

L'ETRE HUMAIN COMME LE SOMMET DU SYSTÈME JURIDIQUE ET SA PROTECTION INTERNATIONALE*

HUMAN BEING AS CUSP OF THE LEGAL SYSTEM AND ITS INTERNATIONAL PROTECTION

*David Andrés Murillo Cruz***

Fundación Universitaria Agraria de Colombia – Uniagraria.

RÉSUMÉ

Les systèmes de protection des droits de l'homme tels qu'universel comme régionaux ont une chose en commune et c'est que sa genèse réside dans la violation des droits de l'homme menée par les États. Ironique et étrangement, les systèmes et les mécanismes de protection ont été créés principalement pour protéger les personnes contre les actions des États, qui, dans leur existence historique semblent n'accomplir pas sa fonction essentielle: protéger les personnes dans leurs droits, mais plutôt, la violation des ceux-ci.

L'être humain est la source et la raison d'être de tout ce qui est juridique et de ce qui l'entoure, y compris l'Etat comme une entité collective, virtuelle et fictive. Cependant, le système juridique bidimensionnel est établi sur la base de la structure pyramidale et normative faite par l'école de Vienne et renforcée par le principe de légalité dans le système continental, il a perdu de sa pertinence et les ordres juridiques ont laissé d'être anthropocentristes et ont passé à être "normo centristes", amenant de défis au droit international avec l'objectif de diriger le changement conceptuel lui faisant plus humain à travers de la restructuration de la pyramide normative par une humaine ou sociale.

Mots clés: Droit International Humanisé, Les Systèmes de Protection des Droits de l'homme, l'être Humain, Pyramide Normative, Pyramide Humanisée et les États.

Fecha de Recepción: Octubre 1 de 2013

Fecha de Aprobación: Diciembre 1 de 2013

* Cet article fait partie de la recherche de doctorat qui est menée par l'auteur comme chercheur rattaché au Centre de Recherche et de Documentation Européennes et Internationales (CRDEI) à l'Université Montesquieu – Bordeaux IV, intitulé: "*Les exigences du contrôle international de conventionnalité à l'égard des droits internes*", qui est articulée avec la recherche suivie dans le groupe de recherche "droit vert" du programme de droit de la Fundación Universitaria Agraria de Colombia – Uniagraria, intitulée: le suivi des arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

** Doctorant en Droit et Master en Droit International de l'Université Montesquieu – Bordeaux IV, Avocat de L'Université Libre de Colombie, enseignant honorifique de l'Université Autonoma du Mexique (UNAM), enseignant-chercheur de l'Université Cooperativa de Colombie, enseignant en droit public et communautaire et droit de l'Union Européenne à l'Université Libre de Colombie et enseignant du droit international à la Fundación Universitaria Agraria de Colombie – Uniagraria et assesseur juridique international.

ABSTRACT

Systems of human rights protection both universal and regional have something in common and that is that its genesis lies in the violation of human rights carried out by States. Ironically and oddly, systems and protection mechanisms have been created primarily to protect people from the actions of the States, who in their historical rack seem to fulfill its essential purpose: the protection of persons in their rights, but rather, violation thereof.

The human being is the source and reason for the legal and everything surrounding it, including the state as a collective, virtual and fictional, however, the legal system is established two-dimensional from the structure pyramidal and regulations established by the Vienna school and reinforced by the principle of legality in the continental system, it has lost its relevance and legal systems are no longer anthropocentric and has to be passed normocentristas, changes by asking to international law in order leading change and restructuring conceptual humanized becoming legal pyramid by a human or social.

Key words: Humanized International Law, Systems of Human Rights Protection, Human, Legal Pyramid, Pyramid Humanized and States.

INTRODUCTION

Les droits de l'homme ont réussi un large développement à partir de la deuxième moitié du XXe siècle, cependant, il est impertinent affirmer qu'ils se trouvent entièrement définis, toutefois qu'il s'agit d'une matière qui est en constante évolution au dépendre essentiellement du processus d'évolution mentale que entraîne la reconnaissance systématique et consécutive des mêmes.

Ce développement a acquis une impulsion normative qui a conduit à la création de systèmes de protections, qui ont été principalement destinées à "protéger les personnes contre les abus des États, faisant la mise à disposition d'un certain nombre de mécanismes pour dénoncer les violations commis par les États, ou pour surveiller la mise en œuvre effective des différents traités internationaux dans chaque État" (Berraondo, 2004, p. 1), mais qu'ils se sont répandus dans le système juridique international au point d'avoir aujourd'hui avec une réglementation très de pointe qui manque seulement de mécanismes de suivi et de mise en œuvre.

La tendance universelle s'est étendue dans les régions et a donné naissance à des systèmes de protection qui y travaillent, d'abord en Europe puis en Amérique et finalement à l'Afrique¹. Comme les systèmes universels, les systèmes régionaux se sont identifiés pour avoir un élément commun à propos de sa genèse et il se réfère à son but: protéger les droits des êtres humains concernant les violations commises par les États dans leur autorités.

Malheureusement, ces systèmes et des mécanismes ont été créés sous le régime normatif et pyramidale structuré par le cercle juridique de Vienne au cours de la première moitié du XXe siècle, se faisant primer l'État et sa

¹ Il est important de noter que, bien que à l'intérieur de ce document on a utilisé un ordre sur les systèmes de protection, en partant du système universel vers les régionaux, en réalité cet ordre est changé, toutefois qu'il est en Amérique où se fait le premier instrument de protection des droits de l'homme, il s'agit de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme du 2 mai, développés à Bogota en 1948 lors de la Neuvième Conférence internationale américaine.

capacité de régulation à travers des règles juridiques, en contournant l'être humain, parce que même si la formation de l'État est donné par celui-ci, la normativisation du droit a conduit à sa réduction factuelle et l'invisibilité de leurs droits. Par conséquent, il se propose restructurer la pyramide normative, brisant les limites territoriales des États et le fractionnement du concept de souveraineté absolue des eux mêmes avec le but de créer une pyramide humaine et sociale que dans leur base ait à l'humanité et dans son sommet à l'être humain, en complétant son centre avec la pyramide normative telle comme dans le monde juridique actuel est conçue.

PROBLÈME DE RECHERCHE

Les êtres humains peuvent être considérés comme le sommet du système juridique et réussir sa protection sans prendre en compte la théorie volontariste des États en droit international, lui donnent une majeure importance à l'humanité et au fondement téléologique du droit et moins aux États?

STRATÉGIE MÉTHODOLOGIQUE

La stratégie méthodologique de cette recherche a été guidée par l'approche qualitative à partir d'une recherche théorique-juridique critique, afin d'être en mesure d'articuler deux positions qui sont présentées sur le droit international contemporain et sa capacité à résoudre des problèmes juridiques.

RÉSULTATS

1. LA PROTECTION DE L'ÊTRE HUMAIN AU NIVEAU INTERNATIONAL

La structure élaborée pour protéger les droits de l'homme commence par le système des Nations Unies ou mieux connu comme le

système de protection universelle (A) et continue dans les régions en tenant compte le contexte particulier où les violations ont lieu avec les systèmes de protection régionaux des droits de l'homme (B).

1.1 Le système de protection universel des droits de l'homme

Les antécédents du système universel de protection des droits de l'homme pourrait être retracée à partir de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et de la Constitution des États-Unis du 17 septembre 1787, des instruments juridiques révolutionnaires et inspiratoires que, malgré d'avoir une application territoriale déterminée avaient une aspirations universelles de protection. Cependant, l'antécédent de ce système est la Charte des Nations Unies signée à San Francisco le 26 juin 1945, et que rend une réponse, tel comme l'établi son contenu, aux nécessités de préserver les générations futures du flajelo de la guerre qui deux fois dans notre vie ont infligé à l'humanité d'indécibles souffrances et qui ont affecté les droits fondamentaux de l'homme, sa dignité et sa valeur en tant qu'être humain.

Le système onusien de protection alors, est constitué par des *mécanismes conventionnels* (a) et des *mécanismes extra-conventionnels* (b), les premiers fondés sur des traités internationaux signés par les États et les seconds, développés par les organismes des Nations Unies, en particulier par le Conseil économique et social (ECOSOC) à travers de l'ancienne Commission des droits de l'homme, remplacée depuis 2006 par le Conseil des droits de l'homme².

² Le Conseil des droits de l'homme a été créé le 15 mars 2006 avec la Résolution 60/251 de l'Assemblée générale des Nations Unies en tant qu'organe

1.2 Mécanismes Conventionnels

Grosso modo, les mécanismes conventionnels au sein du système universel peuvent être classés en trois groupes selon le type de décision que l'organe prise et du caractère. Ainsi, il y a de mécanisme ne pas contentieux (1), quasi-contentieux (2) et contentieux (3).

1. Mécanismes *ne pas contentieux*: Le but de ces mécanismes est d'obtenir d'un organe international l'opinion sur l'interprétation ou l'application d'un traité dans le droit interne d'un État partie, ayant deux modes de réalisation: des *rapports périodiques* et des *enquêtes*.
2. Mécanismes quasi-contentieux: Ils sont utilisés dans le milieu d'une controverse des violations des droits de l'homme plutôt que d'être soumis à un organe juridictionnel est mise à considération d'un organe international pour connaître d'elles et rendre une recommandation avec le fin de lui donner une règlement amiable au conflit. Ces mécanismes sont activés par plaintes présentées par des particuliers ou par les États.
3. Mécanismes contentieux: Comme dans les mécanismes quasi-contentieux, il s'agit d'une controverse des violations des droits de l'homme qui est soumise aux décisions de l'organe judiciaire international, afin de que celui-ci fasse un examen et prend une décision avec des effets juridiques pour le parties en conflit.

Pour Berraondo (2004), l'application de ce mécanisme implique l'action de la Cour internationale de justice, et en principe est couvert de caractère obligatoire, ce qui veut dire qu'il n'est pas nécessaire une expresse

subsidiare de la même, afin de remplacer la Commission des droits de l'homme.

par l'État partie en acceptant la juridiction contentieuse de la Cour. Cependant, dans presque tous les traités, les États ont la possibilité de faire des réserves pour l'exclusion de juridiction de la Cour, de sorte que seul leur juridiction s'applique aux États qui n'ont pas utilisé la dite réserve d'exclusion (p. 2, et 3).

En plus des mécanismes conventionnels cités *ci-dessous*, ils existent dans le système universel des mécanismes extra-conventionnels pour promouvoir, protéger et garantir les droits de l'homme.

1.3 Mécanismes extra- conventionnels

Les mécanismes extra- conventionnels n'ont plus leur source dans les conventions, pactes ou traités créés, ratifiés et entrés en vigueur sinon dans les organismes internationaux qui font partie de l'Organisation des Nations Unies. Sans doute, l'origine de ces mécanismes se trouve dans l'inefficacité des mécanismes conventionnels qui sont nés pour compléter le système onusien, l'inefficacité que réside dans l'application généralisée de la doctrine volontariste du droit international³

³ La doctrine volontariste dans le droit international prend comme base la volonté des États exprimée par son consentement à être lié à l'échelle internationale, c'est à dire, inscrit dans son contenu le concept de souveraineté *potestas* dans lequel prime l'autonomie des États à se régler indépendamment sans avoir importance la légalité ou l'illégalité de l'objet des traités, une position qui contraste avec la doctrine anti-volontariste et les *jus cogens*, toutefois que ceux-ci établissent la prévalence des principes qui sont au-dessus de la volonté de l'État. Pour approfondir un peu plus sur le sujet, lire: Pastor Ridruejo, José. (2011). *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid: Technos y Sepúlveda, César. (1997). *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*. México: Fondo de Cultura Económica.

par laquelle se fait prévaloir le concept de la souveraineté *potestas* et qui autorisent les États à faire primer sa volonté concernant à l'acceptation ou le rejet des obligations internationales visant à promouvoir, garantir et protéger les droits humains. (Murillo Cruz, 2011).

Le remplacement de la Commission des droits de l'homme par le Conseil des droits de l'homme en tant qu'organisme subsidiaire de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies l'année 2006, a amené à que celui-ci faisait la prise en charge des mécanismes extra- conventionnels que la Commission connaissait avant, néanmoins, avec une nouvelle réorganisation, que aux fins de ce document seront discutés en blocs séparés, celui qui développe *l'examen périodique universel* (1), examen à travers lequel le Conseil fait l'analyse en général de la situation des 193 pays membres de l'Organisation des Nations Unies⁴ et autre que fait la description des procédures spéciaux (2) par lesquels le Conseil reconnaît et se prononça sur la situation des droits de l'homme d'un pays ou d'un thème spécifique.

1.3.1 L'Examen Périodique Universel:

La résolution de l'Assemblée générale 60/251 de 2006 a créé l'Examen périodique universel (EPU), "sur la base d'informations objectives et fiables, sur l'accomplissement par chaque État de ses obligations et engagements en

matière de droits de l'homme d'une manière qui assure l'universalité de l'examen et l'égalité de traitement à l'égard de tous les États", avant ce mécanisme avait une nature coopérative, "fondé sur un dialogue interactif, avec la pleine participation du pays concerné et en tenant compte de leurs besoins à promouvoir la capacité".

Ce nouveau dispositif qui a le système universel a été créé dans le but d'examiner tous les quatre (4) ans, la façon dont chacun des États membres de l'Organisation des Nations Unies puisse s'acquitter de ses obligations de protection et de garantie des droits de l'homme dans son territoire.

Selon le Bureau du Haut-Commissaire aux droits de l'homme (2008), "l'Examen périodique universel est conduit dans le cadre d'une session séparée du Conseil des droits de l'homme par un "Groupe de travail" composé des 47 membres du Conseil. Le Groupe de travail divise son travail en trois sessions de deux semaines chacune. Le Conseil examine 48 États Membres des Nations Unies chaque année" (p. 10).

La procédure prévue pour l'Examen Périodique Universel ne comprend pas la participation des individus, car dans lui seulement participe le Conseil des droits de l'homme appuyé par le Haut Commissariat aux droits de l'homme et les États membres. Pour examiner chaque État, se prend en compte trois documents: i) le rapport national soumis par l'État sur la situation des droits de l'homme sur son territoire; ii) la compilation des informations extraites par le Haut Commissariat des différents rapports établis par les organes conventionnels et des procédures spéciales, aussi, des documents officiels des Nations Unies, et iii) du résumé présenté par le Haut Commissariat de l'information fournie par les institutions nationales de

⁴ Il est important de noter que la procédure de l'Examen périodique universel (EPU) visée dans la résolution 60/251 de 2006 du Conseil économique et social a été prévu pour les 192 États Membres de l'Organisation des Nations Unies, cependant, avec la séparation officielle de Soudan du Sud de Soudan à travers le référendum qui a été lieu le mois janvier 2011, il a été reconnu le Soudan du Sud, le 14 juillet 2011, comme un nouvel État membre de l'ONU par l'Assemblée générale des Nations Unies.

protection des droits de l'homme, les organisations régionales et les représentants de la société civile, y compris, les ONG, les groupes de défenseurs des droits de l'homme et les institutions académiques et de recherche.

Ensuite, et en tenant compte de la nature de l'EPU, le groupe de travail s'engage dans un dialogue interactif avec l'État examiné afin de que celui-ci présente l'information préparée sur son évolution, puis répondre aux questions et recommandations qui lui sont faites par le Conseil des droits de l'homme et des États observateurs sur la pratique et l'état général de la protection et la garantie des droits de l'homme sur son territoire.

13.2 Procédures spéciales:

La Commission des droits de l'homme initialement établit ces procédures spéciales et au moment d'être remplacé par le Conseil des droits de l'homme furent assumés dans leur totalité par celui-ci. Les procédures spéciales sont créées pour traiter la situation des droits de l'homme dans un pays donné, procédure qui a été dénommée *mandat par pays* (i), ou l'analyse de sujets sensibles sur les droits de l'homme dans toutes les régions du monde qui est connu comme *mandat thématique* (ii).

i. Mandats par pays

L'objectif qui ont les procédures spéciales tel comme l'a affirmé le Conseil des droits de l'homme, "est celui de protéger et de promouvoir les droits de l'homme de toutes les personnes et de prévenir les violations des droits de l'homme sur le terrain" (2010, p 1)⁵. Ainsi, les mandats par pays ont le but prin-

pal d'aider au labeur de défense et protection des droits qui effectue chacun des États sur leurs territoires, en faisant l'examen et le suivi des efforts mis en place par ceux-ci pour améliorer la situation des droits de l'homme dans leur intérieur.

En termes généraux, le mandat par pays est la procédure spéciale instituée pour surveiller, examiner et évaluer de près les politiques gouvernementales, législatives, judiciaires et financières qui sont déployés dans un État donné pour surmonter la grave situation des droits de l'homme que dans lui est présente.

Actuellement, il y a des mandats par pays en vigueur par le Conseil des droits de l'homme contre la Bélarus (2012), le Cambodge (1993), la Côte-d'Ivoire (2011), l'Erythrée (2012), l'Haïti (1995), la République islamique d'Iran (2011), le Myanmar (1992), la Corée du Nord (2004), la Somalie (1993), le Soudan (2009), les territoires palestiniens occupés depuis 1967 (1993) et la Syrie (2011).

Grosso modo, on peut observer à travers les différentes Résolutions du Conseil des droits de l'homme rendues dans le cadre des mandats par pays, que leur travail se concentre à vérifier les progrès accomplis dans un État donné par rapport les droits de l'homme, à encourager aux gouvernements et à faire des recommandations aux mêmes afin qu'ils puissent accomplir leurs obligations de promouvoir, protéger et garantir les droits de l'homme à toutes les personnes qui se trouvent dans leurs territoires.

ii. Mandats thématiques

Conformément à l'objectif qui a été soulevée avec les procédures spéciales, les mandats thématiques visent à examiner et surveiller le phénomène de violations massives et systématiques des droits de l'homme dans les

⁵ *Is the protection and promotion of human rights of all persons and the prevention of human rights violations on the ground.*

différentes latitudes du monde. Comme antérieur, on peut citer *la procédure publique par matières* mise en place par la Résolution 1235 (XLII) du Conseil économique et social en 1967, et par laquelle, l'ancienne Commission des droits de l'homme décida en 1980 connaitre de la violation d'un droit de l'homme concret sur n'importe quel pays ou territoire où l'infraction se produit, "du à la constatation faite par la Commission au cours des années précédentes sur les violations massives et systématiques qui s'étaient produisant sur certains droits dans les différentes parties du monde (Berraondo, 2004, p. 11).

Le Conseil des droits de l'homme a à travers ses groupes de travail et rapporteurs spéciaux actuellement 35 mandats thématiques sur des situations sensibles des droits de l'homme qui se produisent dans différentes parties du monde et grâce auxquels il examine, vérifie et donne des recommandations sur sa solution.

Les 35 mandats thématiques sont sur:

- La détention arbitraire;
- La vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des mineurs;
- Le droit de toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale;
- Les disparitions forcées ou involontaires;
- Le droit de réunion pacifique et d'association;
- Les droits culturels;
- Le droit à l'éducation;
- L'environnement sécuritaire, propre, sain et durable;
- Les exécutions extrajudiciaires et arbitrages;
- Le droit à l'alimentation;
- Les défenseurs des droits de l'homme;
- Les formes contemporaines d'esclavage;
- Le logement décent;
- Les droits de l'homme des peuples autochtones;
- L'indépendance des juges et des avocats;
- La liberté et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression;
- La liberté de religion ou de culte;
- Les personnes déplacées dans leur propre pays;
- L'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme;
- Les droits de l'homme des migrants;
- Les minorités;
- L'extrême pauvreté et les droits de l'homme;
- Les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance;
- Les personnes d'ascendance africaine;
- Le droit à l'eau potable et à l'assainissement;
- Les droits de l'homme et la solidarité internationale;
- Les effets de la dette extérieure et des obligations financières des États sur le plein exercice des droits de l'homme, en particulier les droits sociaux, économiques et culturels;
- La torture et des autres traitements cruels, inhumains ou dégradants;
- La promotion et protection des droits de l'homme dans la lutte contre le terrorisme;
- Les droits fondamentaux des victimes de la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants;
- Les droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises;
- L'impact sur les droits de l'homme de la gestion écologiquement rationnelle et l'élimination des produits et des déchets dangereux;
- La discrimination à l'égard des femmes dans la législation et la pratique;

- La promotion de la justice, la vérité et la réparation et des garanties de non-répétition;
- La violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences.

De cette manière, dans le système universel se protègent les droits de l'homme des individus. Il est impératif de préciser que les instruments du système des Nations Unies protègent exclusivement les droits des individus et que à l'intérieur des systèmes régionaux comme on verra *ci-dessus*, la protection s'étend également aux droits des personnes morales, étaient le cas particulier le système régional européen qui a développé une doctrine solide des droits des personnes morales comme un moyen de protéger les droits de la communauté humaine qui la compose et la forme (Murillo Cruz, 2012).

2. LES SYSTÈMES RÉGIONAUX DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

Au niveau régional, il existe différents systèmes de protection des droits de l'homme qui ont une connexion téléologique avec le système universel, il s'agit de la promotion, protection et garanti des droits des personnes. Il est important de se rappeler que les droits de l'homme sont une construction occidentale qu'en raison du processus de décolonisation qui s'est produite depuis le XIXe siècle a été occidentalisé, raison pour laquelle dans tous les continents n'existent pas des systèmes de protection régionaux reconnus par la communauté internationale⁶.

Cette caractéristique des droits de l'homme les font en grande mesure exclusifs, parce que les concepts qu'il a développés ne sont pas réceptionnés de la même manière dans toutes les latitudes, circonstance factuelle qui empêche l'acceptation des différentes cultures au sein des organisations internationales et de la communauté internationale en générale, pour cela, on trouve qu'il n'est pas reconnu un système arabe or asiatique des droits de l'homme, toutefois que leurs connotations historiques, sociales, culturelles et politiques font que le concept de droits de l'homme ne soit pas réceptionné comme on le conçu dans les territoires où la culture occidentale est en vigueur.

Les systèmes régionaux peuvent être classés en deux groupes en fonction des organes qui intègrent et les fonctions qu'ils servent, existant ainsi *le mono système de protection* (a) et *les systèmes duals de protection* (b).

2.1 Le monosystème de protection

2.1.1 Le Système Européen de Droits de l'Homme

Le système régional construit en Europe par le Conseil de l'Europe était jusqu'à 1998 un *système dual*, car depuis l'aspect fonctionnel il existait la Commission européenne des droits de l'homme (Commission EDH) chargée des questions *quasi-juridictionnelles* et la Cour Européenne des droits de l'homme

rendent incompatibles leurs comportements avec les canons normatifs occidentaux en matière de droits de l'homme. Quelque chose de semblable se passe avec les peuples autochtones que à l'avoir une identité culturelle forte (l'ancestralité) ont des aspect cultureaux différents de ceux pris comme normaux par l'occident, une raison pour y avoir une lutte constante entre les notions de droits de l'homme des populations qui n'ont pas été complètement occidentalisé avec la pensée développée et étendue par et dès l'ouest.

⁶ Ainsi, on observe comme ni l'Asie ni l'Océanie, ni les pays arabes par leurs particularités n'ont pas de tribunaux internationaux reconnus par la communauté internationale pour la protection des droits de l'homme, car au sens strict, leurs caractéristiques culturelles sont tellement dissemblables de celles des occidentales et celles des occidentalisés qui

(Cour EDH) qui sous sa responsabilité avait la fonction judiciaire.

À partir du Protocole n° 11 1998⁷, le système européen des droits de l'homme est restructuré et se donne le phénomène de la scission-fusion entre la Commission EDH et la Cour EDH se créant la Grand Cour européenne des droits de l'homme, passant l'Europe d'avoir un système dual de protection à avoir un *monosystème*, dans lequel un seul organisme est responsable d'accomplir les fonctions *quasi-judiciaires* et *judiciaires*.

Comme il est énoncé *ci-dessous*, la classification entre *mono* et *dual* des systèmes de protection n'est pas donnée seulement par le nombre d'organes qui le composent, mais aussi, par les fonctions que ceux-ci accomplissent dans son intérieur, parce que s'il serait par le nombre des organes, encore le système européen serait de ceux qui sont appelés *duals*, pour la raison que, à ce moment il se compose par deux organes, la Cour EDH et le Comité des Ministres chargé du suivi des arrêts de celle-là. Raison suffisante pour laquelle ce système doit être classé comme un *mono système de protection*.

Le système du Conseil de l'Europe naît avec la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) en 1950⁸ et depuis apparaît comme un système pour promouvoir,

protéger et garantir les droits de l'homme en Europe, compte tenu de la situation critique et alarmante des violations massives et systématiques des droits de l'homme sur cet continent au cours de la Seconde Guerre mondiale, en prenant depuis sa naissance la structure d'un *système dual* divisant les fonctions en deux organes comme déjà on expliqua *ci-dessous*.

Le Protocole n° 11 1998 additionnel à la CEDH, réussit unifier la Commission EDH et la Cour EDH du à la congestion des tribunaux qui a été constatée dans les années 90 du dernier siècle, grâce à un système de Comités, Chambres et Grande Chambre pour la recevabilité et le fond des cas soumis au système. Cette structure a sa perfection finale par le Protocole n° 14 2010⁹, par laquelle se crée la figure du juge unique pour "déclarer une requête irrecevable ou la supprimer du registre des affaires, lorsqu'une telle décision peut être prise sans avoir à procéder à un examen complémentaire" (Conseil de l'Europe, 2010, art. 27-1)¹⁰. Dans le cas d'avoir besoin de cet examen, "le juge renvoie à un comité ou à une chambre" pour une étude plus approfondie. (Conseil de l'Europe, 2010, art. 27-2)¹¹.

⁷ Le Protocole n° 11 est entré en vigueur le 1er Novembre 1998, et a été ratifiée par 47 États parties du Conseil de l'Europe.

⁸ La CEDH fut terminée le 4 Novembre 1950 à Rome et en dépit d'être l'instrument qui a permis la création du premier système régional existant sur les droits de l'homme, sans doute le premier instrument international régional des droits de l'homme et que pour première fois à parlé ne seulement de droits sinon de devoirs de l'homme fut la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, signé à Bogotá le 30 Avril 1948.

⁹ Le Protocole n° 14 fut réalisé et ouvert à la signature le 13 mai 2004 à Strasbourg par le Conseil de l'Europe, mais à cause d'avoir consacré à son intérieur le principe de l'intégrité pour son entrée en vigueur fut nécessaire, d'accord à l'article 19, que tous les États parties à la CEDH expriment leur consentement à être partie. En raison du refus présenté par la Russie, le Protocole entre en vigueur six ans plus tard, le 1er Juin 2010, du à que l'État russe l'a ratifié jusqu'au 18 Février 2010.

¹⁰ Declare it inadmissible or strike it out of its list of cases, where such decision can be taken without further examination.

¹¹ If the single judge does not declare an application inadmissible or strike it out, that judge shall forward it to committee or to a Chamber for further examination.

Ainsi, le *monosystème de protection européen* fonctionne à travers des juges uniques, dont le nombre est égal à celui des États parties à la CEDH (47)¹², les Comités composés de trois juges, les Chambres composées de 7 juges et la Grande Chambre composée de 17 juges, étant le juge unique, comme se décrit *ci-dessous*, à partir de Protocole n° 14, le premier à recevoir les plaintes qui lui sont soumises au système, en passant après à la connaissance des Comités ou des Chambres, pour que ceux-ci connaissant du fond, et le cas échéant, la Grande Chambre connaisse aussi du fond de ces derniers.

Dans la même veine, le système européen ne dispose pas actuellement d'un organisme *quasi-judiciaire* pour faire avancer la partie préliminaire des cas qui lui sont soumis, ainsi que techniquement on accède directement à l'organisme judiciaire – la Cour EDH – par une requête que devra remplir les exigences de procédure exigées en vertu de l'article 47 du Règlement de la Cour EDH¹³. Apparem-

ment, il semble que le système est plus agile et qui rende plus des garanties au permettre l'accès direct à l'organe judiciaire, néanmoins, à juger par sa statistique des pétitions réprimées et rejetées, plus de 149.000 se trouvent en attente au 31 Mars 2011, où presque la totalité des pétitions, plus de 95%, seront rejetées sans examen du fond, pour ne pas remplir les critères de recevabilité en vertu de la Convention et du Règlement de la Cour (Conseil de l'Europe et Cour Européenne des Droits de l'Homme, 2011), fait-y-il que la situation soit complètement différente, car on est face à un système théoriquement fonctionnel, agile et rapide, mais que dans la pratique, a sacrifié les droits de l'homme des personnes qu'il prétend protéger, au faire rigoureux l'accès à travers d'une requête que doit se conformer pleinement aux fortes exigences formelles que de n'être pas accomplis amèneront le rejet de la même et par conséquence de son examen du fond.

Cependant, le système de protection européen est unique et différent en son genre, car il ne protège pas seulement les droits de l'homme des individus, mais étend son spectre de protection aux personnes morales, étant le seul système qui consacre dans son domaine de garantie et de protection ce genre de personnes, parce que si on analyse le système universel, l'interaméricain et l'africain, la protection se concentre uniquement sur les êtres humains pendant qu'en Europe ils se sont préoccupé pour la promotion, la protection et la garantie des droits de l'homme des personnes morales, toutefois que celles-ci ne sont rien de plus que les véhicules qui permettent la réalisation des droits de l'homme de la communauté humaine qui compose¹⁴.

¹² Actuellement au sein du Conseil de l'Europe il existe la discussion sur la pertinence d'inclure dans le cadre de la CEDH à l'Union européenne, en tant que sujet de droit international qui devrait avoir des responsabilités internationales dans le cas d'une violation des droits de l'homme. Dans la même veine, il n'y a pas de clarté du fonctionnement future que le système européen aurait dans le cas où soit acceptée l'admission de l'Union européenne, d'être admise, il est plus probable de que soit accepté que le terme «les hautes parties contractantes» figurant à l'article 1 de la CEDH doit être interprétée de façon à inclure l'Union européenne dans son contenu, pour après lui permettre de participer avec un juge dans la Cour EDH.

¹³ Le règlement actuel de la Cour EDH fut modifié et est entré en vigueur le 1er Septembre 2012. Nonobstant, ces exigences formelles pour soumettre une pétition à la Cour de Strasbourg se sont conservée dans les successives modifications et amendements que le règlement a souffert, à savoir, le 17 Juin et le 8 Juillet 2002, le 11 décembre 2007 et le 22 Septembre 2008.

¹⁴ Pour une étude plus approfondie sur les droits de l'homme des personnes morales en Europe, lire: Murillo Cruz, David Andrés. (2012). *La*

2.2 Les systèmes duals de protection

Suivant le fil argumentatif utilisé pour parler du *monosystème de protection*, il doit être entendu qu'un *système dual* se compose de deux organismes dont les fonctions *quasi-judiciaires* et *judiciaires* se partagent. Ce pour quoi que l'accès à l'organisme judiciaire ne sera pas direct ni à travers d'une requête avec le rempli de fortes exigences formelles, mais indirect par le moyen de l'organisme *quasi-judiciaire* auquel arriveront les cas, soit par la voie d'une communication ou la voie d'une plainte – pétition, que pourra être individuelle ou interétatique. Comme systèmes duals reconnus par la communauté internationale de on trouve d'un côté le système interaméricain des droits de l'homme (1) et par l'autre, le système africain des droits humains et des peuples (2).

2.2.1 Le système interaméricain de droits de l'homme

Le système américain nait conceptuellement avec la Charte de l'OEA¹⁵ et la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme

protección de los derechos humanos de las personas jurídicas en los sistemas regionales europeos e interamericano. Dans: Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tuxtla - México: Universidad Autónoma Nacional de Chiapas.

¹⁵ La Charte de l'OEA fut signé par les 21 États participants de la IXème Conférence Internationale (l'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Canada, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, le Cuba, l'Équateur, Le Salvador, l'États-Unis, le Guatemala, l'Haïti, l'Honduras, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Paraguay, le Pérou, la République Dominicaine, et l'Uruguay) et entra en vigueur le 13 Décembre 1951, avec le dépôt de l'instrument de ratification faite par la Colombie à la même date au Secrétariat général de l'OEA et avec cela s'avoir fait le dépôt des ratifications de deux tiers 2/3 des États signataires.

(DADDH)¹⁶. Nonobstant, sa structure duale se consolida avec la Convention américaine relative aux droits de l'homme (CADH) et la création de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IDH)¹⁷, donnée à travers de cet instrument. Ainsi, à partir de 1969, le système interaméricain est un système dual de protection à l'avoir la Commission interaméricaine des droits de l'homme (Commission IDH) (i) comme un organisme *quasi-judiciaire* et la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IDH) (ii) comme un organisme judiciaire.

i. La Commission interaméricaine des droits de l'homme

La Commission IDH comme un organisme principal de l'OEA vue les jours juridiques avec l'article 106 de la Charte de l'Organisation Américaine et est affectée avec la fonction principale de promouvoir l'observance et la défense des droits de l'homme et celle de servir comme organe consultatif de l'organisation sur les droits

¹⁶ Cet instrument se approuva le 2 mai 1948 au sein de la IXème Conférence Internationale qui a eu lieu à Bogotá. L'importance de la Déclaration des droits et devoirs de l'homme est due à deux aspects particuliers. Le premier, parce qu'il s'agit du premier instrument international des droits de l'homme et d'autre part, parce qu'il contemple dans son contenu non seulement la reconnaissance des droits de l'homme mais aussi des devoirs, en fissurant la théorie de la responsabilité verticale existante des droits de l'homme et cédant la place à la théorie horizontale.

¹⁷ Le Pacte de San José fut élaboré par la Conférence Interaméricaine Spécialisée sur les droits de l'homme du 7 à 22 Novembre 1969 et son entrée en vigueur a eu lieu le 18 Juillet 1978, lorsque, conformément à l'article 74.2 de celle-ci, il a été déposée l'onzième instrument de ratification auprès du Secrétaire Général de l'OEA, grâce au dépôt de son instrument de ratification par l'État de Grenade.

de l'homme. Bien que le deuxième alinéa de l'article 106 de la Charte de l'OEA a établi que la structure, la compétence et la procédure de la Commission interaméricaine serait établi par la CADH, fut à la cinquième Réunion de consultation des Ministres des Affaires étrangères, qui a eu lieu à Santiago du Chili en 1959, où se créa une Commission interaméricaine des droits de l'homme composée de sept membres, élus à titre personnel à partir de listes présentées par les gouvernements et par le Conseil de l'Organisation des États américains, lui donnant le travail de promouvoir le respect de ces droits. (Secretaria General de la OEA, 1960, p. 12).

Donné que les travaux de la Commission IDH initieront avant de la création de la CADH et de la Cour IDH, on peut dire que d'abord que:

La Commission se préoccupa presque exclusivement d'élaborer un mécanisme qui pourrait être efficace face l'absence d'un État de droit dans les différents pays du continent. Ainsi, depuis la création de la Commission et jusqu'en 1969, celle-ci destina la plupart de ses efforts et de ressources pour le traitement des violations massives et systématiques dans le continent américain (García Echavarria, 2011, p. 13).

Actuellement, la Commission IDH accomplit, *grosso modo*, ses fonctions à travers des inspections et de l'étude des pétitions individuelles et interétatiques conformément à l'article 44 de la CADH et 18 de son Règlement. Dans le cas d'inspections, la Commission les font de cette manière: général pour étudier la situation des droits de l'homme dans les Amériques, dont elle publie un rapport annuel; par pays, par le biais de visites *in loco* afin d'évaluer dans le contexte étatique les niveaux de protection des droits de l'homme, en présentant para le moyen de *rapports par pays* les considérations et

recommandations de l'État s'aient en matière des droits de l'homme et; *thématisques*, sur les topiques ponctuelles sur les droits de l'homme, par exemple: la peine de mort, l'accès à la justice, les personnes privées de la liberté, les défenseurs des droits de l'homme, les afro descendants, l'égalité des sexes, la participation politique des femmes, de l'emploi, de l'éducation et des ressources pour les femmes, l'immigration, la santé maternelle, la justice pour mineurs et le terrorisme.

En ce qui concerne les pétitions, la Commission IDH connaît de deux types: *les individuelles* et *les interétatiques*, les premières, conformément à l'article 23 de son règlement peuvent être présentées contre un État membre de l'OEA, néanmoins, la Commission au moment de faire l'étude admissibilité, devra faire la distinction entre ceux qui en plus d'être membres de l'OEA sont également parties à la Convention américaine, car de cela dépend quels instruments peuvent être appliqués, à savoir: sur les États qui sont membres de l'OEA, mais qui ne sont pas parties à la CADH, elle pourra seulement faire l'analyse et l'étude de la requête individuelle à travers la Charte de l'OEA et la DADDH et si l'État ne prend pas ses recommandations, on ne pourra pas lui poursuivre devant la Cour IDH. À *contrario sensu*, sur les États, qu'en plus d'être membres de l'OEA sont aussi parties à la CADH, elle pourra analyser les pétitions individuelles présentées contre eux se fondant sur la base des trois instruments – la Charte de l'OEA, la DADDH et la CADH.

Contrairement aux pétitions individuelles, assez nombreux et en progressive augmentation annuelle¹⁸, les pétitions interétatiques

¹⁸ Selon les statistiques traitées par le Commission IDH dans ses rapports annuels pour 2010 et 2011, les pétitions individuelles pour 2010 arrivent aux

sont plus exotiques au sein de la Commission IDH, au point que jusqu'ici seulement se connaissent deux, un déclarée irrecevable au Nicaragua contre le Costa Rica¹⁹ et d'autres rendue admissible faite par l'Équateur contre la Colombie²⁰.

Compte tenu de l'expérience limitée que on a avec ces pétitions, on peut souligner que la Commission IDH face à la *ratione loci* a créé le concept de *contrôle efficace globale*, à travers d'un transplanté juridique tiré de la jurisprudence de la Cour EDH, en affirmant que dans les affaires interétatiques se doit préciser si l'accusé eut la compétence extraterritoriale sur le territoire de l'État requérant, pour accepter la recevabilité d'une violation alléguée des droits de l'homme. (Comisión IDH, 2010, pp 17-20).

Les pétitions interétatiques sont réglées par l'article 45 de la CADH et cela est procédent entrez États qui ont ratifié la CADH et ont accepté la compétence de la Commission IDH pour recevoir et examiner les communications dans lesquelles un État partie prétend

1598, étant prises pour l'analyse 275 et pour 2011 se sont présentées 1658, étant acceptées pour commencer le traitement seulement 262.

¹⁹ Pour étudier plus en profondeur cette pétition interétatique, voir: Le Rapport n ° 11/07, Pétition interétatique 01/07, le Nicaragua contre le Costa Rica.

²⁰ Cette pétition interétatique a eu lieu pour la violation de la souveraineté territoriale de l'Équateur par la Colombie à travers l'opération militaire appelée «Phoenix». À cet égard, on peut voir: Le Rapport n ° 112/10, PI-02, Pétition Interétatique, l'Équateur contre la Colombie. En raison de la modification de la stratégie contentieux par les représentants de l'État, à l'étape de règlement amiable au sein de la Commission IDH, se trouva un accord entre la famille du jeune équatorien assassiné: Franklin Aisalla et le gouvernement colombien en Septembre 2013.

qu'un autre État partie a commis des violations des droits de l'homme dans le cadre du Pacte de San José.

Il est important de mettre en relief à nouveau, que la Commission IDH concentre son rôle sur la promotion et la protection des droits des individus, puisque le système interaméricain a précisé dans ses instruments de protection qu'ils visent exclusivement aux êtres humains.

ii. La Cour interaméricaine des droits de l'homme

Comme déjà s'est expliqué ci-dessous, la Cour IDH se créa finalement avec la CADH malgré être prévue par la Charte de l'OEA, avec le but d'accomplir les fonctionnnes judiciaires dans le système interaméricain. Dans ce cadre fonctionnel, l'article 62.1 de la Convention américaine a fourni à la Cour la compétence sur l'interprétation et l'application de la convention.

Selon la Convention américaine, la Cour IDH est composée de sept juges, ressortissants des États membres de l' OEA, misse en terne et élus par États parties à la Convention américaine pour un mandat de six ans avec la possibilité d'être réélus qu'une seule fois (Arts. 52-54). La Cour a son siège à San Jose, Costa Rica, elle travaille à travers des séances régulières et des séances spéciales, s'il est nécessaire.

En termes généraux, la Cour est chargée de délivrer des *avis consultatifs* lorsque les États parties à la Convention américaine ou l'un des organismes de l'OEA lui demande et de résoudre les cas que par la voie des *requêtes* lui sont soumises par la Commission IDH. Comme il en a déjà noté, le caractère indirect de ce système fait que " les victimes de violations des droits de l'homme dans le Système

Interaméricaine ne [puissent] pas avoir accès direct à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, [étant pour elles] nécessaire d'épuiser préalablement les procédures contentieux à la Commission interaméricaine des droits de l'homme". (Pelayo Moller, 2011, p. 37).

De cette manière, la Cour IDH remplit son rôle judiciaire comme un administrateur de la justice interaméricaine, en réceptionnant, d'une part, les requêtes que lui sont soumises pour l'analyse de la Commission IDH contre un État afin de protéger les droits humains et en donnant solution, de l'autre, les avis que le sont soumis sur l'interprétation de la CADH et les autres instruments interaméricains. Cependant, il est important de noter que la Cour a joué un rôle prédominant – sans oublier le travail de la Commission comme un organisme quasi – judiciaire - d'impact sur le continent pour consolider l'État de droit et des régimes démocratique de gouvernance. Bien que le nombre des juges doit être critiquée²¹, la protection par le biais de son évolution jurisprudentielle a été extrapolée à des différents systèmes de protection, n'étant seulement un tribunal récepteur de théories juridiques des tribunaux internationaux et régionaux des droits de l'homme, sinon un tribunal que s'appropria de la génération de

²¹ La critique porte sur la participation de chaque État partie à la CADH dans la Cour IDH à travers des juges, ainsi il est connu qu'ils ne représentent pas dans l'organisme judiciaire les intérêts d'un État particulier, mais si on prenait comme exemple l'Europe, d'avoir un nombre des juges égaux au nombre des États parties, ils pourrait jouer un important travail de contextualisation du statut juridique de leurs États lors qu'un cas arrive à la Cour et de leur demander des mesures appropriées pour résoudre la violation des droits de l'homme, en particulier, celles-ci qui se produisent de manière massive et systématique.

règles juridiques que sont déjà transplantées à d'autres latitudes²².

Pourtant, le grand travail qui se fait à l'intérieur des organismes du système interaméricain et l'impact de leurs évolutions jurisprudentielles sont entravés lors de la réflexion sur la protection qui s'offre, sur la base de règles juridiques écrits qui ne considèrent pas toujours à l'être humain à son intérieur ou s'il est contemplé se fait depuis une vision normative mais ne pas humaine, au point de ne protéger pas quelques droits de l'homme par l'impossibilité de leurs trouvés conventionnelle.

2.2.2 Le système africain des droits de l'homme et des peuples

Le système africain de protection en dépit d'être le plus récent de ces reconnus par la communauté internationale, à différence de ses deux prédecesseurs, notamment, d'étendre son spectre de protection à travers de son instrument principal – la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte ADH et P)²³ – aux DESC et aux droits

²² Il peut être cité le cas particulier de la jurisprudence et des règles novatrices qui ont été créées pour la Cour IDH respecte les communautés autochtones, la propriété collective pour les mêmes et le développement du concept d'ancestralité en tant que garant de la diversité ethnique. Pour en savoir plus sur ce sujet lire: Lopez, Melissa. (2011). *La démarche interculturelle d'élaboration de la jurisprudence: outil privilégié pour une approche plurielle des droits de l'homme. Le cas du système interaméricain de protection des droits de l'homme.* Paris: Institute de recherche et débats sur la gouvernance.

²³ La Charte ADH et P est un instrument récent des droits de l'homme si on la compare avec ses homologues, la CADH et la CEDH, mais il faut avouer qu'il s'agit d'une charte des droits de l'homme que si bien s'est inspiré des avances des chartes régionales et universelles qui l'antécéderent,

collectifs. Cependant, cette caractéristique unique du système africain est celles qui justifie le peu impact de celui, toutefois que les obligations internationales contractées par les États africains furent très grandes et complexes à réaliser, surtout, si on prends en compte qu'il se parle d'un continent qui a une grave situation économique et de développement, vu depuis les concepts de l'ouest.

Le système africain ainsi que l'interaméricain est classé comme un système dual au diviser ses fonctions *quasi-judiciaires* et *judiciaire* en organismes différents, à savoir, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission ADH et P) (i) siége à Banjul - Gambie et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour ADH et P) (ii) avec siège à Arusha - Tanzanie.

i. Commission africaine des droits et les droits des peuples

La Commission ADH et P²⁴ est le seul organe créé par la Charte ADH et P²⁵, du que la Cour

elle va plus loin et réussit, au moins dans le texte, à établir une nouvelle conception des droits de l'homme, qui s'éloigne de la conception et du regard exclusif d'occident par rapport à l'importance et le niveau de protection des droits de l'homme. Cet éloignement est évident lorsque la Charte africaine met dans le même niveau ce qui est appelé par les occidentaux *les trois générations des droits de l'homme*, c'est-à-dire: les droits civils et politiques, les droits sociaux, économiques et culturels (DESC) et les droits collectifs ou de l'environnement.

²⁴ Pour approfondir sur cet organisme et son importante fonction dans l'interprétation et exécution des obligations de la Charte africaine, lire: Illa Maikassoua, Rachidatou. (2013). *La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*. Paris, Karthala.

²⁵ La CADHP fut adoptée le 27 juin 1981 à Nairobi – Kenya, à la 18^{ème} session de la Conférence de Chefs d'État et de Gouvernement de l'Organisation

ADH et P se créa avec le Protocole additionnel à la Charte africaine. À la Commission lui fut chargée, par l'article 30 de la Charte de Nairobi, la fonction de promouvoir les droits de l'homme et des peuples et d'assurer leur protection en Afrique. Techniquement, la Commission commença à travailler le même jour qui est entré en vigueur la Charte africaine – 21 Octobre 1986 - mais débute ses opérations en 1987, lorsque se célébra sa première session ordinaire à Addis Abeba - Ethiopie²⁶.

Grosso modo, ces deux fonctions sont exercées par la Commission à travers: les activités de formation et la formation sur droits de l'homme – en collaboration avec les ONG -, la recevabilité des pétitions interétatiques et pétitions individuelles et la création des *avis consultatifs* sur l'interprétation du contenu de la Charte ADH et P, demandées par un

de l'unité africaine (OUA), mais elle entra en vigueur cinq ans plus tard, le 21 octobre 1986, puis de s'écouler trois mois, d'accord l'article 63 de la CADHP, du dépôt de la majorité simple des États membres de l'OUA. Le dépôt 26 fut fait le 21 juillet 1986 par le Niger. Pour consulter la liste de ratifications de la Charte: <http://au.int/en/sites/default/files/African%20Charter%20on%20Human%20and%20Peoples%20Rights.pdf>.

²⁶ Pour connaître plus sur cet instrument, consulter: Amnesty International. (1991). *Connaissez la charte africaine des droits de l'homme et des peuples*. Londres, Amnesty International; Flauss, Jean François et Lambert-Abdelgawad, Élisabeth. (2004). *L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*. Bruxelles, Bruylant; Eteka Yemet, Valère. (1996). *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples: étude comparative*. Paris, L'Harmattan; Ouguergouz, Fatsah. (1993). *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples: une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*. Paris, Presses universitaires de France et Tavernier, Paul. (2008). *Regarde sur les droits de l'homme en Afrique*. Paris, L'Harmattan.

État partie, un organe de l'Union africaine et n'importe quelle organisation africaine légalement reconnue par celle-ci.

Selon les articles 31 à 36 de la Charte, la Commission ADH et P se compose de onze commissaires élus pour un mandat de six ans avec la possibilité de réélection pour un an, de listes composées par deux candidats présentés par les États parties, avec deux limitations: la première, que les États parties lorsque présentent deux candidats, l'un des deux ne doivent pas être un ressortissant de lui-même et, la deuxième, que la Commission ne peut pas être composée de plus d'un commissaire de la même nationalité. L'élection des commissaires sera effectuée par scrutin secret par l'Assemblée des chefs d'État et de gouvernement.

Maintenant, il faut dire que la Commission ADH et P comme organisme quasi - judiciaire est chargée, telle que son homologue interaméricaine, de donner la recevabilité aux pétitions - *interétatiques* et *individuelles* – que soient soumises à sa connaissance et d'elles émettre les rapports confidentiels avec des recommandations pour les États, qui peuvent être rendues publiques sur décision de l'Assemblée générale de l'Union africaine. Néanmoins, comme se cita ci-dessous, est également chargée d'interpréter la Charte ADH et P rendant des *avis consultatifs*, qui est une fonction propre des organes judiciaires. Cela a une explication, c'est que le système africain des droits de l'homme d'abord n'envisageait pas avoir une organisme judiciaire, raison pour laquelle la même Charte ADH et P lui confère cette fonction de racine judiciaire à la Commission en tant qu'organisme *quasi judiciaire*.

Également, elle a la fonction d'examiner les rapports périodiques que tous les deux ans doivent être soumises par les États parties

en application de l'article 62 de la Charte africaine, même si le texte de l'article 45 de la Charte ADH et P ne l'assigne pas ce rôle à la Commission.

Pour cette raison, et "de combler la lacune, en faisant une interprétation conjointe des articles 45 et 46 de la Charte, la Commission eut que recommander à l'Assemblée générale de l'Organisation de l'Unité africaine [aujourd'hui l'Union Africaine^{27]} que lui donné le pouvoir de écrire et d'analyser les rapports" (Saavedra Álvarez, 2008, p. 698).

Finalement, la fonction *quasi - judiciaire* de la Commission fut complétée par le Protocole additionnel à la Charte ADH et P et la création de la Cour ADH et P comme *l'organisme judiciaire* du système tel que la Cour EDH Cour et la Cour IDH en Europe et en Amérique, respectivement.

ii) La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

La Cour ADH et P comme on l'a dit, ne fut pas créée par la Charte africaine mais plus tard avec le Protocole additionnel du 1998²⁸.

²⁷ L'OUA est devenu l'Union Africaine avec l'adoption de l'Acte constitutif de l'Union Africaine adoptée le 11 juillet 2000, par la 36^{ème} session de la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement de l'OUA et qui entra en vigueur le 26 mai 2001. À partir du 15 août 2011, l'Union Africaine (UA) compte avec 54 pays membres, lorsque le Soudan du Sud signe et ratifie l'Acte constitutif de l'UA. Voir: <http://au.int/en/sites/default/files/Constitutive%20Act%20-%20Final.pdf>. N'oublier pas que le Soudan du Sud, devient aussi le pays numéro 193 de l'ONU, puis que l'Assemblée générale de cette organisation le 14 juillet 2011 lui reconnaissait comme nouveau État membre.

²⁸ Ce Protocole fut adopté pendant la 34^{ème} session ordinaire de l'Assemblée des Chefs d'État et de gouvernement de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA) réunit à Ouagadougou – Burkina Faso, du

Nonobstant, ce Protocole entra en vigueur le 25 janvier 2004.

Les articles 11 à 14 du Protocole établi que la Cour ADH et P sera composée par once juges. Le choix est basé sur l'idée que chaque État partie, pourra présenter une liste de trois candidats parmi lesquels deux doivent être de la nationalité de l'État postulant, avec la garantie de garder une représentation adéquate des deux sexes, ainsi, que dans l'élection existe une représentation égale des États parties et des systèmes juridiques. Les juges sont élus pour un mandat de six ans, avec la possibilité de réélection une fois.

D'accord l'article 3 du Protocole, la Cour a la compétence générale pour connaître de tous le cas et toutes les différends que lui soient soumises concernant à l'interprétation et l'application de la Charte africaine, du Protocole, et de tout autre instrument relatif aux droits de l'homme ratifié par les États. Il s'agit d'une compétence très large qui permettra à la Cour ADH et P, dans un cas déterminé, d'appliquer les instruments du système africaine des droits de l'homme et du système universel si l'État défendeur les a ratifié.

Comme ses homologues régionales, la Cour ADH et P a compétence pour résoudre les cas litigieux qui lui sont soumis pour juger et la création des *avis consultatifs*. En ce qui concerne les cas litigieux, conformément à l'article 5.1 du Protocole de 1998, ont la capacité de comparaître devant la Cour: la Commission, l'État partie qui s'est adressé à la Commission, l'État partie contre lequel se présent une pétition, l'État partie où est nationale la victime par des violations

8 au 10 juin 1998, qui fut aussi la dernière étape qui eut à traverser le projet de créer un organisme juridictionnel pour les droits de l'homme en Afrique.

des droits de l'homme et les organisations intergouvernementales africaines. En outre, en vertu de l'article 5.3 du Protocole, la Cour peut permettre aux individus, ainsi que aux ONG, qui sont équipés du statut d'observateur à la Commission ADH et P, d'introduire des requêtes directement devant elle, à condition qu'elle soit autorisée par l'État parties au Protocole au moment de sa ratification tellement comme est prescrit par l'article 34.6.

Dans ce qui précède, il se trouve une grande différence avec le système interaméricain, puisque dans le système africain existe la possibilité que les individus et les ONG puisse saisir directement la Cour ADH et P à travers des requêtes, sous la condition d'avoir le statut d'observateur auprès de la Commission ADH et P et que l'État partie ait accepté cette compétence au moment de ratifier le protocole.

A propos des avis consultatifs, le système africain montre également une grande différence du système interaméricain, parce que la Charte ADH et P concède directement, comme on l'a vu ci-dessous, le pouvoir d'émettre ces avis à la Commission ADH et P, et par sa partie, le Protocole 1998 lui a donné le pouvoir d'émettre des avis consultatifs à la Cour ADH et P. Cependant, en faisant une interprétation harmonieuse de l'article 45.3 de la Charte africaine et de l'article 4 du Protocole additionnel, on pourrait conclure que tout État membre de l'Union africaine, l'Union africaine, tous les organes de l'Union africaine ou les organisations reconnues par l'Union africaine pourraient demander un avis consultatif de la Cour ADH et P relative à la Charte africaine ou sur tout instrument relatif aux droits de l'homme, à condition que dans la Commission ne se trouve pas aucune demande en attente sur le même objet.

Ainsi et avec certaines réserves, la Cour AJDH répond à la fonction juridictionnelle dans le système africain des droits de l'homme, mais, il y a un grand bourdonnement dans le système africain dû à que l'Union africaine a considéré pertinente la fusion de la Cour de Justice de l'Union africaine (Cour JUA) et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

L'idée d'une Cour de justice et droits de l'homme pour l'Afrique a finalement obtenu l'acceptation au sein de l'Union africaine et sa création a été approuvée par le Protocole additionnel à la Charte ADH et P 2008, ce qui donne naissance à la Cour africaine de justice et droits de l'homme (Cour AJDH)²⁹. Il est important de noter que cette nouvelle cour est le résultat d'une scission-fusion entre la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour de justice de l'Union africaine qui existait indépendamment l'une de l'autre, toutefois qu'elles avaient des fonctions différentes, à savoir, la première était compétente pour l'analyse et l'étude des affaires des droits de l'homme tandis que la seconde, concentré son agir à résoudre les questions de droit international en général.

Dans le cadre du Protocole du 1^{er} Juillet 2008, la Cour AJDH se composera de deux sections, la *section des affaires générales* et la *section des droits de l'homme*³⁰, chacune intégrée par 8 juges. Cette fusion est le résultat d'une démarche politique menée dans l'UA pour les gouvernements étatiques qui ont voulu lui

rester importance à l'organisme juridictionnel chargé des droits de l'homme et lui mélanger dans un organisme unique qui sera à la fois chargé des tous les affaires générales du droit international et des droits de l'homme, sans prendre en compte la spécificité des ces derniers et l'importance de maintenir un organe exclusif pour accomplir ces fonctions.

Sur la base de l'article 28 du Protocole, la Cour a une compétence générale sur tous les cas et tous les différends qui lui sont soumis concernant:

- a) L'interprétation et l'application de l'Acte constitutif de l'Union africaine;
- b) L'interprétation et l'application ou la validité des autres actes de l'Union africaine et tous les instruments juridiques dérivés que aient adoptés dans le cadre de l'Union africaine et l'Organisation de l'Unité africaine;
- c) L'interprétation de la Charte ADH et P, la Charte africaine sur les droits de l'enfance, le Protocole à la Charte ADH et P sur les droits des femme ou d'autres instruments juridiques relatifs aux droits de l'homme, qui sont partie des États concernés;
- d) Toutes les questions de droit international;
- e) Tous les actes, décisions, règlements et directives des organes de l'Union africaine;
- f) Toutes les questions prévues dans tout autre accord que les États Parties peuvent conclure entre eux ou avec l'Union africaine et que lui rendent compétence à la Cour AJ et DH;
- g) L'existence de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'une obligation à un État partie ou vers de l'Union africaine;
- h) La nature ou l'extension de la réparation due pour la violation d'une obligation internationale.

²⁹ Le Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme fut adopté le 1^{er} juillet 2008 à Sharm El-Sheikh – Égypte, mail il n'est pas encore entré en vigueur dû au manque de volonté politique des États africains qui n'ont pas voulu le ratifier.

³⁰ Article 16 du Statue de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme.

Conformément à l'article 29 du Protocole, à la Cour AJDH pourraient aller afin de résoudre toute question visée à l'article 28, les suivantes:

- a) Les États parties au présent Protocole;
- b) La Conférence, le Parlement et d'autres organismes de l'Union Africaine autorisés par la Conférence;
- c) Un membre du personnel de l'Union africaine, en appel, dans un litige et dans les limites et conditions définies dans le Statut et le Règlement du personnel de l'Union africaine.

Pour cette raison, la Cour AJDH n'est pas ouvert aux États non-membres de l'Union africaine. Elle n'a pas compétence pour connaître d'un litige impliquant un État membre qui n'est pas partie au présent Statut.

L'article 30 du Protocole de 2008, prévoit également que les entités suivantes ont aussi la qualité à porter au connaissance de la Cour AJDH toute violation d'un droit garanti par la Charte ADH et P, par la Charte africaine sur les droits de protection de l'enfance, le Protocole à la Charte ADH et P sur les droits des femmes en Afrique ou d'autres instruments juridiques relatifs aux droits de l'homme, qui font partie des États concernés:

- a) Les États parties au présent Protocole;
- b) La Commission ADH et P;
- c) Le Comité africain d'experts sur les droits de bien-être de l'enfant;
- d) Les organisations intergouvernementales africaines accréditées par l'Union africaine ou par ses organes;
- e) Les institutions nationales des droits de l'homme;
- f) Les personnes et les organisations non gouvernementales accréditées auprès de l'Union africaine ou par ses organes ou

institutions, sous la réserve des dispositions de l'article 8 du Protocole.

Ainsi, la Cour AJDH accomplirait sa fonction juridictionnelle dans le système africain des droits de l'homme, cependant, il est nécessaire de préciser que l'unification de la Cour de justice de l'Union africaine et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a été très controversée, car il est considéré que c'était une erreur pour le système africain subsumer la Cour ADH et P dans la Cour de justice de l'Union africaine, parce que même s'il a été dit qui se ont conservé ses pouvoirs, sa compétence et sa structure, il est difficile de penser qu'elle va garder la même indépendance et l'autonomie au moment de résoudre les affaires qui lui sont soumis, depuis l'ancienne Cour ADH et P fini par être l'une des deux sections de la nouvelle Cour AJDH.

Pour le moment, telle unification n'a pas eu ces jours que dans le papier, car de nouveau l'apathie étatique et la politisation du droit international, encore plus aigüe dans le droit international des droits de l'homme, a fait preuve de sa présence, lorsque les États n'ont pas ratifié ce nouveau Protocole 2008 pour réussir la mise en œuvre d'un nouveau organisme juridictionnel "plus efficient" pour la lutte, protection et garantie des droits des personnes en Afrique ni ont voulu non plus appuyer le fonctionnement de la Cour ADH et P.

Malgré qu'en juin 2014 le Protocole compte avec la signature de 30 États parmi les 54 membres de l'UA, étant donnée la dernière par le Madagascar le 31 janvier 2014 et l'avant dernière par le Soudan du Sud le 24 janvier 2013, seulement 5 États ont ratifié et fait le dépôt de l'instrument de ratification, à savoir: la Libye (17/06/2009), le Mali (27/08/2009), le Burkina Faso (04/08/2010), le Benin

(11/07/2012) et le Congo (06/08/2012)³¹, manquent encore, selon l'article 9.2 du Protocole, 10 États pour ratifier et faire le dépôt de l'instrument de ratification pour son entré en vigueur.

Il sera alors question d'attendre l'agir de ce nouveau tribunal dans le système africain des droits de l'homme et des peuples, et après conclure si cette réforme fut bénéfique ou nuisible.

3. LE RÔLE DE L'ÊTRE HUMAIN DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE

L'être humain en dépit d'être le point des études anthropologiques et juridiques, il a perdu avec la naissance de l'État souverain et sa capacité de réglementation -dans la modernité-, le rôle qu'il a dans le système juridique, une situation qu'oblige à étudier les systèmes juridiques nationaux (A) pour identifier les lacunes de la structure échelonnée de l'ordre juridique, afin de proposer une nouvelle conception de l'être humain par l'intermédiaire d'un droit international humanisé (B).

3.1 Les systèmes juridiques nationaux et l'être humain

Comme on l'a indiqué dans la brève description faite *ci-dessous* sur les systèmes de protection internationale des droits de l'homme, leur création s'est donné ironiquement pour protéger les droits des êtres humains et dans un seul, l'european, les droits des personnes morales comme un véhicule pour la réalisation de leurs droits, des violations que les États font contre eux à travers les autorités publiques.

³¹ Consulter la liste des signatures, ratifications et dépôts: http://au.int/en/sites/default/files/Protocol%20on%20Statute%20of%20the%20African%20Court%20of%20Justice%20and%20HR_0.pdf.

C'est ironique à l'être examinée la téléologie des États comme des entités dont l'objet est cadre dans la protection des droits de l'homme, bien entendu que l'État, en tant que souverain, il s'obligea avec les ressortissants à protéger et à garantir sa personne et ses biens, c'est-à-dire, ses droits et ses propriétés (Rousseau, 1943, p. 15). En d'autres termes si on veut, l'Etat s'obligea à la protection effective des droits de leurs ressortissants à travers *de la finalité étatique de protection des droits de l'homme* (a) solidifiée par la *pyramide normative* (b) créée par le cercle juridique de Vienne.

3.2 La finalité essentielle étatique de protection des droits de l'homme

Cette finalité essentielle est également entendue comme une obligation de l'État que pour être réalisée s'est traduite comme un pouvoir normatif, en raison de que l'État comme entité souveraine et autonome, qui a le monopole de l'exercice du pouvoir coercitif, la création de mécanismes de développement et de application de la loi et de la formalisation des relations des États par la diplomatie (Saldivia, 2010, pp 21 et 22), donna lieu à une conception de la souveraineté nationale fondée sur la base de normes juridiques, grâce auxquelles se concentrat la finalité essentielle de protéger les droits de l'homme.

Ce but essentiel, dans le cas particulier colombien, se reflète dans l'article 2 de la Constitution 1991, pour être inscrit dans le dernier paragraphe que "les autorités de la République sont établies pour protéger toutes les personnes résidant en Colombie, dans leur vie, l'honneur, les biens, les croyances et les autres droits et libertés", s'intégrant ainsi au droit colombien le postulat de Rousseau.

Mais la formule qui adopta la Colombie dans son ordre juridique n'est pas unique, tout le

contraire, il s'agit d'une formule répétitive qui est intégrée dans presque tous les systèmes juridiques de l'Ouest.

L'Allemagne, par exemple, a pris la même formule dans l'article 1 de la Constitution de la République fédérale d'Allemagne 1949:

“1) La dignité de l'être humain est inviolable. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. 2) En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme le fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde. 3) Les droits fondamentaux énoncés ci-dessus obligeant le législatif, l'exécutif et le judiciaire à titre de droit directement applicable”³².

Le même principe utilise la Constitution espagnole 1978 dans son préambule au prévoir que:

“La nation espagnole, désireux d'établir la justice, la liberté et la sécurité et de promouvoir le bien de tous ses membres, dans l'exercice de sa souveraineté, proclame sa volonté de:

- Garantir la coexistence démocratique dans la Constitution et les lois conformément un ordre économique et social juste.
- Renforcer l'État de droit qui garantit la primauté du droit comme l'expression de la volonté populaire.
- **Protéger tous les Espagnols et les peuples d'Espagne dans l'exercice des droits de l'homme, des cultures et des traditions, les langues et les institutions.**

³² Article 1: To respect and protect it is the duty of all state authority. (2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world. (3) The following basic rights bind the legislature, the executive and the judiciary as directly enforceable law.

- Promouvoir le progrès de la culture et de l'économie pour assurer une qualité de vie digne.
- Mettre en place une société démocratique avancée, et
- Collaborer dans le renforcement des relations pacifiques et la coopération entre tous les peuples de la Terre” (Gras dehors du texte original).

La finalité inscrite est consacrée de nouveau au premier alinéa de l'article 10 de la Constitution: “La dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité, le respect de la loi et les droits des autres sont fondamentales pour l'ordre politique et la paix sociale”.

La Fédération de la Russie intègre également dans la Constitution fédérale 1993, la même hypothèse dans son article 2: “L'homme, leurs droits et libertés sont la valeur suprême. La reconnaissance, le respect et la protection des droits et libertés de l'homme et du citoyen sont une obligation de l'État”³³.

Pour sa part, la France soutient le postulat de Rousseau dans le préambule de la Constitution 1958, qui stipule que: “Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et les principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration 1789, confirmé et complété par le préambule de la Constitution 1946 et les droits et devoirs définis dans la Charte de l'Environnement 2004”³⁴. La pre-

³³ Article 2: Man, his rights and freedoms are the supreme value. The recognition, observance and protection of the rights and freedoms of man and citizen shall be the obligation of the State.

³⁴ Préambule: Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration

mière partie du préambule de la Constitution de la Quatrième République française déclare que:

“Après la victoire des peuples libres des régimes qui cherchent à asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain sans distinction de race, de religion ou de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen, inscrit dans la Déclaration des droits 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République”³⁵.

Une formule similaire utilise la Constitution grecque de 1975 à l'article 2: “1) Le respect et la protection de la valeur de la personne humaine constituent la première obligation de l'État”³⁶.

Le même fait le Mexique au paragraphe 3 de l'article 1 de la Constitution fédérale mexicaine 1917 stipule que:

“Toutes les autorités, dans le cadre de ses pouvoirs, ont l'obligation de promouvoir, respecter, protéger et réaliser les droits de l'homme en conformité avec les principes

1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement 2004.

³⁵ Préambule: Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

³⁶ Article 2: 1. Respect and protection of the value of the human being constitute the primary obligations of the State.

de l'universalité, l'interdépendance, l'indisponibilité et de la progressivité. Par conséquent, l'État doit prévenir, enquêter, punir et réparer les violations des droits de l'homme dans les termes établis par la loi”.

Avec les exemples *ci-dessus*, on peut voir comment les États ont intégré dans leurs législations nationales les principes de Rousseau sur la finalité essentielle de l'État de garantir les droits de l'homme par les pouvoirs normatif des États, qui est complétée par le cercle juridique de Vienne avec la création de sa pyramide normative et est extrapolée au droit international par la doctrine volontariste des États.

4. LA PYRAMIDE NORMATIVE DU “CERCLE JURIDIQUE DE VIENNE”

Il est essentiel avant de prendre toute référence à la notion de pyramide normative, de parler du cercle juridique de Vienne et bien sûr, du riche contexte culturel et historique où ce phénomène a été forgé et qui fut si propice à Hans Kelsen pour développer sa *théorie pur du droit*.

Le XXe siècle lui laissa des grandes contributions à la science et au développement scientifique européen, n'étant pas en mesure d'échapper à cela le juridique. Si bien le développement de la science se produit ce siècle dans toute l'Europe, en Autriche on trouve une impulsion à considérer le droit comme quelque chose de logique, c'est-à-dire, “transformer l'objet d'étude de la science juridique dans un objet logique et la science que fait son étude, de toute évidence comme une discipline formelle” (Cofré, 1995, p. 29).

Hans Kelsen et son cercle d'étude à cette époque étaient possédés par une forte préoccupation sur le droit et de l'influence que sur lui avaient d'autres sciences qui le

nourrissaient des éléments totalement étrangers à ce qui est juridique, lui faisant comme une chose impur mais à la fois, inadéquat pour la solution des problèmes strictement juridiques. Par conséquence, la doctrine du droit de Kelsen “à l'être caractérisée comme une doctrine “ pur” par rapport le droit, c'est fait parce qu'il veut obtenir une connaissance dirigée vers le droit, et parce qu'il souhaiterait exclure de cette connaissance ce qui n'appartient pas à l'objet précisément déterminé comme juridique” (Kelsen, 2005, p. 15).

Autour des positions et des tendances de purification de Kelsen et son groupe d'étude se sont construits des questionnements sur l'étroite relation existante entre ceux-ci et le développement philosophique du cercle de Vienne, connu comme un mouvement qui distingue la langue naturelle du langage logique, entendu le deuxième comme une langue purifiée, formelle, inspiré en mathématiques et en physique, qui devrait se conformer à des principes précis et des règles logiques (Cardoso, 2002, p. 6).

La relation entre l'idée de la purification du droit et le développement scientifique du cercle de Vienne à travers du langage logique se trouve plus concrète avec l'apparition d'une théorie pure du droit basée à son tour, sur *la théorie de la structure échelonnée de l'ordre juridique* proposée par Adolf Merkl³⁷.

³⁷ En fait, une grande partie du fondement théorique de la théorie pure du droit repose sur les contributions faites par Adolf Merkl au cours de son temps à l'école du cercle juridique de Vienne, malheureusement, ces contributions ne lui sont reconnus pas à Merkl mais elles sont regroupées à l'ensemble du développement généré dans le travail collectif qui achemina Hans Kelsen. Pour en savoir plus, on peut visiter: Kucsko-Stadlmayer, Gabriele.

Selon la structure échelonnée de l'ordre juridique analysée depuis la conformité juridique des normes se trouve que:

“Dans le contexte d'un ordre juridique positif, on peut souvent trouver des dispositions qui réglementent l'élaboration d'autres dispositions, si l'on approfondi un peu plus, on peut détecter une structure hiérarchique: ils sont, d'une part, les règles de production juridique et, d'autres, les règlements élaborés sur cette base. Dans l'ordre juridique, se trouvent des nombreuses étapes, il existe des dispositions régissant l'établissement des règlements généraux; ainsi que des dispositions qui établissent comment on doit élaborer les règlements individuelles, et de cette manière sont aperçues d'autres distinctions” (Mayer, 2005, p. 262).

Grosso modo, la théorie échelonnée de la structure de l'ordre juridique permet de consolider la pyramide normative de la théorie pure du droit, dont l'importance est que les systèmes juridiques doivent être analysées à partir d'un ordre hiérarchique par lequel on peut identifier les normes supérieures des inférieure à travers de la conformité juridique des mêmes. Cependant, la critique qu'est fait sur la pyramide normative se trouve dans la circonstance de partir des États et de sa capacité normative, et ensuite se concentrer sur la valeur des normes, laissant en dehors d'elles, la contemplation de l'être humain et la protection de leurs droits en tant que but essentiel des États.

Cette exclusion capitale a conduit à la création normative très élaborée à l'intérieur des États qui ne sont pas rare fois contraires aux intérêts des êtres humains et à la garantie

(2005). *La contribución de Adolf Merkl a la teoría pura del derecho*. México: Revista jurídica de la Facultad de Derecho – UNAM, No. 244.

de leurs droits. Cela explique pourquoi les normes de nombreux États sont contraires aux droits de l'homme, mais valables dans l'ordre juridique interne pour respecter l'ordre juridique échelonné et la conformité juridique de la norme inférieure avec la norme supérieure.

En mots un peu plus simples, bien que la pyramide normative de la théorie du droit généralise une grande révolution à l'intérieur de la théorie juridique, elle omis le rôle primordial qui a l'être humain et la protection de leurs droits dans les systèmes juridiques; omission que ne se trouve pas exclusivement dans les systèmes juridiques nationaux, mais qui a été extrapolée par le pouvoir normative des États –par la voie de la doctrine volontariste- au contexte international, générant des phénomènes de codification qui méconnaissent aussi à l'être humain et leurs droits. À tel point, que dans la contemporanéité est devenu nécessaire de reconstruire la pyramide normative par un nouveau droit international humanisé qui met l'accent sur le rôle de l'être humain comme le sommet du système juridique et lui soit garanti une vraie et efficiente protection internationale.

4.1 Le droit international humanisé et sa conception de l'homme

La proposition d'un nouveau concept de droit international qui prenne vraiment en compte à l'être humain et leurs intérêts, doit d'abord être étudié depuis *la transition du droit international classique au droit international contemporain (a)*, pour comprendre comment historiquement se sont réduits les intérêts étatiques lui cèdent le chemin aux intérêts de l'humanité, puis définissez les éléments déterminants de *la consolidation d'un nouveau droit international "humanisé" en faveur de l'homme (b)*.

4.1.1 La transition du droit international classique au droit international contemporain

Le droit international dans ses manifestations historiques a démontré des lacunes et des échecs au moment de réussir un ordre international juste. Cependant, on peut dire que le droit international a essayé de corriger dynamiquement ces désaccords par une évolution d'inclusion, c'est à dire, intégrant aux *nouveaux États* et à ceux qui, bien que ne sont pas nouveaux, ayant réussi leur processus d'indépendance depuis plusieurs décennies, ne sont pas non plus considérés comme des Etats puissances.

L'évolution d'inclusion est plus perceptible lorsqu'on analyse la transition du droit international classique au droit international contemporain, toutefois que le premier avait une relation très intime avec le concept de l'État souverain et sa capacité de réglementation des relations sociales à travers des normes et d'une liberté de configuration législative absolue, méconnaissance en permanence dans cette activité les intérêts des êtres humains et par corolaire, ceux de l'humanité. Alors, que dans le second commencent à interagir les intérêts ne seulement des États puissance mais ceux des *nouveaux États* et des *États qui ne sont pas des puissances* grâce à la création du "traité multilatéral avec un but tout à fait nouveau: celle de la défendre des intérêts des l'humanité" (Reuter, 1999, p. 14).

Grâce à ce processus de transition entre le droit international classique et le droit international contemporain est né le droit international des droits de l'homme, qu'au début être entendu appartenir au droit international public au partager:

"en grande mesure leurs principes et leurs règles d'interprétation. Cependant, après

d'avoir constatée les difficiles situations sociales qu'ont eu lieu le dernier siècle et que continues dans le présent, le droit international des droits de l'homme s'est spécialisé de telle manière que le droit international public est généralement affiché incomptente pour le réglementer. Les principes tels que le *pro homine* et les mécanismes comme le *contrôle de conventionnalité* font du droit international des droits de l'homme un droit indépendant et supérieur au droit international public" (Murillo Cruz, 2011, p. 90).

Ainsi, au droit international, vu depuis l'optique contemporaine, on lui a assigné:

"Une nouvelle fonction et un nouveau contenu: promouvoir le développement intégral, non seulement économique, des pays du Tiers Monde. Fonction utilisée dans l'analyse finale de la cause de la paix dans le monde, parce que les inégalités injustes sont sources de tensions et de conflits entre les États. Et ce que la vraie paix a une signification plus profonde que l'aspect purement négatif en l'absence de guerre. La vraie paix a un sens positif et dynamique pour le respect des droits de l'homme et des peuples" (Pastor Ridruejo, 2011, p. 54).

Nonobstant, ce dynamisme et cette transition conceptuelle donnée par le droit international, n'empêche pas que sur lui, en certain mesure, continue primant la théorie volontariste des États, au point que s'ils ne veulent pas s'engager internationalement avec le respect des droits de l'homme, c'est très difficile faire qu'ils respectent à l'être humain et leurs droits dans la pratique, surtout dans les populations que ne se situent pas dans le Premier ou le Deuxième Monde.

Bien que les *nouveaux États* et les *États qui ne sont pas des puissances* ont réussi avec leur participation que:

"l'architecture de l'ordre international traditionnel [débutera] à se voir affectée, dans quelques années, par la présence de près de 100 nouveaux États dans la communauté internationale organisée – c'est-à-dire, en termes généraux, le Tiers Monde - et pour les possibilités pour le débat dans les organes des Nations Unies. Les puissances moyennes prendront immédiatement conscience de leur poids dans les relations internationales, de leurs possibilités d'enrichir le droit international existant avec l'appelée *diplomatie parlementaire* à l'Assemblée générale des Nations Unies et que son association naturelle avec les petits États contreraient les positions hégémoniques des grandes puissances, qui se sont vu contraints à revoir leurs politiques" (Sepúlveda, 1995, p 21).

On a que les critiques vers le droit international sont persistantes et chaque fois deviennent plus fortes.

Le grand assujettissement et dépendance du droit international à la volonté étatique, c'est précisément, ceux que lui a fait créancier de nombreux critiques par rapport à leur fonctionnalité et pertinence pour résoudre, dans la contemporanéité, les problèmes de la société internationale, au point d'être envisagé la création d'un nouveau droit, ne pas international mais global, qui réalise la justice dans les affaires que touchant l'humanité.

Malgré la proposition de créer un nouveau droit, un droit global, pour résoudre les problèmes que d'une ou d'autre forme lui sont échappé au droit international et que lui montrent comme inadéquat pour les mêmes, on croit aussi qu'il n'est pas nécessaire arriver à tel extrême, toutefois que le droit international à travers d'une nouvelle conception –humanisé- pourrait être à l'hauteur des conflits qui à la contemporanéité sont présents dans la société internationale et ajuster leurs normes en faveur de l'être humain.

4.1.2 La consolidation d'un nouveau droit international "humanisé" en faveur de l'être humain

Pour cette section, il est important de noter que les principes du droit global ne sont pas pris dans le but de lui infirmer mais avec celui de souligner son importance pour le nouveau concept du droit international humanisé. En premier lieu, il est relevant de dire que pour les connaisseurs du droit global, celui-ci:

"se distingue du droit international moderne, basée principalement sur la pensée de Kant (*Statenrecht*) et Bentham (*International law*), pour dépasser l'idée du territoire souverain, c'est-à-dire, de l'État. La plupart des habitants de la terre vivent contraints par cette réalité politique, qui est devenue à toutes les lumières obsolète, ornés avec des tenues différentes, qui ont servi à tempérer son prétendue omniprésence – l'État national, libéral, fédéral, social, de droit, démocratique, et un longue etcetera -, cet unité politique souveraine, territorial et éthiquement coactive, agonise inévitablement à l'aube du troisième millénaire" (Domingo, 2006, p. 23).

Ajouté à cela, il est également considéré que le droit international est en crise et que celle n'a pas marche arrière, car la mondialisation a brouillé le prétexte froid du monisme juridique de remplacer progressivement le droit national par le droit international.

On insiste sur le fait que " la crise conceptuelle du droit international découle de sa prétention de trier la mondialisation sans altérer les principes qui l'informent, basée sur une structure obsolète et une doctrine dépassée, qui est inacceptable pour une société de vocation universelle et solidaire. Les vêtements du droit international sont devenus vieux, rongés et inserviables pour une société globale" (Domingo, 2009a, p. 102 et 103).

Cette position du droit global est en fait partagée par ceux qui pensent que le droit international doit surmonter sa crise - et dans une certaine mesure il a réussi grâce au *jus cogens* – s'éloignant de la doctrine volontariste des États et lui concentrant davantage sur ce qui n'est pas déterminé par la volonté étatique, c'est le cas du contrôle de conventionnalité, pour ne citer qu'un exemple, exercé par la Cour IDH, en commandant les États Parties - sur sa "volonté souveraine" - la modification de leurs systèmes juridiques nationaux³⁸.

³⁸ Pour connaître plus approfondi le développement du contrôle de conventionnalité dans le système interaméricain on peut consulter les arrêts suivantes: Cour IDH: l'Arrêt Cantuta contre le Pérou. Arrêt sur le fond, les réparations et dépens. Série C n ° 162, le 29 Novembre 2006. § 173, l'Arrêt Boyce et d'autres contre le Barbade. Arrêt sur les exceptions préliminaires, le fond, les réparations et dépens. Série C n ° 169, le 20 Novembre 2007, § 78; l'Arrêt Radilla Pacheco contre le Mexique. Arrêt sur les exceptions préliminaires, le fond, les réparations et dépens. Série C n ° 209, le 23 Novembre 2009, § 339; l'Arrêt de la Communauté indigène Xákmok Kasek contre le Paraguay. Arrêt sur le fond, les réparations et dépens. Série C n ° 214, Août 24 2010, § 311; l'Arrêt Fernández Ortega et autres contre le Mexique. Arrêt sur les exceptions préliminaires, le fond, les réparations et dépens, série C n ° 215 du 30 Août 2010, § 236; l'Arrêt Rosendo Cantú contre le Mexique. Arrêt sur les exceptions préliminaires, le fond, les réparations et dépens. Série C n ° 216, du 31 Août 2010, § 219; l'Arrêt Ibsen Cárdenas et Ibsen Peña contre la Bolivie. Arrêt sur le fond, les réparations et dépens. Série C n ° 217, 1 Septembre 2010, § 202; l'Arrêt Gomes Lund et d'autres (Guerrilha do Araguaia) contre le Brésil. Arrêt sur les exceptions préliminaires, le fond, les réparations et dépens. Série C n ° 219, 24 Novembre 2010, § 176; l'Arrêt de Cabrera García et Montiel Flores contre le Mexique. Arrêt sur les exceptions préliminaires, le fond, les réparations et dépens. Série C n ° 220, 26 Novembre 2010, § 225 et l'Arrêt Gelman vs Uruguay. Arrêt sur le fond et les réparations. Série C n ° 221, le 24 Février 2011, le § 193.

Maintenant, tel comme on décrit *ci-dessous* le droit global part aussi de l'erreur de la pyramide normative car elle considère que:

"l'erreur de Kelsen fut placer l'État -pour lui une personnification de l'ordre juridique- et non à la personne humaine en tant que telle, dans le centre de tout système normatif. D'où son incapacité pour trouver un ancrage solide dans son élaboré que faible théorie *Grundnorm*. Kelsen erra au personnaliser la norme dans l'État et réguler en excès à la personne" (Domingo, 2009b, p. 31).

Si tel est le cas et la crise conceptuelle du droit international est évidente du fait de partir de la doctrine volontariste, il est nécessaire qu'elle soit re-conceptualisée et se consolide un droit international qui considère comme importante à l'humanité –droit international humanisé- et à l'être humain comme les éléments primordiaux du système juridique. Toutefois, la société ne pourra pas avoir un avenir si le concept de pyramide normative n'est pas changé par celui de la pyramide humanisée et soient rétablis les structures sur lesquelles elle est fondée.

Cela donne à penser que le droit international humanisé doit commencer par un isolement de la doctrine volontariste des États et une plongée profonde dans la doctrine anti-volontariste faisant primer le *jus cogens* dans la communauté internationale, se fracturant le concept classique de la souveraineté des États et en brisant les limites territoriales de la régulation normative de ceux-ci, pour remplacer aux États, comme base de la pyramide normative, pour l'humanité et comprennent à l'être humain dans son sein comme son sommet.

Dans cette nouvelle pyramide humanisée du droit, l'être humain "doit constituer le centre du droit, dans toutes ses dimensions.

Comme un être rationnel et libre, la personne humaine est le protagoniste du droit, le sujet du droit par excellence. "Tout droit a été constitué à cause des hommes", signala déjà le juriste Hermogeniano, *magister libellum* du Dioclétien, en ramassant complètement la tradition du droit romain classique. Par conséquent, on peut affirmer, sans aucun doute, que le droit procède de la personne. Voici la règle d'or du droit, et du droit global: *ex persona ius oritur*. Ne pas de l'État, étant que construction théorique créée pour servir à l'homme, bien que, parfois, lui aient instrumentalisé. Les personnes sont, donc des authentiques "nomóforas", c'est-à-dire, porteuses du droit, avec l'indépendance de l'espace et le lieu où elles se trouvent" (Domingo, 2009b, p. 37).

Ainsi, on aurait qu'avec la pyramide humanisée l'être humain ne sera pas un parallèle impotent de la régulation juridique comme est à l'intérieur de la pyramide normative, lui transformant en sujet déterminant du système juridique et en exaltant la finalité du même: la protection des droits de l'être humain.

Cette pyramide humanisée serait alors le fondement ontologique du droit international humanisé et du rôle de l'être humain dans les systèmes de protection internationale. En plus, il serait la base fondamentale d'un nouveau concept de *l'État outil* de l'humanité par le droit, déjà ne seulement pour protéger les droits de leurs ressortissants mais de toute l'humanité, parce que leurs normes auraient maintenant la fonction instrumental de protéger à l'humanité et à l'être humain dans toute sa splendeur.

Dans la même veine, la pyramide humanisé mettrait à l'humanité de base et de sommet à l'être humain -tel comme on propose depuis le droit global-, comme raison d'être du droit et des systèmes juridiques, mais elle

relierait comme point centre à la pyramide normative lui transformant en outil juridique pour garantir la protection de l'humanité et de l'être humain tant que de l'ordre national comme de l'international.

Cette proposition, encore une fois, n'est pas destiné à ignorer ou à invalider les approches et les développements proposés par et depuis le droit global, elle seulement vise à harmoniser les positions de celui-ci avec celles du droit international contemporaine pour surmonter la crise que souffre le droit international et qui doit être si on veut protéger à l'humanité et la raison d'être de ce qui est juridique: l'être humain, en évitant par corolaire, l'extinction du droit qui règle actuellement les relations de la société internationale.

LISTE DE REFERENCE

Livres

Amnesty International. (1991). *Connaissez la charte africaine des droits de l'homme et des peuples*. Londres, Amnesty International.

Berraondo López, Mikel. (2004). *Los derechos humanos en la globalización: mecanismos de garantía y protección*. San Sebastián – España: Alberdania.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Informe anual de la comisión interamericana de derechos humanos 2010*. Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Conseil de l'Europe et Cour Européenne des Droits de l'Homme. (2011). *Guide pratique sur la recevabilité*. Strasbourg: Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Eteka Yemet, Valère. (1996). *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples: étude comparative*. Paris, L'Harmattan.

Flauss, Jean François et Lambert-Abdelgawad, Elisabeth. (2004). *L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*. Bruxelles, Bruylant.

García Echavarría, Ana Belem. (2011). *El procedimiento ante la comisión interamericana de derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos de México.

Haut Commissariat aux Droits de l'Homme. (2008). *Les droits de l'homme et le système des Nations Unies. Des clés pour agir*. Genève: Nations Unies.

Illa Maikassoua, Rachidatou. (2013). *La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*. Paris, Karthala.

Kelsen, Hans. (2005). *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa.

Ouguergouz, Fatsah. (1993). *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples: une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*. Paris, Presses universitaires de France.

Pastor Ridruejo, José. (2011). *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. Madrid: Technos.

Pelayo Moller, Carlos María. (2011). *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos de México.

Reuter, Paul. (1999). *Introducción al derecho de los tratados*. México: Fondo de cultura económica.

Rousseau, Jean-Jacques. (1943). *Du contrat social ou principes du droit politique*. Paris: Aubier.

Sepúlveda, César. (1997). *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*. México: Fondo de Cultura Económica.

Tavernier, Paul. (2008). *Regarde sur les droits de l'homme en Afrique*. Paris, L'Harmattan.

Articles

Cardoso, Sidney Amaral. (2002). *Positivismo jurídico: o círculo de Viena e a ciência do direito em Kelsen*. Sergipe: Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

Cofré, Juan O. (1995). *Kelsen, el formalismo y el "círculo de Viena"*. Valdivia: Revista de derecho Valdivia, Vol. VI, diciembre 1995.

- Domingo, Rafael. (2006). *¿por qué un derecho global?*. En: *Hacia un derecho global: reflexiones en torno al derecho y la globalización*. Navarra: Arazandi.
- Domingo, Rafael. (2009a). *El derecho global*. Bogotá: Dike.
- Domingo, Rafael. (2009b). *La pirámide del derecho global*. Navarra: Revista persona y derecho, No. 60.
- Human Right Council. (2010). *Contribution of the Special Procedures mandate holders*. Recuperado de http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/docs/HRCreview-ContributionSPPP_en.pdf
- Mayer, Heinz. (2005). *Teoría de la estructura escalonada del orden jurídico*. México: Revista jurídica de la Facultad de Derecho – UNAM, No. 244.
- Murillo Cruz, David Andrés. (2011). *Las implicaciones actuales del concepto de soberanía en el derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia.
- Murillo Cruz, David Andrés. (2012). *La protección de los derechos humanos de las personas jurídicas en los sistemas regionales europeos e interamericano*. En: Sistema Interamericano de Derechos Humanos Tuxtla - México: Universidad Autónoma Nacional de Chiapas.
- Saavedra Álvarez, Yuria. (2008). *El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos prolegómenos*. México: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. VIII.
- Saldivia, Laura. (2010). *El derecho y la soberanía en la globalización*. En: Estado, soberanía y globalización. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Constitution de la République Française 1946.
- Constitution de la République Française 1958.
- Constitution Fédérale du Mexique 1917.
- Constitution Fédérale de la Russie 1993.
- Constitution Politique de la Colombie 1991.
- Convention Européenne des Droits de l'homme.
- Convention Américaine Relative Aux Droits de l'homme.
- Council of Europe. 1998. *Protocole No. 11*. Recuperado de: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/155.htm>
- Council of Europe. 2010. *Protocole No. 14*. Recuperado de: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/194.htm>
- Déclaration Américaine des Droits et Devoirs de l'homme.
- Déclaration Universelle des Droits de l'homme et du citoyen.
- Statut de la Cour africaine de justice et droits de l'homme.
- Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, portant statut à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.
- Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, portant statut à la Cour africaine de justice et droits de l'homme
- Secretaria General de la OEA. (1960). *Acta final de la quinta reunión de consulta de ministros de relaciones exteriores*. Recuperado de: <http://www.oas.org/consejo/sp/rc/Actas/Acta%205.pdf>

Arrêts Judiciaires

Commission IDH. (2007). Irrecevabilité de pétition interétatique *PI-01, le Nicaragua contre la Costa Rica*. Washington: Commission Interaméricain des Droits de l'homme.

Commission IDH. (2010). Recevabilité de pétition interétatique *PI-02, Franklin Guillermo Aisalla Molina, l'Equateur contre la Colombie*. Washington: Commission Interaméricain des Droits de l'homme.

Normes Juridiques

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples

Charte de l'Organisation des États américains.

Constitution espagnole 1978.

Constitution de la République Fédérale d'Allemagne 1949.