaines limites. Voir, en général, Oscar SCHACHTER, « Human Dignity as a Normative Concept » (*A.J.I.L.*, 1983, pp. 848-854).

(159) Les statistiques du Conseil de l'Europe montrent en effet qu'un nombre croissant de requêtes émane de ressortissants de pays non membres du Conseil de l'Europe.

On pourrait par contre se poser la question de savoir si les immigrés venant des territoires d'outre-mer régis par l'article 63 de la Convention de Rome installés en métropole peuvent exiger l'application des règles juridiques spéciales répondant aux « nécessités locales » prévalant dans leurs territoires d'origine (160). La réponse affirmative nous paraît peu probable. Un des caractères essentiels des « nécessités locales » est, comme nous l'avons déjà vu, leur caractère... local. L'éloignement de l'individu du territoire d'outre-mer doit être présumé manifester la volonté de l'individu de rompre avec l'environnement humain et socio-culturel de ses origines (161).

### B. La prise en compte des « nécessités locales » en métropole

Nous avons déjà évoqué l'article 60 de la Convention de Rome qui établit clairement que les dispositions de la Convention ne représentent que le plus petit dénominateur commun parmi les États européens pour ce qui est de la protection des droits de l'homme. Le préambule de la Convention réaffirme d'autre part le « profond attachement » des gouvernements signataires aux libertés fondamentales « dont le maintien repose essentiellement sur une conception commune... des droits de l'homme dont ils se réclament ».

Il peut paraître étrange, dans ces conditions, qu'il puisse y avoir des divergences importantes dans l'application de la Convention en métropole, où bien entendu la prise en compte réductrice des « nécessités locales » ne peut, par définition, jouer. On rappelle néanmoins que l'article 64 de la Convention admet, sous certaines conditions, la formulation de réserves, dont le rôle ne peut bien entendu qu'autoriser une réduction des droits, pourtant *minima*, garantis par l'instrument (162).

Or, mises à part les réserves, la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des Droits de l'Homme a fini par accepter la théorie dite de la marge d'appréciation des autorités nationales dans la mise en œuvre de la Convention (163). On pourrait penser que cette théorie représente un

(160) L'intérêt pratique ne saurait être que minime. Les pays gros pourvoyeurs d'immigrés sont aujourd'hui tous des pays indépendants.

(161) Des problèmes plus délicats pourraient surgir quand l'incident qui donne lieu à une requête n'a pas eu lieu sur le territoire régi par l'article 63 mais ne lui est pas étranger non plus. Cela serait par exemple le cas d'un incident pouvant entraîner la responsabilité de l'État qui survient en haute mer sur un navire immatriculé dans un territoire régi par l'article 63.

(162) Selon Frédéric SUDRE (*La Convention européenne...*, p. 21), « ceci va à l'encontre de l'efficacité même de la Convention, qui suppose que les législations nationales atteignent un niveau de protection minimum commun ».

(163) Cela est énoncé explicitement dans plusieurs arrêts. Aussi peut-on lire dans l'arrêt *Lingens c. Autriche* (8 juillet 1986, Série A, N° 103, § 39) que « les États jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin » (« besoin social impérieux ») mais celle-ci « va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. » La notion de « marge d'appréciation » est du reste étroitement liée à la notion de « subsidiarité » du contrôle européen quant à l'application nationale de la Convention. Voir, entre autres, R. Mc DONALD « The Margin of Appreciation

*modus vivendi* entre les organes de Strasbourg et les autorités nationales qui faciliterait le maintien des États dans le cadre de la Convention, le renouvellement des déclarations souscrites en vertu des articles 25 et 46 et l'adhésion finalement de tous les États membres du Conseil de l'Europe, si possible sans émission de réserves.

Il importe néanmoins d'observer que la théorie de la marge d'appréciation ne s'appuie pas uniquement sur une politique délibérément choisie par les organes de contrôle de la Convention ; elle trouve son véritable support dans le texte même de celle-ci. On peut distinguer deux sortes de supports textuels de cette théorie : ceux d'après lesquels le contrôle de la Commission et de la Cour ne peut être que minime et ceux d'après lesquels le contrôle européen peut acquérir des dimensions conséquentes. On en voudra comme exemples de la première sorte de support textuel des termes comme le substantif « loi » (164) ou l'adjectif « régulier » (165). Ici, le contrôle visera, pour l'essentiel, à la vérification de l'existence et de la bonne application de la loi, du règlement ou même de la norme coutumière (« common law »...). L'opportunité de l'adoption de la loi échappera à ce contrôle, et c'est bien entendu sous couvert de lois divergentes que la protection *in concreto* des droits de l'homme enregistrera en Europe des variations d'un pays à l'autre (166).

Il y a, en revanche, toute une catégorie de termes conventionnels qui ouvrent à la Commission et à la Cour la voie vers un contrôle substantiel des réductions apportées aux droits de l'homme. Il s'agit de termes tels que « sécurité nationale », « sûreté publique », « bien-être économique », « défense de l'ordre », « protection des droits et libertés d'autrui », etc. (167) Il va de soi que les conditions, circonstances ou autres nécessités locales prévalant dans un pays influent indiscutablement sur la signification réelle de ces termes.

Il serait trop long, dans le cadre de cette étude, d'examiner de manière plus approfondie chacun de ces termes. Il conviendrait néanmoins d'en étudier un parmi eux, celui de la « protection de la morale » (168) qui est, *a priori*, le terme le plus apte à conduire à une grande subjectivisation dans l'application de la Convention. C'est d'ailleurs essentiellement sous couvert de « protection de la morale » que les conditions locales tenteront de se faire

in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights » (*Mélanges R. Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, pp. 187-208).

(164) Voir, à titre d'exemple, les articles 2 § 1, 2 § 2 c, 5 § 1 b, 6 § 1, 10 § 2, 12, etc.

(165) Voir, à titre d'exemple, les articles 5 § 1 a, 5 § 1 e, etc.

(166) Cela sous réserve bien sûr que la loi en question n'aboutisse pas à la négation pure et simple du droit protégé.

(167) Articles 8, 9, 10 et 11.

(168) Ainsi que l'a montré l'arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* (26 avril 1979, Série A, N° 30, § 59), la marge d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts autorisant à limiter un droit. On observera que certains de ces buts ont un aspect objectif indéniable (intégrité territoriale, protection de la santé...).



une place sous la chape de plomb que peut représenter la « *conception commune des droits de l'homme* » (169).

La brèche qu'ouvre la « *protection de la morale* » à l'édifice de la « *conception commune* » est d'ailleurs reconnue par la Cour dans des termes particulièrement clairs :

« ... on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la morale ». (170), (171)

L'absence de « *morale européenne* » (172) privilégie, par voie de conséquence, le facteur local dans l'appréciation de la conformité d'une loi ou d'une activité d'un État à la Convention. Les termes de l'arrêt *Dudgeon* sont à cet égard clairs :

« *Le Gouvernement [du Royaume-Uni] signale... ce qu'il qualifie de profondes différences d'attitude et d'opinion publique entre l'Irlande du Nord et la Grande-Bretagne quant aux questions de moralité. La population nord-irlandaise serait plus conservatrice et insisterait davantage sur des facteurs religieux, comme le montrerait la plus grande rigueur de ses lois même en matière de rapports hétérosexuels.*

*Le requérant estime très exagérée cette version des faits, mais la Cour reconnaît que de telles différences existent jusqu'à un certain point et constituent un élément pertinent. Comme le soulignent Gouvernement et Commission, pour apprécier les exigences de la protection de la morale en Irlande du Nord il faut replacer les mesures incriminées dans le contexte de la société de cette région.* » (173)

On pourrait aller plus loin : la différence de lois applicables dans une partie du pays est pour la Cour un indice sérieux en faveur de l'existence de conditions locales. Le même arrêt *Dudgeon* dit :

« *Si dans d'autres parties du Royaume-Uni et d'autres États membres du Conseil de l'Europe des mesures semblables ne passent pas pour nécessaires, il n'en résulte pas qu'elles ne puissent l'être en Irlande du Nord. Dans un État où*

(169) On peut se demander toutefois quelle est la différence entre « *protection de la morale* » (articles 8 § 2, 10 § 2 et 11 § 2) et « *protection de la morale publique* » (article 9 § 2).

(170) Arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, Série A, N° 24.

(171) Cf. l'arrêt *Müller et autres c. Suisse* du 24 mai 1988, Série A, N° 133, § 35 : « *On cherchera en vain dans l'ordre juridique et social des divers États contractants une notion uniforme* » de la morale.

(172) P. VAN DIJK et G. J. H. VAN HOOF (*Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, 1984, Kluwer, pp. 435-436) sont très critiques vis-à-vis de la tendance de la Cour à toujours se remettre au droit national des États parties quand il s'agit pour elle d'interpréter le terme « *morale* ». La « *morale* », terme conventionnel, mériterait, selon ces auteurs, que la Cour l'interprète de façon « *européenne* ». C'est la Convention elle-même qui invite la Cour à façonner une « *morale européenne* ».

(173) *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 23 octobre 1981, Série A, N° 45, § 56. Le requérant se plaignait dans cette affaire d'avoir été inquiet par la police nord-irlandaise à cause de son homosexualité bien connue. Les lois en vigueur en Irlande du Nord qualifiaient de délit les rapports homosexuels masculins même entre hommes adultes consentants.

*vivent des communautés culturelles diverses, les autorités peuvent fort bien se trouver en face d'impératifs divers, tant moraux que sociaux* ». (174)

En quittant le domaine de la morale, on découvre que les conditions locales peuvent également jouer un rôle, aux yeux de la Cour, dans d'autres domaines de la vie sociale. Il en va ainsi pour l'administration de la justice, plus particulièrement de la composition des tribunaux. Dans l'affaire *Barfod*, déjà citée, le requérant, un ressortissant danois habitant au Groenland avait dénoncé dans un article publié dans une revue groenlandaise la composition de la Cour supérieure du Groenland (Grønlands Landsret) au motif que les deux juges non professionnels siégeant à la Cour ne pouvaient pas juger avec impartialité dans une affaire introduite contre leur employeur. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pourtant pas estimé que la condamnation que le requérant a subie au Danemark pour son article (manque de respect à l'égard de l'institution judiciaire) était contraire à la Convention européenne. La Cour s'explique comme suit :

*« L'administration de la justice au Groenland subit fortement l'influence des conditions spéciales y régnant : traditions séculaires, superficie énorme du pays et habitat très dispersé », (175), (176)*

d'où l'emploi fréquent de juges non professionnels (les tribunaux de district — Kredsret — sont ainsi composés uniquement de juges non professionnels).

Les conditions locales ne suffisent évidemment pas toujours pour imposer le point de vue restrictif des libertés qu'invoquent les Gouvernements défendeurs. Si leur prise en compte explique, dans une certaine mesure, pourquoi les sieurs *Handyside* et *Barfod* ont été déboutés, il y a aussi d'autres affaires où les conditions locales n'arrivent pas à jouer le même rôle. C'est dans les termes suivants que la Cour rejette l'argumentation du Gouvernement du Royaume-Uni dans l'affaire *Campbell et Cosans*, deux écoliers écossais condamnés à subir dans leurs écoles respectives et malgré les protestations de leurs parents la peine de fustigation :

*« Les châtiments corporels correspondent à une tradition dans les écoles écossaises et une forte majorité des parents y semble d'ailleurs favorable. En soi, cela ne résout pas la question à trancher par la Cour : la menace d'une mesure donnée*

(174) *Ibid.* On remarquera que ce sera, dans la plupart des cas, la « périphérie » qui, dans un État, exigera des mesures plus strictes afin de protéger la morale publique. Il convient de signaler à cet égard le paradoxe de l'affaire *Handyside*. Le « petit livre rouge à l'usage des écoliers », édité au Royaume-Uni par le requérant, a été saisi en Angleterre et au pays de Galles pour cause d'atteinte à la morale publique mais a toujours circulé librement dans la « périphérie » du Royaume-Uni (Ecosse, Irlande du Nord, Ile de Man, Iles Anglo-Normandes).

(175) Cf. le rapport de la Commission (16 juillet 1987, Commission européenne des Droits de l'Homme : *Bilan de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Supplément 1987, Strasbourg, 1989) : « Les caractéristiques propres au régime du Groenland (petite société fermée où les juges échevins sont pris dans la communauté locale) ne modifient en rien cette conclusion ».

(176) Cf. l'opinion dissidente du juge GÖLKÜÇLÜ : « En dernier lieu, je tiens à souligner que la Cour, dont le but ultime est d'établir des standards européens, s'accommode mal des particularités nationales telles que celles avancées par le Gouvernement » (§ 6).

*ne sort pas de la catégorie du 'dégradant', au sens de l'article 3, par cela seul qu'il s'agit d'une mesure consacrée par un long usage, voire en général approuvée» (177).*

Ces termes, singulièrement proches de ceux employés par la Cour dans son arrêt *Tyrer*, arrêt auquel l'arrêt *Campbell et Cosans* renvoie d'ailleurs expressément, posent la question : en quoi diffèrent finalement les territoires de l'art. 63 de la Convention des territoires métropolitains pour ce qui est de l'application de la Convention ?

Si, au vu d'un certain nombre d'arrêtés de la Cour, il semble effectivement que les conditions locales tendent à devenir les « nécessités locales » (178) des territoires métropolitains, en théorie les deux notions demeurent bien distinctes. Cinq différences principales semblent séparer les deux notions.

Premièrement, les conditions locales semblent soumises à l'existence d'un support textuel (« loi », « protection de la morale », etc.) tandis que les « nécessités locales » peuvent également jouer en l'absence de tout support textuel.

Deuxièmement, la clause des conditions locales doit être invoquée par le Gouvernement défendeur, sinon elle n'est pas prise en compte par la Commission et par la Cour. En revanche, les « nécessités locales », ainsi que le montre l'article 63 § 3, en formant partie intégrante du droit conventionnel applicable dans les « colonies », doivent être prises en compte d'office par la Commission et par la Cour (179).

Troisièmement, c'est chaque fois au Gouvernement de choisir si les conditions locales doivent être prises en considération. (180) La prise en considération des « nécessités locales » est par contre obligatoire.

(177) *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni* du 25 février 1982, Série A, N° 48, § 29. Voir pour des commentaires Sandy GHANDI, « Spare the Rod : Corporal Punishment in Schools and the European Convention on Human Rights » (*I.C.L.Q.*, 1984, pp. 488-494) ; Patrice ROLLAND et Paul TAVERNIER, « Chronique... » (*Clunet*, 1985, PP. 191-196) ; C.F. KOLBERT, « Decisions on the European Convention on Human Rights » (*B.Y.B.I.L.*, 1982, pp. 307-312). Voir aussi pour des commentaires sur la décision de la Commission dans la même affaire G. COHEN-JONATHAN et J.-P. JACQUE, *A.F.D.J.*, 1980, pp. 365-368.

(178) On remarquera que le terme « conditions locales » n'apparaît même pas dans la plupart des arrêtés de la Cour. On pourrait néanmoins regrouper sous ce vocable la grande variété de termes employés par la Cour (« différences d'attitude » : *Dudgeon* ; « situation locale », « impératifs moraux et sociaux » : *Handyside* ; « conditions spéciales », « traditions séculaires » : *Barford* ; « tradition », « long usage » : *Campbell et Cosans*) pour l'opposer globalement au terme « nécessités locales » de l'article 63 § 3. Ce dernier terme ne saurait être employé qu'à propos des territoires d'outre-mer régis par l'article 63.

(179) On a pu constater toutefois que cela ne se produit pas toujours, surtout quand les territoires de l'article 63 sont en Europe. Voir un récent exemple d'absence totale de prise en compte de l'article 63 § 3, alors même qu'il aurait pu être utile à l'appréhension des événements incriminés dans la requête, la décision de recevabilité du 29 septembre 1993 (non encore publiée) *McCann et autres c. Royaume-Uni*. Cette affaire concerne la mort par balles à Gibraltar de trois membres de l'I.R.A.

(180) « Surtout, il ne faut pas oublier que la Convention... n'oblige jamais les divers organes des États contractants à limiter les droits et libertés garantis par elle. Eu égard à la situation locale, les autorités compétentes d'Irlande du Nord, de l'Ile de Man, et des Iles Anglo-Normandes ont pu avoir des motifs plausibles de ne pas agir contre le livre et son auteur » (*Handyside*, § 54).

Quatrièmement, la clause des conditions locales est constamment menacée par la comparaison avec la situation dans les autres pays européens à laquelle peut recourir, pour la dénoncer, la Cour. Ainsi, dans son arrêt *Dudgeon*, la Cour constate-t-elle que

« dans la grande majorité des États membres du Conseil de l'Europe, on a cessé de croire que les pratiques du genre examiné ici [homosexualité] appellent par elles-mêmes une répression pénale » (§ 60).

Cette comparaison ne semble pourtant pas aller de soi dans le cas des territoires d'outre-mer situés en dehors du continent européen. On rappellera en outre que le recours à cette comparaison dans l'affaire *Tyrer* a provoqué des réactions virulentes dans l'île de Man au motif que cela aboutissait à nier toute spécificité socio-culturelle et constitutionnelle à ce territoire.

Enfin, les effets concrets des « nécessités locales » semblent beaucoup plus étendus que ceux des conditions locales. La preuve de l'existence des premières pourra normalement « sceller » l'application outre-mer de la plupart des droits de l'homme garantis par la Convention, à l'exception peut-être (à la suite de la jurisprudence *Tyrer*) des droits « durs » mentionnés à l'article 15 § 2. La force des conditions locales, beaucoup moins étendue, dépend du cas d'espèce.

Aussi la Cour a-t-elle jugé qu'aucune ingérence grave dans la vie strictement privée des individus (article 8 § 1) ne saurait être excusée, si justifiée qu'elle fût aux yeux des populations locales (181). Il en va par contre autrement quand la morale de la communauté est atteinte directement par les agissements de l'individu. Le « petit livre rouge à l'usage des écoliers » rendait son éditeur, le sieur *Handyside*, passible des sanctions prévues par la loi anglaise sur les publications obscènes, si toutefois ce livre devait bien être qualifié de tel. Le fait que l'activité du requérant touche directement la communauté, et avant tout sa frange la plus vulnérable, les jeunes, rend le juge européen beaucoup plus conciliant à l'égard des conditions locales (182). En revanche, les châtements corporels dont étaient menacés les deux écoliers écossais *Campbell et Cosans* (peine dégradante interdite par l'article 3 !) raidit considérablement la Cour qui supprime d'un trait de

(181) La Cour est si stricte sur ce point qu'elle refuse de débouter le requérant dans l'affaire *Norris c. Irlande* (26 octobre 1988, Série A, N° 142), bien qu'elle risque ainsi d'ouvrir la voie à une véritable *actio popularis*. Dans son opinion dissidente, le juge VALTIOS, approuvé par cinq autres juges, ne manque point de souligner les dangers d'une telle jurisprudence. En effet, dans cette affaire, et contrairement à l'affaire *Dudgeon*, le requérant n'avait pas été inquiété du tout par les autorités de la République d'Irlande bien que son homosexualité connue constituait un délit au regard de la loi irlandaise formellement en vigueur.

(182) C'est ce qui se passe aussi dans l'affaire *Müller c. Suisse*. L'exposition sur la place publique de tableaux à contenu « osé » est susceptible de heurter la morale locale.

plume toute pertinence des conditions locales (183). Il serait intéressant de voir quelle serait l'attitude de la juridiction européenne au cas où les mêmes châtiments corporels menaceraient des écoliers de certaines colonies britanniques dans lesquelles le Royaume-Uni entend appliquer l'article 2 du Protocole N° 1 (184) sous réserve des châtiments corporels à l'école (185).

§ 2. — *La légalité « externe »  
des « nécessités locales »*

Pas plus que la légalité « interne », la légalité « externe » n'est pas une notion qu'on trouve habituellement se référant à des traités internationaux, bien qu'il y ait au moins deux cas où elle peut jouer : il s'agit tout d'abord de l'incompatibilité avec une norme de *jus cogens* qui rend la disposition incriminée nulle (articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) et ensuite de l'incompatibilité avec la Charte des Nations Unies (article 103 de la Charte).

Il est virtuellement impossible de trouver des clauses dans la Convention européenne des droits de l'homme qui aillent à l'encontre de dispositions de traités qui, comme la Convention de 1949 sur la prévention du crime de génocide, sont réputées avoir le caractère de normes de *jus cogens*. Il se peut, par contre, qu'il y ait des incompatibilités entre la Charte et quelques instruments à vocation universelle portant sur les droits de l'homme d'une part et la Convention européenne d'autre part sur la question des « nécessités locales », qui, assouplissant la norme de la Convention, équivalent à une discrimination vis-à-vis (mais non forcément à la défaveur) des territoires d'outre-mer de l'article 63. Avant d'examiner ce problème (II) il conviendrait de comparer, sur ce point précis, la Convention européenne avec d'autres conventions régionales de protection des droits de l'homme (I).

(183) Il est à signaler qu'à la suite de cet arrêt, la Commission a été saisie d'une avalanche de requêtes individuelles contre le Royaume-Uni mettant en cause la conformité à la Convention des peines corporelles infligées dans les écoles de ce pays. Le Gouvernement britannique a dû interdire ces peines pour ce qui était du territoire métropolitain, mais dans les seules écoles publiques. D'ailleurs, la Cour de Strasbourg, dans un arrêt du 25 mars 1993 *Costello-Roberts c. Royaume-Uni* « autorise » les peines corporelles dans les écoles privées britanniques (Série A, N° 247-C).

(184) Cet article énonce : « *Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.* »

(185) Le Royaume-Uni a étendu l'application de ce Protocole à un certain nombre de ses colonies avec une déclaration en date du 22 février 1988. La principale réserve qu'il a formulée à cet égard porte sur le droit des enseignants d'user, dans une certaine mesure, des châtiments corporels (« *châtiments corporels modérés et raisonnables* » : Anguilla, Montserrat, Sainte-Hélène, Dépendances de Sainte-Hélène, Iles Turques et Caïques ; « *uniquement lorsqu'une autre forme de punition n'est pas jugée appropriée ou efficace* » : Iles Vierges britanniques, Iles Caïman).

### I. Comparaison avec d'autres instruments régionaux de protection des droits de l'homme

La comparaison de la Convention européenne des Droits de l'Homme avec les autres instruments régionaux de protection des droits de l'homme n'avait, jusqu'à ces dernières années, qu'un intérêt purement doctrinal. Il ne pouvait en particulier être question d'incompatibilité des divers instruments étant donné que chacun d'eux s'appliquait sur le territoire des États appartenant aux organisations régionales correspondantes au sein desquelles étaient signés et « gérés » ces instruments.

Aussi est-il clair que la Convention américaine relative aux droits de l'homme a un caractère « fermé » similaire en tout à celui de la Convention européenne. Ce sont, par exemple, les « États américains » qui « sont convenus des articles suivants » (Préambule) tandis que le texte de la Convention pulvule de références à l'Organisation des États Américains, dont d'ailleurs le Secrétaire Général est le dépositaire de la Convention (186). De même, pour ce qui est de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, seuls les « États membres de l'Organisation de l'Unité Africaine » sont parties à la Charte. Ainsi donc des États européens bien que possédant des territoires sur le continent américain (France, Pays-Bas, Royaume-Uni) ou sur le continent africain (Espagne, France, Royaume-Uni) ne pourront accéder à la Convention américaine ou à la Charte africaine.

Le projet de Charte du Pacifique sur les droits de l'homme est néanmoins susceptible de constituer une exception dans la mesure où, dans la phase actuelle de son élaboration (187), il revêt un caractère « ouvert ». Si, par conséquent, la France ou le Royaume-Uni décidaient de signer et de ratifier la future Charte du Pacifique, des problèmes de compatibilité entre cet instrument et la Convention européenne pourraient surgir.

Pour en revenir à la question qui nous occupe plus précisément ici, on doit tout d'abord constater qu'aucun des instruments existants ou en gestation ne contient de clauses comparables à celles de l'article 63 de la Convention européenne. Cela soulève deux questions : quelle est l'étendue d'application géographique de ces instruments ? Est-ce que ces instruments s'appliquent partout de la même manière ?

La réponse est plus facile à apporter à la première question quand il s'agit de la Charte africaine que de la Convention américaine. Aucun État africain ne possédant des colonies ou d'autres territoires d'outre-mer, la Charte s'applique uniquement sur le territoire des États l'ayant ratifiée. On

(186) Cf. aussi l'article 74 § 1 : « La présente Convention est ouverte à la signature et à la ratification ou à l'adhésion de tout État membre de l'Organisation des États Américains ».

(187) Nous examinons ici la version, disponible uniquement en anglais, qu'a élaborée et présentée à la réunion *ad hoc* de Apia (Samoa occidentales) de 1988 la Law Association of Asia and Pacific. Le texte du projet est reproduit in Conseil de l'Europe : *Feuille d'information*, N° 25, Strasbourg, 1990, pp. 156-171.

serait tenté d'apporter la même réponse pour ce qui est des États américains qui se targuent d'être issus des luttes anti-coloniales du XVIII<sup>e</sup> et du XIX<sup>e</sup> siècle. Il se peut pourtant que ce soit par pure pudeur que la Convention le San José n'aborde la question coloniale : or, ce n'est un secret pour personne qu'au moins les États-Unis d'Amérique conservent des territoires d'outre-mer dans le Pacifique et sur le continent américain lui-même (Puerto-Rico, Iles Vierges américaines, zone du canal de Panama, base militaire de Guantánamo) possédant chacun son propre statut, allant d'un rattachement étroit à la métropole jusqu'à une quasi-indépendance. Des problèmes d'application de la Convention de San José (188) pourraient alors surgir. Celle-ci, du reste, si elle n'évoque pas le cas des territoires d'outre-mer, contient un article 28 (« *Clause fédérale* ») qui impose l'obligation à tout État partie constitué en État fédéral de se conformer aux dispositions de la Convention concernant les matières qui « *relèvent de sa compétence dans le domaine législatif et dans le domaine judiciaire* ». *A contrario*, les matières relevant des compétences des États fédérés peuvent échapper au contrôle des organes de l'Organisation des États Américains (189).

Le projet de Charte du Pacifique ne pose au contraire aucun de ces problèmes puisque son article 63 § 1, généreux, réaliste, mais aussi optimiste trace les lignes de démarcation de l'application géographique de la future Convention de la manière suivante :

« *The Present Charter shall be open to signature, ratification or adherence of all communities in the Pacific, including Australia, New Zealand, and Papua New Guinea in the southwest, the Northern Mariana Islands and Guam in the northwest, Hawaii in the northeast, Easter Island in the southeast, and all political entities contained within these geographical boundaries.* »

Quant à la question de l'application uniforme des instruments régionaux, elle n'est formellement abordée ni par la Convention américaine ni par la Charte africaine. Cela se comprend facilement quand on considère la position traditionnelle des États américains et des États africains concernant le problème des minorités, *a priori* principaux bénéficiaires ou principales victimes de toute diversification dans l'application de l'instrument. Aussi bien les États américains que les États africains évitent de parler de minorités quoique pour des raisons, réelles ou apparentes, différentes : les pre-

(188) Ou encore de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme de 1948.

(189) Cette clause, insérée dans la Convention de San José sur l'insistance de la délégation des États-Unis d'Amérique (dont le Sénat n'a toujours pas autorisé la ratification malgré les efforts en ce sens du Président J.CARTER, il y a une quinzaine d'années) a été souvent durement critiquée par la doctrine (voir, par exemple, THOMAS BUERGENTHAL, « The Inter-American System for the Protection of Human Rights », in THEODOR MERON, *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 438-493, en particulier pp. 445-448). Elle pourrait éventuellement aboutir à des résultats analogues à ceux de l'article 63 § 3 de la Convention européenne, c'est-à-dire à la prise en compte des « nécessités locales ».

miers parce qu'ils démentent abriter des minorités nationales (190), les seconds parce qu'ils savent qu'ils n'abritent que des minorités nationales.

Quoi qu'il en soit, l'Organisation de l'Unité Africaine devra gérer un certain nombre de contradictions concernant l'égalité et uniforme application de la Charte de 1981. Certaines contradictions se trouvent en tout cas dans le texte même de la Convention. Ainsi, par exemple, et sans s'attarder sur la question, on aura du mal à concilier l'article 3 de la Charte (égalité devant la loi) avec l'article 7 § 1 a (référence à des droits fondamentaux reconnus par les coutumes qui, par définition, surtout en Afrique, sont différentes d'une région à l'autre du même État) ou avec l'article 20 § 1 (« *Tout peuple a droit à l'existence* », ce qui peut être interprété comme se référant à des minorités nationales vivant *a priori* selon leurs propres codes de valeurs).

Une fois encore, le projet de Charte du Pacifique tranche sur les autres instruments régionaux en ce qu'il admet ouvertement l'existence de minorités. Son article 14 A reproduit mot à mot l'article 27 du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques, un article que nous examinerons ultérieurement. Mais là aussi les contradictions ne manquent pas. Comment en effet concilier le « *need for minimum acceptable standards taking into account the diverse realities of peoples in all parts of the Pacific* » (Préambule) avec l'article 14 A ou bien avec l'article 61 A, ce dernier étant ainsi rédigé :

« *The Parties recognize the customs and traditions of the diverse communities of this region. The rights, freedoms and duties recognized in this Charter shall be interpreted and understood by the Parties and the Commission in the light of these customs and traditions* ».

Ce qui différencie finalement la Convention européenne du projet de Charte du Pacifique est la nette coupure qu'on observe dans la première entre la métropole et les « colonies » (lesquelles se trouvent d'ailleurs en grande partie dans le Pacifique), coupure qui fait défaut dans ledit projet.

## II. *Compatibilité avec les instruments à vocation universelle*

### A. *Égalité et non-discrimination*

L'éminent juriste britannique Sir Hersch Lauterpacht écrivait déjà en 1945 dans son *An International Bill of the Rights of Man* (191), que l'égalité était le « *starting point of all other liberties* ». Cela paraît désormais si évident

(190) Il est vrai tout de même que la position de plusieurs États américains a évolué récemment dans ce domaine puisqu'ils reconnaissent désormais qu'ils abritent des populations indigènes qui auraient éventuellement besoin d'une protection spéciale. La plupart des États américains se refusent en tout cas obstinément à prendre en compte le phénomène, pourtant réel, des communautés d'immigrés.

(191) Cité par MC KEAN, *Equality and Discrimination under International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 209).



qu'on ne s'étonnera point de ne pas trouver le mot même « égalité » dans tel ou tel instrument international portant sur les droits de l'homme. L'idée de l'égalité ressortira toujours clairement des autres dispositions du traité. La Cour internationale de justice a, de son côté, joué un rôle non négligeable dans l'affirmation de l'égalité comme d'un des droits de l'homme ayant le statut de *jus cogens*. Elle a d'ailleurs étroitement associé le concept d'égalité à ses négations les plus flagrantes, à savoir l'esclavage et la discrimination raciale (dans son arrêt *Barcelona Traction* (192)) et les distinctions, exclusions, restrictions, limitations fondées exclusivement sur la race, la couleur ou l'origine des personnes (avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie* (193)).

La juxtaposition des termes « égalité » et « non-discrimination », de plus en plus souvent opérée par la doctrine et parfois par les instruments internationaux, vise, souvent indirectement, à « dynamiser » le concept d'égalité. Si, en effet, la non-discrimination revêt un caractère négatif et impose à l'État de s'abstenir de l'accomplissement de certains actes susceptibles de détruire l'égalité-situation qui est censée exister, l'égalité-droit ne peut logiquement que se charger de l'établissement d'une égalité-situation qui n'existe plus ou qui n'a même jamais existé. C'est dans ce sens qu'on peut voir dans le terme « égalité » employé dans divers instruments une incitation à l'action positive, incitation qui trouve sa concrétisation réelle dans toutes ces conventions internationales qui préparent les « infrastructures » de l'égalité-situation. C'est bien sûr, au niveau international, le rôle qui incombe au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 ; c'est aussi, au niveau européen, le rôle attribué, parmi d'autres instruments, à la Charte sociale européenne de 1961 tandis que l'« action négative », l'abstention protectrice des droits de l'homme, trouve son couronnement dans la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ou encore, sur le plan universel, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Ce modèle de penser les droits de l'homme est néanmoins éminemment abstrait ; dans la pratique, plusieurs interférences et interpénétrations concourent à accréditer l'idée de globalité des droits de l'homme. Le jeu continu des actions négatives et positives exigées des États n'est ainsi pas étranger à la Convention européenne elle-même. L'article 6 de cet instrument ne se contente par exemple pas de proclamer le droit à un procès équitable, qui, à la limite, pourrait déjà s'analyser comme un droit à une action positive ( : l'organisation d'un service public de la justice « correct ») ; il prévoit des obligations concrètes « positives » à la charge des États, comme celle de l'assistance judiciaire gratuite pour les plus démunis

(192) *Rec. C.I.J.*, 1970, pp. 33-34.

(193) *Rec. C.I.J.*, 1971, pp. 130-131.

(§ 3 c) ou encore l'assistance gratuite par un interprète quand l'accusé ignore la langue employée à l'audience (§ 3 e).

Il convient par ailleurs d'observer que, dans le domaine spécifique de la protection des minorités, l'« action négative » est assurée, dans la Convention de Rome, par l'article 14 tandis que l'action positive est assurée par l'article 63 § 3. Cela peut de prime abord surprendre puisque cette dernière disposition ne comporte manifestement pas d'« inégalités compensatrices » (auxquelles sont associées le plus souvent les « actions positives ») mais impose, bien au contraire, des restrictions (194). On répétera toutefois que lesdites restrictions ne concernent que les droits des individus. Or, la protection des minorités peut également (mais sûrement pas uniquement) se faire au moyen d'une certaine restriction des droits individuels. C'est toute la problématique des rapports souvent difficiles entre groupe et individu qui est ici posée et apparemment assumée par la Convention européenne. Elle est notamment assumée parce que, déjà formellement, si un conflit entre l'article 63 § 3 (= restriction des droits individuels en vue de la protection du groupe) et l'article 14 (= non-discrimination pour cause d'appartenance à un groupe) survient, le premier aura toutes les chances de l'emporter : les « nécessités locales » exercent leur influence d'adaptation — au moins — sur toutes les dispositions de la Convention contenues dans le Titre I de celle-ci ; l'article 14 en fait précisément partie. Cette vision purement exégétique des choses est du reste corroborée, et de manière très claire, par la jurisprudence *Tyrrer*, pourtant fort restrictive en ce qui concerne les droits du groupe (= l'ensemble de la population mannoise, qui soutenait le maintien de la peine dégradante de la fustigation). L'arrêt *Tyrrer*, en se fondant d'ailleurs sur les travaux préparatoires de la Convention, n'exclut finalement point que les « nécessités locales » puissent primer sur l'impératif de non-discrimination (195) ne serait-ce que parce que ledit impératif ne fait point partie des droits « forts » de l'article 15 § 2.

(194) Dans les limites, il va sans dire, de l'application territoriale de l'article 63.

(195) L'article 14 parle bien de « distinction » et non pas de « discrimination ». Certains auteurs établissent une... distinction entre les deux termes. Ils attribuent en particulier une valeur positive et une intention louable à la « distinction » qu'ils identifient de la sorte plus ou moins à la « différenciation » tandis que c'est, selon eux, la « discrimination », négatrice par excellence des droits de l'homme, qui devrait être seule bannie. Il n'est pourtant pas clair que la langue française non plus que la langue anglaise d'ailleurs se prêtent facilement à ces subtilités sémantiques. Les divers instruments semblent du reste employer indifféremment, donc en tant que synonymes, les termes « distinction » et « discrimination ». Voir sur la question, entre autres, outre l'ouvrage de W. McKEAN déjà cité, E. VIERDAG, *The Concept of Discrimination in International Law* (La Haye, M. Nijhoff, 1973) ; Marc BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme* (Bruxelles, Bruylant, 1976) ; B.G. RAMOHARAN, « Equality and Discrimination » (in Louis HENKIN, *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, pp. 246-269) ; Vernon VAN DYKE, *Human Rights, Ethnicity and Discrimination* (Westport-London, Greenwood Press, 1984).

Encore faudrait-il voir dans quelle mesure la « discrimination protectrice » (196) de l'article 63 § 3 de la Convention européenne est conforme au droit international tel qu'il ressort d'un certain nombre d'instruments internationaux à vocation universelle.

*B. Protection des groupes et discrimination vis-à-vis de leurs membres dans les traités internationaux*

Toute analyse en ce domaine doit commencer par l'examen des clauses anti-discriminatoires de la Charte des Nations Unies, ne serait-ce qu'à cause de la disposition de l'article 103 de la Charte qui confère à cette dernière une incontestable primauté sur tout autre traité contraire conclu par un État membre de l'Organisation.

Ce sont surtout les articles 1er § 3 et 55 c de la Charte qui traitent, dans des dispositions quasi-identiques, des droits de l'homme. L'article 1er § 3 fixe comme but des Nations Unies le développement et l'encouragement du « respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion » tandis que, selon l'article 55 c, « les Nations Unies favoriseront... 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 ».

On observera que ces dispositions ne se démarquent guère de la conception libérale — sans doute la première à se manifester — de protection des droits de l'homme qui consiste dans — et se borne souvent à — la non-discrimination, bien que le « respect... effectif » des droits de l'homme de l'article 55 c semble faire une première allusion à la nécessité d'une action positive. Le « respect universel » des droits de l'homme prôné par le même article 55 c complète du reste utilement l'expression « sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ». On est décidément loin des « nécessités locales » de l'article 63 § 3 de la Convention européenne lesquelles peuvent altérer l'« universalité européenne » de cette Convention.

Par ailleurs, les dispositions des articles 73 (territoires non autonomes) et 76 (territoires sous tutelle) de la Charte, à supposer même qu'elles soient applicables ne serait-ce que dans une partie des territoires de l'article 63 § 1 de la Convention de Rome, ne semblent pas non plus pouvoir « excuser » la clause des « nécessités locales ». L'article 76 c de la Charte impose notamment à la puissance tutélaire d'« encourager le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion... ». Cette clause antidiscriminatoire fait absolument défaut dans l'article 73 — ce qui en dit long sur le traitement réservé aux « territoires non autonomes » ; toutefois, l'alinéa a) de cet article impose la

(196) Cf. Nathan GLAZER, *Affirmative Discrimination : Ethnic Inequality and Public Policy* (New York, Basic Books, 1975).

tâche à la puissance administrante de respecter « *la culture des populations en question* ». Cette vague référence aux spécificités locales (197) (des territoires non-autonomes n'est néanmoins pas certaine de pouvoir « couvrir » les « nécessités locales » non plus.

Quoi qu'il en soit, la protection des droits de l'homme dans la Charte se trouve dans un stade embryonnaire. Que les délégations, à San Francisco, n'aient tout simplement pas eu le temps d'approfondir leur réflexion sur les droits de l'homme, comme cela a été suggéré par certains auteurs (198) ou qu'elles s'en soient remises sagement, comme nous aimerions le croire, aux générations futures pour l'accomplissement de cette tâche, toujours est-il qu'elles nous ont légué des dispositions peu utiles et plutôt ambiguës en ce qui concerne notre propos.

La Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 semble en tout cas confirmer et même accentuer le caractère universaliste — les représentants des minorités diraient « nivellateur »... — des droits de l'homme selon la Charte. Mise à part la disposition de l'article 2 § 1 contenant une clause antidiscriminatoire classique, l'article 2 § 2 énonce que

*« De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou ce territoire soit indépendant, sous tutelle ou non-autonome, ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté. »*

On peut aussi mentionner l'article 30 de la Déclaration qui énonce :

*« Aucune disposition de la présente déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour... un groupement... un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés. »*

Le mot « groupement » peut ici facilement être entendu comme « groupement minoritaire ». On relèvera que cette disposition est reprise presque *verbatim* par l'article 17 de la Convention européenne, article communément (199) considéré comme étant tombé en désuétude.

En somme, les dispositions de la Déclaration, dont pourtant la Convention de Rome est censée s'inspirer, ne contiennent aucune trace de différenciation dans l'application des droits de l'homme protégés. De plus, l'effet de la même disposition 30 de la Déclaration — 17 de la Convention de Rome

(197) Encore faudrait-il que la « culture des populations en question » rejaillisse de manière certaine sur le domaine du juridique.

(198) Jean-Bernard MARIE et Nicole QUESTIAUX dans leur commentaire de l'article 55 c de la Charte in J.-P. COT et A. PELLET, *La Charte des Nations Unies*, Paris-Bruxelles, Economica et Bruylant, 1985.

(199) Frédéric SUDRE, *La Convention...*, p. 29. Voir aussi l'article 5 § 1 commun aux deux Pactes de 1966.

est loin d'être le même dans les deux instruments (200). L'article 17, à supposer même qu'il soit remis en vigueur, ne développera jamais son action que dans les territoires métropolitains. La clause des « nécessités locales » de l'article 63 § 3 empêchera, une fois encore, qu'une disposition du Titre I puisse s'appliquer outre-mer et limiter les prérogatives des groupements-minorités.

Il faudra attendre la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 pour avoir une approche moins monolithique reconnue sur le plan international comme conforme à la doctrine des droits de l'homme. Si l'article 1<sup>er</sup> § 1 de cette Convention définit la discrimination raciale suivant le modèle classique de l'« action négative », son article 2 § 2 rompt avec toute la doctrine antérieure des Nations Unies en la matière en ce qu'il reconnaît la nécessité pour les États parties d'arrêter des mesures spéciales vis-à-vis de « certains groupes raciaux » (201). Cette disposition énonce en effet que

*« Les États parties prendront, si les circonstances l'exigent, dans les domaines social, économique, culturel et autres, des mesures spéciales et concrètes pour assurer comme il convient le développement ou la protection de certains groupes raciaux ou d'individus appartenant à ces groupes en vue de leur garantir, dans des conditions d'égalité, le plein exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ces mesures ne pourront en aucun cas avoir pour effet le maintien de droits inégaux ou distincts pour les divers groupes raciaux, une fois atteints les objectifs auxquels elles répondraient ».*

Cette disposition soulève à l'évidence plusieurs problèmes délicats de droit international et de droit interne, problèmes qu'une littérature abondante (202) et la pratique déjà consistante du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale instauré par la Convention n'ont pas manqué de mettre en lumière.

Il n'en demeure pas moins que quinze ans après l'irruption du traitement différencié de certaines populations dans l'ordre international, fût-il seulement régional-européen, opéré par l'insertion de la clause des « nécessités locales » dans la Convention de Rome, un autre instrument international, à vocation universelle cette fois-ci, rompt la solitude lourde de suspicions colonialistes dans laquelle se trouvait notre Convention.

(200) L'article 17 jouirait théoriquement dans ce cas d'un rang supérieur à celui des autres articles du Titre I de la Convention.

(201) Certaines mesures de différenciation dans l'application de la norme se rencontrent tout de même dans la Convention de l'UNESCO concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement (Convention du 15 décembre 1960). Il en va de même de la Convention de 1980 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes. Voir également *infra* pour la Convention de 1957 de l'O.I.T.

(202) Voir, entre autres, E. SCHWELB, « The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination » (*I.C.L.Q.*, 1966, pp. 996-1068) ; G. TENEKIDES, « L'action des Nations Unies contre la discrimination raciale » (*R.C.A.D.I.*, 1980/III, vol. 168, pp. 269-487) ; N. LERNER, *The United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, The Hague, M. Nijhoff, 1980).

Les similitudes entre les deux instruments, indéniables, ne doivent en tout cas pas faire oublier les divergences qui existent. La similitude principale est déjà le fait pour les deux instruments de reconnaître que les peuples du monde n'ont pas forcément les mêmes besoins en matière de droits de l'homme. A partir de cette simple constatation toute possibilité d'application uniforme des droits de l'homme devient vite illusoire. Des méthodes et des pratiques plus affinées prenant en compte la réalité concrète doivent être élaborées. Aussi bien la Convention de Rome que la Convention de 1965 imposent aux États l'obligation juridique (203), et non point une quelconque faculté pour ce faire — et c'est leur deuxième point en commun —, de réserver un traitement différencié à certaines populations (204).

Les différences entre les deux conventions, nous l'avons déjà dit, n'en sont pas moins très importantes. La petite phrase « *si les circonstances l'exigent* » qu'on trouve dans l'article 2 § 2 de la Convention de 1965 peut facilement détruire tout l'édifice sur lequel repose l'obligation de l'État partie de prendre des mesures dérogatoires. Il s'agit ici ni plus ni moins de l'introduction d'une présomption de non existence des « circonstances » ; l'article 63 § 3 de la Convention de Rome prend en revanche le contre-pied de cette présomption : les « nécessités locales » sont bel et bien présumées existantes dans les territoires régis par l'article 63 (205).

Le maintien des mesures spéciales exigées par les « circonstances » de l'article 2 § 2 ne peut être que provisoire. Il devient illégal « *une fois atteints les objectifs auxquels... répondaient* » les mesures spéciales. On ne relèvera par contre aucune limitation *ratione temporis* des mesures spéciales répondant aux « nécessités locales » que les États membres du Conseil de l'Europe en auraient été amenés à prendre dans les territoires d'outre-mer.

Les mesures de l'article 2 § 2 de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale répondent, on vient de le voir, à des « objectifs » ; elles sont finalisées. Nous avons pu du reste interpréter les mesures prises en

(203) Selon McKEAN, *op. cit.*, p. 159, il s'agirait là d'une des obligations fondamentales imposées par la Convention de 1965.

(204) On ne se fera pourtant guère d'illusions quant au caractère d'obligation juridique « sanctionnable » de l'obligation contenue dans l'article 2 § 2 de la Convention de 1965 ; le mécanisme de supervision de cette Convention, qu'on ne saurait qualifier de juridictionnel, est embryonnaire quand on le compare avec le mécanisme équivalent du Conseil de l'Europe.

(205) A partir de là, la différence d'intensité entre « nécessités » et « circonstances » ne pourra plus jouer qu'un rôle secondaire. On relèvera de toute façon que les mesures dérogatoires de l'article 2 § 2 doivent être justifiées par le caractère « nécessaire » de la protection de certains groupes raciaux, comme nous l'indique l'article 1<sup>er</sup> § 4 qui nous explique que toutes ces mesures dérogatoires ne peuvent être regardées comme constitutives d'un acte de discrimination raciale. Il n'empêche que l'éparpillement des dispositions concernant les mesures dérogatoires entre les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> § 4 et de l'article 2 § 4, dispositions qui ne se recoupent que partiellement, accuse une faiblesse de la Convention du point de vue juridico-technique. A cela il importerait d'ajouter l'inconvénient supplémentaire que constitue une tierce rédaction concernant la même matière, à savoir l'article 2 § 3 de la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 20 novembre 1963.

vertu de l'article 63 § 3 de la Convention de Rome comme autant de mesures finalisées répondant en particulier aux « nécessités locales » prévalant dans les territoires d'outre-mer. Or, la grande différence entre les deux conventions est justement la nature différente des objectifs auxquels répondent les mesures dérogoires. L'idéal à atteindre selon l'article 2 § 2 de la Convention de 1965 est d'« *assurer comme il convient le développement ou la protection de certains groupes raciaux* ». Le même idéal devient « *assurer comme il convient le progrès de certains groupes raciaux* » (206), selon l'article 1<sup>er</sup> § 4. La discordance quelque peu troublante entre les deux dispositions qui sont censées exprimer la même règle juridique ne nous retiendra pas outre mesure ici ; après tout, « progrès » et « développement », les deux mots clefs, véhiculent la même conception d'un monde qui avance (207), d'une Histoire à l'ascension irrésistible qui laisse fatalement derrière elle des populations d'un autre âge (208). Le mot « assimilation » n'est pas prononcé mais le soutien aux « *organisations et mouvements intégrationnistes* » préconisé par l'article 2 § 1 ne laisse aucun doute quant aux objectifs des mesures dérogoires et provisoires ; provisoires parce que l'intégration, quitte à ce qu'elle aboutisse à un « génocide culturel », est sûre d'advenir. Elle est du moins ardemment souhaitée.

Cette *Weltanschauung* (209) fait en revanche absolument défaut dans la Convention européenne des Droits de l'Homme. Les pères de la Convention ne se sont jamais posés en croisés de la civilisation « véritable » (210). Dans un esprit de tolérance tout voltairien, ils se sont bornés à constater objectivement que, dans les pays administrés par des puissances européennes, vivaient des populations aux codes de valeurs parfois très différents de celui du « peuple européen ». Était-ce par profonde conviction de la valeur égale des civilisations du monde, était-ce au contraire par mépris du « sauvage » auquel on désespérait d'appliquer la loi du « civilisé », était-ce, plus prosaïquement, par simple souci du maintien de l'ordre outre-mer ? On ne le saura peut-être jamais avec certitude. On rappellera seulement que peu de

(206) Cet idéal devient dans la Déclaration de 1963 : « *assurer le développement ou la protection adéquate des personnes appartenant à certains groupes raciaux* ».

(207) La version anglaise a « *advancement* » à la place de « *progrès* ».

(208) On aurait envie de qualifier cette conception de l'Histoire d'occidentale. On se rappellera tout de même que cette conception était à l'époque soutenue avec encore plus d'acharnement par les pays socialistes rattrapés bientôt dans leur zèle « progressiste » par les dirigeants du Tiers Monde.

(209) Certains auteurs (T. MERON, « The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination », in *A.J.I.L.*, 1985 pp. 283-318 en particulier pp. 309-311) proposent une lecture plus contemporaine de la Convention de 1965. Ils se fondent notamment sur l'obligation des États à « *assurer... la protection de certains groupes raciaux* » (article 2 § 2) la « protection » pouvant conférer au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale l'appui nécessaire pour une relecture de l'instrument plus protectrice des spécificités ethniques.

(210) On rappellera en tout cas l'opposition de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe à la clause des « *nécessités locales* ».

temps après la conclusion de la Convention de Rome, son Protocole additionnel adoptait déjà une attitude bien plus égalitariste-assimilationniste.

Assez curieusement l'instrument international qui va le plus loin, du moins *prima facie*, dans la protection des minorités, le seul d'ailleurs qui mentionne explicitement les « *minorités ethniques, religieuses ou linguistiques* », le Pacte international des droits civils et politiques du 6 décembre 1966, se révèle à l'analyse de peu d'utilité pour notre propos. Son article 27 est ainsi rédigé :

« *Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.* »

Cette disposition est malgré tout ce qu'on a pu dire d'une modération déconcertante. Si elle reconnaît qu'il peut y avoir des « *minorités ethniques, religieuses ou linguistiques* » de par le monde, elle laisse visiblement le choix de la reconnaissance de l'existence des minorités aux États concernés (211). De plus seules sont concernées par cette disposition les « *personnes appartenant à des minorités* » pas les minorités en tant que telles (212). Les droits de ces personnes sont du reste de stricts droits d'« *action négative* » de la part du pouvoir, le droit aux prestations positives étant apparemment exclu (213). L'incidence juridique des droits que l'article 27 reconnaît aux minorités est enfin minime. Ni leur droit à la liberté religieuse, ni leur droit à leur propre vie culturelle ni même leur droit d'employer leur propre langue ne sont, à strictement parler, des innovations absolues de l'article 27. Le droit à la liberté religieuse est déjà reconnu, et en des termes bien plus

(211) *Contra* Francesco CAPOTORTI dans son *Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques religieuses et linguistiques*, Nations Unies, New York, 1979, p. 37. Cf. la déclaration interprétative (ou bien réserve ?) de la France niant dans les faits l'existence de minorités en France.

(212) En ce sens l'écrasante majorité des auteurs. Outre de CAPOTORTI, *op. cit.*, p. 37, cette vision est aussi celle de Mc KEAN, *op. cit.*, p. 144, de R. Monaco, « *Minorités nationales et protection internationale des droits de l'homme* », in René CASSIN, *Amicorum Disciplinorumque Liber*, Paris, Pedone, 1969, pp. 175-184, en particulier p. 181 ; de Louis SOHN, « *The Rights of Minorities* » in L. HENKIN, *op. cit.*, pp. 270-289, en particulier p. 275 ; de P. THORNBERRY, « *Self-Determination, Minorities, Human Rights : A Review of International Instruments* », in *I.C.L.Q.*, 1989, pp. 867-889, en particulier p. 880 et *International Law and the Rights of Minorities* (Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 173 et s.). Tore MODBEEN (*The International Protection of National Minorities in Europe*, Abo, Abo Akademi, 1969, p. 108) et Erica-Irene A. DAES, « *Protection of Minorities Under the International Bill of Human Rights and the Genocide Convention* », in *Festschrift für Pan. J. Zepos*, tome II, Athen-Köln, Katsikalis Verlag, 1973, pp. 35-86, en particulier p. 62) parlent de « *individualistic approach* ». On relèvera néanmoins qu'un fin connaisseur de ces questions comme Christian TOMUSCHAT, « *Protection of Minorities Under Article 27 of the International Covenant On Civil and Political Rights* », in *Festschrift für Hermann Mosler*, 1983, pp. 949-979, en particulier p. 966) adopte une position beaucoup plus nuancée.

(213) Voir S. KARAGIANNIS, « *La protection des droits linguistiques des minorités au titre de l'article 27 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques* » (*Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1994, N° 18, pp. 195-222).



vigoureux, par l'article 18 du même Pacte tandis que les deux autres droits pourraient, le cas échéant, être regardés comme étant la conséquence logique d'autres droits.

Rien n'est par contre fait pour prévenir les véritables dangers qui menacent de dislocation toute communauté humaine, à savoir la destruction du code de valeurs morales et juridiques qui unissent, *ex hypothesi* par la contrainte, les membres de la Communauté (214). A supposer que ces valeurs morales et juridiques empiètent sur le domaine des droits protégés par le Pacte, et rien n'indique qu'il n'en sera pas souvent ainsi, le coup porté à l'existence même des minorités par certaines dispositions du Pacte, comme celles des articles 26 (215) et 5 (216) sera très certainement, ne serait-ce qu'à long terme, fatal.

Sur ce dernier point, le Pacte relatif aux droits civils et politiques n'est pas seulement bien loin de la Convention européenne ; il s'éloigne aussi de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale, conclue une seule année auparavant. En effet, les mesures dérogatoires préconisées par l'article 2 § 2 de la Convention de 1965, par la généralité même des termes employés, pourraient bien être interprétées comme comprenant également, certes à titre provisoire, des mesures restrictives des droits individuels au profit de la continuité, pour un certain temps encore, de la vie communautaire.

Il ne fait enfin guère de doute que l'instrument à vocation universelle qui se rapproche le plus des particularités de la Convention européenne est la récente Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants conclue au sein de l'Organisation internationale du travail (Convention N° 169) le 7 juin 1989 (217). Cette Convention révisé une Convention antérieure de l'Organisation internationale du travail (Convention N° 107 du 5 juin 1957) relative à la protection et à l'intégration des populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants (218).

La raison principale qui a incité l'O.I.T à réviser la Convention de 1957 est sans aucun doute la pression des groupes d'aborigènes, qui, de plus en plus structurés et revendicatifs, surtout en Amérique du Nord et en Océanie, exigent le respect de leurs particularités culturelles et sociales ainsi que

(214) Erich FIRCHER (*Der vertragliche Schutz ethnischer, sprachlicher und religiöser Minderheiten im Völkerrecht*, Berne, Stämpfli Verlag, 1979, pp. 221-222) relève à juste titre que le Pacte n'impose aucunement des obligations aux individus de rester attachés à leur groupe minoritaire.

(215) Cet article interdit toute discrimination.

(216) La disposition du premier paragraphe de cet article correspond à celle de l'article 17 de la Convention européenne.

(217) Natan LERNER, « The 1989 I.L.O. Convention on Indigenous Populations : New Standards ? » (*Israel Yearbook on Human Rights*, 1990, pp. 223-241) ; Hans-Joachim HEINZKE, « Völkerrecht und Indigenous Peoples » (*ZaöRV*, 1990, pp. 39-71).

(218) Voir sur cette Convention Gordon I. BENNETT, « The I.L.O. Convention on Indigenous and Tribal Populations-The Resolution of a Problem of Vires » (*B.Y.B.I.L.*, 1972-73, pp. 382-392).

la préservation de leur mode de vie traditionnel singulièrement menacés par les politiques assimilationnistes, explicites ou latentes, de la plupart des pays qui abritent des populations indigènes.

Le changement de ton est déjà donné par l'intitulé différent des deux Conventions. Des mots comme « intégration » ou même « protection », associés sans doute à de trop mauvais souvenirs, ont disparu de l'intitulé de la nouvelle Convention. Il est en tout cas intéressant de relever ici que, même sous le régime de la Convention de 1957, un traitement différencié était autorisé au profit des groupes indigènes, ce qui évidemment ouvrait une brèche dans la règle de l'application uniforme des droits de l'homme, comme celle-ci était préconisée par la Déclaration universelle et par la Charte des Nations Unies elle-même. On ne sera pas étonné de constater que la Convention de 1989 accentue la tendance centrifuge du droit international dans ce domaine. Aussi, si, en 1957, « *en définissant les droits et les obligations des populations intéressées, on [devait] tenir compte de leur droit coutumier* » (article 7 § 1), en 1989, « *en appliquant la législation nationale aux peuples intéressés, il doit être dûment tenu compte de leurs coutumes et de leur droit coutumier* » (article 8 § 1). La différence ne porte pas seulement sur le degré de prise en compte du droit indigène (« *dûment tenu compte* », en 1989) mais aussi sur l'objet de ce dont il faudra être tenu compte. Au « *droit coutumier* » de la Convention de 1957, on a ajouté « *leur coutumes* », apparemment non codifiées, sûrement non écrites et qui constituent par là-même une catégorie plus large que le « *droit coutumier* ».

A personne n'échappe par ailleurs la similitude (fortuite ?) des rédactions des articles ci-dessus rapportés des Conventions de l'O.I.T. avec la rédaction de l'article 63 § 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (« *... en tenant compte des nécessités locales* »). On peut sans doute penser que les dispositions des Conventions de l'O.I.T. auront à s'appliquer au moins à une partie des territoires d'outre-mer auxquels s'applique aussi l'article 63 § 3 de la Convention de Rome. Or, un certain nombre de différences rend la conciliation entre ces instruments assez difficile mais non point impossible.

On a déjà constaté le caractère « attractif » de la clause des « nécessités locales » de la Convention européenne. Le respect des coutumes des peuples indigènes peut en revanche être qualifié de subsidiaire en ce sens que, selon la Convention de 1989 (article 8 § 2), il n'est autorisé que sous réserve de la compatibilité desdites coutumes « *avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international* » (219) à quoi il faut ajouter que la prise en compte des coutumes « *ne doit pas empêcher les membres desdits peuples d'exercer les droits*

(219) Cf. la disposition correspondante de la Convention de 1957 : « *Ces populations pourront conserver celles de leurs coutumes et institutions qui ne sont pas incompatibles avec le système juridique national ou les objectifs des programmes d'intégration* » (article 7 § 2).

*reconnus à tous les citoyens et d'assumer les obligations correspondantes* » (article 8 § 3).

Toutefois, une ambiguïté demeure. Elle est notamment maintenue par la deuxième phrase de l'article 8 § 2 de la Convention de 1989 qui énonce que « *des procédures doivent être établies, en tant que de besoin, pour résoudre les conflits éventuellement soulevés par l'application de ce principe* ». Cela semble indiquer que la primauté des « *droits de l'homme reconnus au niveau international* », pour ne parler que de ceux-là, ne l'emporte pas automatiquement sur la coutume contraire, sinon la recherche d'un *modus vivendi* préconisée par cette disposition n'aurait aucun sens.

La vraie signification de cette apparente contradiction doit, croyons-nous, être recherchée dans la disposition de l'article 15 de la Convention de 1989 qui porte sur les rapports entre le droit pénal coutumier d'une part et le droit pénal national et les règles du droit international des droits de l'homme à observer dans le domaine de la répression des délits d'autre part. Ici, dans ce domaine particulièrement sensible de la protection des droits fondamentaux de l'homme, la coutume pénale contraire est écartée sans ambages. Aucune procédure de conciliation n'est ici prévue. Or, cela semble suggérer que certaines coutumes, même contraires *prima facie* aux droits fondamentaux, de l'homme pourraient le cas échéant être maintenues en vigueur, éventuellement sous une forme moins brutale qu'à l'origine, mais sous condition qu'elles soient étrangères au domaine pénal. On peut ici rappeler les hésitations de la Cour de Strasbourg, dans son arrêt *Tyrer*, à envisager la possibilité de peines et de traitements inhumains ou dégradants dans les territoires de l'article 63 (220).

La compatibilité de l'article 63 § 3 avec un instrument à vocation universelle devient apparemment ici, et pour la première fois, possible. Le domaine qui reste finalement ouvert aussi bien aux « *nécessités locales* » qu'aux « *coutumes* » de la Convention de 1989 est ce qu'on a déjà appelé le domaine des droits civils *stricto sensu*, essentiellement donc le statut des personnes, les rapports entre les époux, les rapports entre les parents et leurs enfants, etc.

Cette dernière interprétation, pour ce qui est plus particulièrement des enfants, semble encore corroborée par la récente Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 21 Janvier 1990. On signalera à cet effet qu'un début de différenciation dans le traitement des populations et

(220) Cf. l'article 3 d'un avant-projet de protocole à la Convention européenne des droits de l'homme concernant la reconnaissance des droits culturels établi à titre bien entendu informel à l'issue du VIII<sup>e</sup> Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme (*Les droits culturels. Une catégorie sous-développée de droits de l'homme*, Fribourg, éditions universitaires de Fribourg, 1993). La teneur de cet article est la suivante : « Les droits reconnus dans le présent protocole n'autorisent aucun individu, groupe ni aucune autorité publique, à s'en prévaloir pour porter atteinte à l'intégrité physique ou morale de quiconque, ou pour lui imposer un comportement contraire à cette intégrité ».

des civilisations du monde est perceptible dans l'article 5 de cette Convention qui impose aux États l'obligation de respecter les droits qu'ont en matière d'éducation des enfants non seulement les parents mais aussi « *le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale* ».

\*

\* \* \*

Il est tout de même étonnant de voir la position des pères de la Convention européenne au sujet de la diversité des cultures juridiques (et, finalement, des cultures tout court) trouver des imitateurs au niveau du droit universel avec plusieurs décennies de retard (221). Le droit international contemporain sensibilisé désormais à la diversité des civilisations et des mentalités, absout *ex posteriori* l'affreuse clause discriminatoire et colonialiste de l'article 63 § 3 que les orateurs de l'Assemblée de l'Union française s'époumonaient à dénoncer !

Il y aurait là toute une étude sociologique et juridique à faire concernant les conceptions française et britannique divergentes en matière de « colonies » non seulement pour ce qui est des « colons » mais aussi des « colonisés » respectifs (mais pourquoi la mentalité du colon ne rejaillirait-elle pas sur celle du colonisé ?). Tandis que les « colonies » françaises menaient le combat contre la clause de l'article 63 § 3 et par là-même contre la Convention de Rome, les colonies britanniques menaient finalement le combat inverse. Non seulement il ne semble pas y avoir eu de protestations contre l'extension de la Convention (en 1953 déjà !) à bon nombre de colonies mais il y a eu au contraire des pressions exercées sur le Gouvernement de Londres pour que tel ou tel territoire soit inclus au champ d'application de la Convention (222). Or, ces colonies savaient pertinemment que la clause des « nécessités locales » faisait partie intégrante de la Convention ; les « territoires » non seulement ne voyaient pas d'un mauvais oeil cette clause mais bien au contraire assumaient pleinement leurs différences, si ce n'est qu'ils revendiquaient, à l'instar précisément de l'île de Man dans l'affaire *Tyrrer*, un vrai droit à la différence. Mais le pragmatisme, n'est-il pas le propre de l'âme anglo-saxonne et l'égalitarisme le propre de l'âme française et républicaine ? (223)

(221) Il va sans dire que l'article 63 § 3 de la Convention européenne conserve toujours des ennemis déclarés. Voir, par exemple, Fernando R. TESÓN, « International Human Rights and Cultural Relativism » (*Virginia Journal of International Law*, vol. 54, 1985, pp. 869-898).

(222) On relève à cet effet que c'est parfois à l'initiative de gouvernements locaux (comme, par exemple, celui des îles Tonga, aujourd'hui État indépendant) que la Convention européenne y a été étendue.

(223) Pour être juste, on signalera néanmoins que les colonies néerlandaises des Antilles et de Surinam avaient, elles aussi, manifesté quelques réticences, en dépit de la désapprobation des États Généraux (*Annuaire*, 1958-9, vol. 2, p. 567).

## ADDENDUM

Notre étude était déjà achevée quand, le 11 mai 1994, les États membres du Conseil de l'Europe ont signé le Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention. Au moment où nous rédigeons ces lignes (octobre 1994), le Protocole n° 11 n'est pas en vigueur et il est naturellement hors de question d'incorporer les modifications qu'il apporte dans nos développements. Les changements que subit l'article 63 (article 56 suivant la nouvelle numérotation mise en place par le Protocole n° 11) sont par ailleurs plus de forme que de fond, nécessités qu'ils sont par l'indispensable coordination de cet article avec la restructuration du mécanisme de contrôle. Il fut ainsi nécessaire d'en modifier le quatrième paragraphe afin de supprimer aussi bien la référence à la Commission européenne des droits de l'homme, organe de contrôle qui est désormais supprimé, que celle à la déclaration des États autorisant les requêtes individuelles (224). Le Protocole n° 11 prévoit en revanche, dans son article 2 § 3, l'insertion dans l'article 63 § 4 d'une référence à la Cour. Cette disposition se lira donc à l'avenir comme suit :

*« Tout État qui a fait une déclaration conformément au premier paragraphe de cet article peut, à tout moment par la suite, déclarer relativement à un ou plusieurs des territoires visés dans cette déclaration qu'il accepte la compétence de la Cour pour connaître des requêtes de personnes physiques, d'organisations non gouvernementales ou de groupes de particuliers comme le prévoit l'article 34. »*

Aussi relèvera-t-on que les territoires dont les États Parties à la Convention « assurent les relations internationales » pourront toujours être assujettis à une discrimination par rapport au territoire métropolitain. La triple discrimination actuellement en vigueur visant notamment l'applicabilité de la Convention, la reconnaissance des requêtes individuelles (alors même qu'elles étaient déjà reconnues en métropole) et la compétence obligatoire de la Cour ne sera à l'avenir que double (applicabilité de la Convention et reconnaissance de la compétence de la Cour pour connaître des requêtes individuelles). Ce n'est déjà pas si mal à ceci près que l'actuel article 25, qui soumet la requête individuelle au bon vouloir des États et dont l'abrogation par le Protocole n° 11 se présente comme un progrès incontestable, pourra trouver une nouvelle jeunesse outre-mer (225).

(224) Le nouveau mécanisme généralise en effet la possibilité pour les particuliers de saisir la Cour, désormais seul organe de contrôle de la Convention (voir nouvel article 34).

(225) Cf. A. DRZEMCZEWSKI et J. MEYER-LADEWIG, « Principales caractéristiques du nouveau mécanisme établi par la C.E.D.H. suite au Protocole n° 11, signé le 11 mai 1994 » (*Revue universelle des droits de l'homme*, 1994, pp. 81-86, en particulier p. 85) et J.-Fr. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme » (*A.J.D.A.*, 1995, pp. 125-126).

On peut enfin signaler une modification mineure et, somme toute, peu nécessaire intervenue dans le premier paragraphe de l'article 63 (226) ainsi qu'une série d'autres modifications dans des dispositions de la Convention ou des Protocoles nécessitées par la nouvelle numérotation des articles. On signalera en tout cas que le noyau dur de l'article 63, la clause des nécessités locales, reste intacte. La nouvelle Cour permanente créée par le Protocole du 11 mai 1994 va ainsi hériter de l'intéressante quoique pas toujours cohérente jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme.

(226) Le nouvel article 56 § 1 se lit ainsi : « *Tout État peut, au moment de la ratification ou à tout autre moment par la suite, déclarer, par notification adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, que la présente Convention s'appliquera, sous réserve du paragraphe 4 du présent article, à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales.* ».